

LOS SISTEMAS EXPOSITIVOS DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA Y LA IDEA DE CONTRACTUS

SUMARIO.—I. Sistemas expositivos: 1. Orden edictal; 2. Orden de Sabino; 3. Ordenaciones sui generis.—II. Función del *creditum* y los *iudicia bonae fidei* en la sistematización de las figuras contractuales.—III. La idea de *contractus* a través de la sistemática jurisprudencial.

El estudio del orden de exposición de la materia contractual—de cada una de las diversas figuras contractuales—en las obras de los jurisconsultos romanos, puede contribuir a la aclaración de diversos problemas; por ejemplo, el origen de la cuatripartición gayana de los contratos y los del concepto mismo del contrato. En general, las ideas acerca de la contratación romana pueden recibir alguna luz por esta vía de investigación.

El objeto inmediato de nuestro trabajo es la observación de la sistemática de los contratos en cada jurista en particular, y en el panorama general de la Jurisprudencia romana, procurando captar las razones determinantes del sistema¹. Y como complemento, hemos añadido el orden expositivo de la materia contractual en el Digesto y en el Código de la Compilación de Justiniano. El producto de esta labor, con las conclusiones obtenidas, es lo que seguidamente expondremos.

I. SISTEMAS EXPOSITIVOS

Hemos observado dos directrices u órdenes fundamentales en la exposición de las figuras contractuales en los libros de los juristas: uno que denominaremos edictal, y otro, sabiniano.

1. Para este estudio nos hemos basado en la *Palinogenesia iuris civilis* de O. LENEL, Tauchnitz, Lipsiae, 1889, 2 vols.

Luego, irreductibles a ambas directrices, hay algunas ordenaciones peculiares. Comenzaremos por el orden edictal.

1. Orden edictal

El orden expositivo de las figuras contractuales que predomina en la Jurisprudencia, viene a coincidir, con más o menos variantes debidas a omisiones o alteraciones insignificantes, con la ordenación edictal de las acciones en las rúbricas XVII (*De rebus creditis*), XVIII (*Quod cum magistro navis, institore eove, qui in aliena potestate est, negotium gestum erit*) y XIX (*De bonae fidei iudiciis*)². Esta coincidencia en el orden de materias con el Edicto del Pretor se observa, no sólo en los comentarios *Ad Edictum*—coincidencia en este caso necesaria, puesto que Lenel se valió de éstos para la reconstrucción del Edicto Perpetuo³—, sino también en obras jurisprudenciales de otro tipo: *Libri Digestorum, Quaestionum, Responsorum, Disputationum*, etcétera⁴.

De los tres grandes comentarios *Ad Edictum* realizados por Gayo, Ulpiano, y Paulo⁵, vamos a tomar los de este último y

2. Cfr. O. LENEL: *L'Edit Perpetuel*, trad. francesa de F. PELTIER, Paris, Larose, 1901-3, 2 vols, única edición leneliana que hemos podido consultar. Cfr. asimismo *Fontes Iuris Romani Antejustiniani (Pars prima: Leges)*, de RICCIBONO, Florencia, 1941, págs. 354-57, o cualquier otra edición del Edicto. La contenida en estas *Fontes* corresponde a la edición leneliana última de 1927.

3. Vid. *L'Edit Perpetuel*, cit. págs. 1-10.

4. Tampoco pueden extrañar estas coincidencias, porque el mismo LENEL admite la inspiración edictal de estas obras (Vid. *L'Edit Perpetuel*, cit. pág. 2) en la primera parte en que todas ellas, análogamente, siguen al Edicto.

5. A base de fragmentos de otros autores donde se mencionaba a LABEÓN, ha reconstruido LENEL los comentarios a los edictos de los pretores urbano y peregrino de LABEÓN bajo la rúbrica: *Ex alterutra opere*. Los epígrafes que LENEL establece reproducen el orden de materias edictal, aunque con ciertas omisiones. Estos comentarios de LABEÓN no nos sirven a nuestro objeto, al no existir en ellos orden de libros. LENEL colocó los fragmentos según el orden edictal de los comentarios de GAYO, ULPIANO y PAULO. Así reconstruyó las siguientes rúbricas: *De eo quod certo loco, De pecunia constituta, De commodato, De institoria actione, De tributaria actione, Quod cum eo qui in aliena potestate est, Depositum contra, Mandati vel contra, De destituto*:

establecer un cuadro comparativo entre su ordenación de la materia contractual y el orden edictal. Con ello se pondrá de manifiesto, además de su necesaria fidelidad al Edicto (necesaria en cuanto Lenel se inspiró, fundamentalmente, para su labor⁶ reconstructiva en los comentarios de Paulo) la distribución de la materia en sus libros, hecho muy importante para nuestro estudio. Al lado de cada epígrafe del Edicto colocaremos, en correspondencia, los libros de Paulo en que la misma materia aparece estudiada.

Materia contractual en el Edicto: *Libri Ad Edictum de Paulo*

<p>XVII. <i>De Rebus creditis.</i></p> <p>95. <i>Si certum petetur...</i></p> <p>96. <i>De eo quod certo loco dari oportet.</i></p>	}	<p>Libro 28, <i>Ad Edictum</i> (Rúbricas: <i>De rebus creditis; Si certum petetur; De eo quod certo loco dari oportet</i>).</p>
---	---	---

6. LENEL toma como base para su reconstrucción los comentarios de PAULO en virtud de un razonamiento que, como hace notar SCIALOJA, *Studi*, I, 203, es exacto. El haber puesto hasta entonces como base de reconstrucción del Edicto los comentarios de ULPIANO, porque éstos presentan un sistema más lógico, conducía a la presunción de que PAULO había dado a sus comentarios una sistemática inferior a la del Edicto. Como es más probable que el comentador mejore la sistemática de la obra comentada, puede admitirse la menor fidelidad en los comentarios de ULPIANO frente a los de PAULO.

Este razonamiento de LENEL perdería parte de su eficacia si prospera la reciente opinión de GUARINO, según la cual no se ha producido la denominada codificación del Edicto. Cfr. A. GUARINO: *Storia del Diritto Romano*, Milán, 1948, págs. 225-6; *Salvius Iulianus. Profilo bibliográfico*, CRISAFULLI, Catania, 1946, págs. 26-8 (Vid. recensión AHDE, XIX, 831). Donde establece su doctrina de la no codificación del *ius honorarium*, ampliamente es en la comunicación al Congreso Internacional de Derecho romano e Historia del Derecho de Verona (27-29 de septiembre de 1948). Cfr. la *Chronica* de este Congreso en SDHI (1949), pág. 399. *L'esaurimento del «ius honorarium» e la pretesa codificazione Giuliana dell'Editto*.

7. Recogemos, a veces abreviadas, las rúbricas de LENEL. Cfr. *Fontes leges* (de RICCOBONO), loc. cit.

- | | |
|---|--|
| <p>97. <i>De pecunia constituta.</i>
 98. <i>Commodati (vel contra).</i>
 99. <i>De pignoratitia actione (vel contra).</i>
 100. <i>De compensationibus.</i></p> | <p>Libro 29. <i>Ad Edictum (Rúbricas: De pecunia constituta; Commodati vel contra; De pignoratitia actione vel contra; De exercitoria actione).</i></p> |
| <p>XVIII. <i>Quod cum magistrus navis, institore eorum, qui in aliena potestate est, negotium gestum erit.</i></p> | |
| <p>101. <i>De exercitoria actione.</i></p> | <p>Libro 30 (<i>De institoria actione; De tributaria actione; Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur: Ad senatus consultum Macedonianum; Ad senatus consultum Velleianum.</i>)</p> |
| <p>102. <i>De institoria actione.</i>
 103. <i>De tributaria actione.</i>
 104. <i>De peculio, de in rem verso, quod iussu.</i>
 105. <i>Ad senatus consultum Velleianum.</i></p> | |
| <p>XIX. <i>De bonae fidei iudiciis</i></p> | |
| <p>106. <i>Depositum (vel contra).</i>
 107. <i>Fiduciae.</i></p> | <p>Libro 31 (<i>Depositum vel contra; Fiduciae vel contra.</i>)</p> |
| <p>108. <i>Mandati (vel contra).</i>
 109. <i>Pro socio.</i></p> | <p>Libro 32 (<i>Mandati vel contra; Pro socio.</i>)</p> |
| <p>110. <i>Empti venditi.</i></p> | <p>Libro 33 (<i>Empti venditi.</i>)</p> |
| <p>111. <i>Locati conducti.</i>
 112. (<i>De aestimato?</i>).</p> | <p>Libro 34 (<i>Locati conducti; De aestimato?</i>).</p> |

Como se ve, en el orden de materias existe coincidencia, salvo dos excepciones: la alusión al senadoconsulto Macedoniano y la probable ausencia en Paulo de una alusión al contrato estimatorio. En efecto, Lenel, en su *Palingenesia* coloca, al final del Libro 34 de Paulo, después del arrendamiento, el fragmento D. 19, 3, 2 (*Haec actio utilis est, et si merces intervenit*), bajo la rúbrica *De aestimato*. Como en el Digesto este

fragmento aparece atribuido al libro 30 *Ad Edictum*, no nos parece muy seguro su desplazamiento al libro 34. Probablemente Lenel obró influido por los libros *Ad Edictum* de Ulpiano. El libro 32 de Ulpiano, después del arrendamiento, se refería efectivamente a la *actio de aestimato*. Si Lenel no obedeciese a este influjo hubiera colocado el fragmento en cuestión en el libro 30 de Paulo, al que aparece atribuido. Pero su inclusión en el libro 30, junto a las *actiones adiecticiae qualitatis* y a los senadoconsultos Macedoniano y Veleyano parecía una anomalía, máxime teniendo en cuenta que Ulpiano, en su libro 32 *Ad Edictum*, hacía referencia a la *actio de aestimato* después del arrendamiento, casi a título de apéndice de éste. De tal modo que el mismo Lenel admite con dudas un epígrafe edictal, *De aestimato*. Por otra parte, el contenido del fragmento es tan exiguo, que de no aparecer incluido en el Digesto bajo la rúbrica *De aestimatoria* (Título 3 del libro 19) no podría presumirse nada acerca de su contenido. En definitiva, habida cuenta de que es muy dudosa la existencia de una rúbrica edictal *De aestimato*, puesto que los comentarios de Ulpiano parecen dar a las referencias a la acción estimatoria un carácter de apéndice a la compraventa y al arrendamiento, el fragmento que nos ocupa carece de relevancia. Aunque pertenece a algún libro de Paulo, probablemente tendría un carácter de apéndice a cualquier otra materia.

Interesa hacer notar que la división en libros de los comentarios de Paulo no coincide exactamente con la sistemática de las rúbricas edictales. Así, el libro 29 de Paulo, que recoge la rúbrica XVII (*De rebus creditis*) del Edicto desde el epígrafe *De pecunia constituta*, incluye una de las llamadas *actiones adiecticiae*. El resto de éstas se hallan recogidas en el libro 30. ¿Qué motivo habrá inducido a Paulo a desglosar una de estas acciones estudiándola con otras materias, mientras las demás acciones afines aparecen reunidas en un libro? No creemos que le haya inducido a esta sistemática una simple razón de ordenación material, cuantitativa, de simple distribución de la materia, sino alguna razón de fondo. Probablemente, el común carácter pretorio de las *actiones adiecticiae*, *actio de pecunia constituta*, *actio commodati* y *actio pignoratitia*, hizo que Paulo viese en ellas

cierta semejanza de condición, que le habrá inducido a este especial agrupamiento. Esta razón resulta acentuada si tenemos en cuenta la restante sistemática de sus *Libri Ad Edictum*. En efecto, no aparecen relacionados ninguno de los *bonae fidei iudicia* de la rúbrica XIX del Edicto con las acciones recogidas en la anterior (la XVIII, que como hemos dicho anteriormente, parece comprender *actiones in factum*) ni con otras. Paulo dedica a éstos *iudicia bonae fidei*, exclusivamente, los libros 21 al 24, como puede verse, y los estudia según el orden edictal.

También hay que observar una sistemática peculiar en la distribución del contenido de estos libros que Paulo dedica a los *iudicia bonae fidei*. ¿Por qué dedica el libro 31 al depósito y a la fiducia solamente, y el 32 al mandato y a la sociedad, mientras la compraventa y el arrendamiento aparecen en libros separados, aunque sucesivos (33 y 34, respectivamente)? Tampoco en este caso podemos pensar en el exclusivo móvil de una más proporcionada división material. Es admisible este propósito por lo que respecta a la separación en libros distintos de la compraventa y el arrendamiento; dada la amplitud de ambos comentarios, pero no parece igualmente admisible respecto a la agrupación de la fiducia y el depósito en el libro 31, mucho más breve que el 32, que se refiere al mandato y a la sociedad. En nuestra opinión, esta sistemática obedece también a razones de fondo sobre las cuales volveremos más adelante.

Los *Libri Ad Edictum* de Ulpiano siguen, fundamentalmente, el mismo orden edictal de los de Paulo⁸. Puede decirse que no existen variaciones sustanciales, salvo la ya aludida de la *actio de aestimato* y la adición del epígrafe *De compensationibus*. Formalmente existen variantes en la distribución de la materia correspondiente a cada libro, aunque el número de

8. He aquí el contenido de los libros de ULPIANO: Libros: 26 (*De rebus creditis. Si certum petetur*): 27 (*Si certum petetur. De eo quod certo loco dari oportet. De pecunia constituta*): 28 (*Commodati vel contra. De pignoratitia actione vel contra. [De compensationibus]. De exercitoria actione, De institoria actione*): 29 (*De tributaria actione. De peculio et in rem verso, Quod iussu. Ad senatus consultum Macedonianum. Ad senatus consultum Velleianum*): 32 (*Depositum vel contra. Fiduciae vel contra*): 31 (*Mandati vel contra. Pro socio*): 32 (*Empti venditi; Locati conducti. [De aestimato]*).

éstos es el mismo de Paulo. No hay mezcla entre *actiones in factum* y *bonae fidei*. Hay, sin embargo, una variante respecto a Paulo en el hecho de estudiar en el mismo libro la compraventa y el arrendamiento que, como podrá observarse, parece obedecer a una tradición jurisprudencial.

Los *Libri Ad Edictum provinciale* de Gayo⁹ siguen, en general, el sistema que hemos observado en Paulo y Ulpiano; quizá la más perfecta concordancia se da entre Gayo y Ulpiano¹⁰. Sin embargo, se observa en estos comentarios un desplazamiento del contrato de depósito hacia el grupo de acciones incluídas en la rúbrica edictal *De rebus creditis* (Libro 9 *Ad Edictum* de Gayo). La *fiducia*, en cambio, aparece desplazada en sentido contrario y agregada a los contratos consensuales, estudiados a continuación. ¿Cómo explicar esta anomalía? Hemos observado anteriormente la incontaminación del grupo de los *iudicia bonae fidei* (comprendidos en la rúbrica XIX del Edicto). Aunque no apareciesen en un solo libro, sino distribuidos en varios, no se hallaban mezclados con contratos de otro carácter. También hemos observado, tanto en Paulo como en Ulpiano (libros 31 y 30, respectivamente) el aislamiento del depósito y la fiducia en un solo libro. En cambio, Gayo, separa estas figuras y coloca el depósito entre las acciones que, como veremos más adelante, integran el campo del *creditum*. Bien por influencia del desarrollo de esta idea—que habría comenzado ya a ver un *creditum* en el depósito—, o bien porque el depósito, además de la *actio in jus* estaba sancionado por una *actio in factum*—según testimonio del mismo Gayo, IV, 47—, se puede explicar esta alteración. De todos

9. Por tratarse de comentarios al Edicto provincial hemos pospuesto a GAYO que, siguiendo un orden cronológico, debía ser estudiado antes de PAULO y ULPIANO.

10. El orden de los libros de GAYO es el siguiente: Libros: 9 (*Si certum petetur, De eo quod certo loco dari oportet, Commodati vel contra, De pignoratitia actione vel contra, De compensationibus, De exercitoria actione, De institoria actione, De tributaria actione, Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur* (de peculio, de in rem verso y quod iussu), *De SC Macedoniano, Ad SC Velleianum, Depositi vel contra*); 10 (*Fiducia vel contra, Mandati ve. contra, Pro socio, Empti venditi, Locati conducti*).

modos, es significativo este hecho en Gayo. En los *Libri Rerum Cottidianarum*, que aparecen atribuidos a él en el Digesto, el depósito forma parte del grupo de contratos reales, grupo éste formado con acciones incluídas en la rúbrica XVII (*De rebus creditis* del Edicto. Una tendencia inicial podía observarse aquí, en esta pequeña alteración de la sistemática edictal. Sin embargo, como veremos más adelante, hay que admitir influencias postclásicas en la clasificación que muestran los *Libri Rerum Cottidianarum* ¹¹.

El orden edictal se refleja también, como hemos dicho, en la mayor parte de las obras jurisprudenciales; pero no se halla con el riguroso orden que muestran los comentarios de Paulo, Ulpiano y Gayo, hasta aquí estudiados. En algunas obras, como las *Quaestiones*, *Responsa*, etc. aparecen incluso con cierta anarquía las acciones contractuales por el carácter de estas obras, que omiten figuras y, en general, no parecen obedecer a una rigurosa ordenación. Las que siguen más fielmente el orden edictal de las acciones contractuales son los *Digesta* ¹². La máxima fidelidad está representada por los *Libri Digestorum* de Salvio Juliano y de Marcelo ¹³. También se observa bastante claramen-

11. Cfr. SALVATORE DI MARZO: *I libri rerum cottidianarum sive aureorum*, BIDR. vols. X y XI (N. S.), Milán, 1948, págs. 1-98. DI MARZO llega a la conclusión de que la *Res cottidianae* son una reelaboración de las Instituciones de GAYO de fecha imprecisa; aunque pueda suponerse que se ha realizado a fines del siglo III (Vid. ob. cit., págs. 11 y 15). Sobre el carácter posclásico de esta obra estaban de acuerdo ALBERTARIO y ARANGIO RUIZ. Vid. ALBERTARIO: *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1.097 del Codice Civile*, *Scritti III*, 73-94; *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, *Scritti III*, 97-140. A. RUIZ: *Ancora sulle Res Cottidianae*, *Studi Bonfante*, I, 495-521. Cfr. bibliografía en F. SCHULZ: *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, págs. 107-8.

12. LENEL cree posible que el modelo común (no sólo de los *Digesta*, sino de las *Responsa* y las *Quaestiones*) sean los *Digesta* de JULIANO. Vid. *L'Edit Perpetuel*, cit. pág. 2.

13. El sistema de los *Digesta* de JULIANO es el siguiente: 10 (*Si certum petetur*); 11 (*De eo quod certo loco dari oportet*, *De pecunia constituta*, *Commodati vel contra*, *De pignoratitia actione vel contra*, *De exercitoria actione*, *De institoria actione*); 12 (*De tributoria actione*, *Quod cum eo, qui in aliena potestate est*, etc.). Aquí introduce LENEL epígrafes (*De senatus consulto Macedoniano*, *De peculio*, *Quando de peculio actio annalis sit*, *De in rem verso*, *Ad senatus consultum Vallaeannum*), que, efectivamente, res-

te el orden edictal en los *Libri Digestorum* de Celso¹⁴. En cambio, se separan un poco de este orden los *Digesta* de Cervidio Escévola por la inclusión de un libro, *De pignoribus et hypothecis*, después de haber interrumpido la materia contractual con la referencia a diversos institutos: dote, tutela, legados, fideicomisos, etc.¹⁵.

No obstante las influencias predominantes del orden edictal en los *Digesta*, existen en ellos huellas que delatan la influencia del sistema de Sabino en el hecho de dedicar algún libro, muy distante ya de la materia contractual, a las *stipulationes*. Este libro viene a corresponder a lo que en el sistema de Sabino son los libros *De verborum obligatione*. En torno a la *stipulatio* se forma un pequeño núcleo con su problemática. El ejemplo más completo nos lo proporcionan los *Digesta* de Juliano, en

penden a la materia tratada; pero la reconstrucción del libro es conjetural, puesto que los fragmentos han sido tomados a través de otros juristas y, por tanto, sin indicación de libro: 13 (*Depositum vel contra, Fiducia vel contra*); 14 (*Mandatum vel contra, Pro socio, De aestimato*); 15 (*Emptum venditum, Locatum conductum*). Más adelante dedica un libro, el 52, a las *stipulationes* cuya materia divide LENEL bajo las siguientes rúbricas: *De verborum obligatione, De duobus reis constituendis, De stipulatione servorum*.

Los *Libri Digestorum* de MARCELO presentan la siguiente ordenación: Libros: 5 (*De rebus creditis: si certum petetur* (reconstruida por LENEL con fragmentos de otros juristas), *De eo quod certo loco dari oportet, De pecunia constituta* (a través de ULPIANO), *De commodato, De pignoratitia actione, De institoria actione* (de LENEL), *Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum erit* (de LENEL), *Ad SC Velleianum*); 6 (*De deposito, De fiducia* (LENEL), *De mandato, De societate, De emptione et venditione, De locatione et conductione* (LENEL). Luego, en el libro 20 (*De stipulationibus, De solutionibus, et liberationibus, De indebitum solutum*).

14. Libros: 6 (*Si certum petetur, De pecunia constituta, De commodato, De peculio*); 7 (*Depositum, Fiducia, Mandatum, Pro socio*); 8 (*De aestimato*, rúbrica colocada por LENEL; es un tanto conjetural. Sólo en cuanto hace referencia a la *actio praescriptis verbis* y en virtud de la homónima rúbrica de ULPIANO puede admitirse). *Emptum venditum, Locatum conductum*. En el libro 26. *De stipulationibus*.

15. CERVIDIO ESCÉVOLA ofrece la siguiente ordenación en sus *Libri Digestorum*: Libros: 5 (*De conductione, De pecunia constituta, De pignoratitia actione, De institutoribus, De peculio et in rem verso*); 6 (*De fiducia, Mandatum*); 7 (*De emptione et venditione, De locatione et conductione*). Después, el libro 27 se refiere al *pignus* y a la hipoteca. Y los dos siguientes, 28 y 29, a las *stipulationes*.

cuyo libro 52 (*De stipulationibus*) introduce Lenel, con objeto de distribuir la materia, los siguientes epígrafes: *De verborum obligatione*, *De duobus reis constituendis*, *De stipulatione servorum*. En el libro 53 se refiere a los *adpromissores* y en el 54 a la extinción de la *obligatio* nacida por *stipulatio*. Lenel distribuye la materia en dos epígrafes: *De solutionibus et liberationibus* y *De acceptilatione*. Creemos que esta excepción al orden edictal se debe al fuerte influjo proyectado por el núcleo que en los libros del sistema de Sabino suele ser presentado por Lenel, bajo las rúbricas *De verborum obligatione*.

En los *Libri Quaestionum* se halla, en términos generales, cierto predominio del orden edictal. Acaso donde mejor puede observarse la huella edictal es en las *Quaestiones* de Paulo y de Papiniano ¹⁶. De todos modos, el reparto de la materia es bastante arbitrario y se producen mezclas de figuras que denotan cierta despreocupación por la sistemática, acaso en aras de una más proporcionada división material ¹⁷.

16. Los *Libri Quaestionum* de PAPINIANO y PAULO constituyen tratados bastante completos de materia contractual. El orden y contenido de las *Quaestiones* de PAULO es el siguiente: Libros: 3 (*De religiosis*, *Si certum petitur*, *De conditione*, *De eo quod certo loco dari oportet*, *De pignoribus*); 4 (*De peculio et in rem verso*, *Mandati*, *Pro socio*); 5 (*Empti venditi*, *De re uxoria*). Después de la referencia a la tutela, testamentos, fideicomisos, etcétera, dedica los libros 15 y 16 a las *stipulationes*. Las *Quaestiones* de PAPINIANO presentan el siguiente orden y contenido: Libros: 8 (*De rebus creditis*, *si certum petitur*, *De pecunia constituta*, *De commodato*, *De pignoribus*); 9 (*Quod cum eo qui in aliena potestate est*, etc.) (*actiones adiecticiae*). *Ad senatus consultum Velleianum*, *De depositi*, *De fiducia* (LENEL), *De mandato*, *De societate*; 10 (*De emptione et venditione*, Además comprende de *in re dotium*). Los libros 27 y 28 se refieren a las *stipulationes*.

17. Los otros libros de *Quaestiones* ofrecen menos contenido en materia contractual. AFRICANO hace la siguiente distribución: Libro 8 (*De rebus creditis*, *De pignoribus*, *De exercitoria actione*, *De peculio et de in rem verso*, *Ad SC. Velleianum*, *De mandato*, *De emptione et venditione*, *De locatione et conductione*). Así, en un solo libro aborda AFRICANO lo más importante de la materia contractual. En el libro anterior, 7, se refiere a la extinción de obligaciones estipulatorias junto a la posesión y la usucapión. Y antes, en el libro 4, se había referido ya al senadoconsulto Veleiano, junto al *testamentum*, *bonorum possessio*, etc. CERVIDIO ESCÉVOLO hace la siguiente distribución: Libros: 2 (además de otras materias, *De compensationibus y actiones adiecticiae*); 3 (*De empto vendito* y *De re uxoria*). La materia con-

También se observan huellas bastante claras de la primacía del orden edictal en los *Libri Responsorum* de Papiniano y Cervidio Scaevola ¹⁸. Menos claras, por su brevedad, son las que pueden percibirse en las *Responsa* de Modestino y Paulo ¹⁹. Difícilmente puede conjeturarse la sistemática de otras obras jurisprudenciales que, sin embargo, parecen seguir el sistema edictal. Así los *Libri Disputationum* de Trifonino y Ulpiano ²⁰, los *Libri Ad Plautium y Decretorum* de Paulo, y los *Libri Iuris Epitomarum* de Hermogeniano ²¹.

tractual estudiada es mínima. Luego, en el libro 13, dedicado a diversas materias, se ocupa de las *stipulationes*.

¹⁸. Los *Libri Responsorum* de PAPINIANO muestran el siguiente orden: Libros: 3 (*De fideiussore et sponsore, De religiosis et sumptibus funerum, De rebus creditis: si certum petetur, De eo quod certo loco dari oportet, De pignoribus et pignoratitia actione, De compensationibus, De institoria actione, Ad senatus consultum Velleianum, De deposito, De mandato, De societate, Praescriptis verbis, De emptioibus et venditionibus*); 4 (*De locatione et conductione*). Los libros 10 y 11 retornan a la materia contractual: 10 (*De privilegiariis creditoribus, De pactone cum creditoribus facta*); 11 (*De stipulationibus, De adpromisoribus, De solutionibus et liberationibus*).

Responsa, de ESCÉVOLA: Libros: 1 (*De conditione, De pecunia constituta, De pignoribus, Quod cum eo qui in aliena potestate, etc.: Ad SC Velleianum, Depositum, Mandati*); 2 (*Empti venditi, De re uxoria*). El libro 3 se refiere a las *stipulationes*.

¹⁹. *Responsa*, de MODESTINO: Libros: 3 (*De rebus creditis*); 4 (*De pignoribus*); 5 (*De actionibus empti venditi*), y el 13 (*De stipulationibus*). *Responsa*, de PAULO: Libros: 4 (*Si certum petetur*); 5 (*De pignoribus, Ex locato et conducto*); 6 (*De empto et vendito*), y el 13 (*De stipulationibus et solutionibus*).

²⁰. *Libri Disputationum* de TRIFONINO: 7 (*De conditione*); 8 (*De pignoribus, De peculio*); 9 (*De deposito, De mandato, De locatione conductione*). *Libri Disputationum* de ULPIANO: 2 (*De conditione, De pignoratitia actione vel contra, Quod cum eo qui in aliena potestate etc...; etc.*); 3 (*De emptioe et venditione*). El libro 7 trata de las *stipulationes*.

²¹. *Libri Ad Plautium*, de PAULO: 4 (*De conditione, De pecunia constituta, De institoria actione, De peculio, Quod inssu*); 5 (*Depositum, Fiducia, Mandati, Empti venditi*). En el libro 14, entre otras materias, se refiere a las *stipulationes*.

Libri Decretorum, de PAULO: 1 (*Familiae eriscundae, De pignoribus, De institoria actione, Empti venditi, Locati conducti*).

Libri Iuris Epitomarum, de HERMOGENIANO: 2 (*Si certum petetur, Mandati vel contra, Empti venditi, Locati conducti*). En el libro 6 se refiere a las *stipulationes*.

2. Orden de Sabino

En los *Libri Ad Sabinum* se observa una ordenación de la materia contractual distinta de la estudiada hasta aquí, que denominaremos ordenación de Sabino. La ordenación edictal parece inspirar, predominantemente, el conjunto de obras anteriormente estudiadas. Pero el hecho de que predomine en ellas la sistemática edictal no quiere decir, como hemos advertido, que no se observen también en las mismas probables huellas sabinianas. En realidad, las dos ordenaciones, edictal y sabiniana, únicamente se presentan en su auténtica pureza estructural en los *Libri Ad Edictum* y en los *Libri Ad Sabinum*, respectivamente.

El sistema de Sabino, ya bastante estudiado, por otra parte, ofrece una perspectiva original en materia de contratos. Falta en él los llamados contratos reales y solamente incluye la *emptio-venditio* y la *societas* de los consensuales. Estas particularidades aparecen, igualmente, en los comentarios *Ad Sabinum* de Pomponio, Ulpiano y Paulo, lo cual nos convence de la unidad del sistema expositivo de los contratos, en particular, y en general de la unidad del sistema de Sabino tal como Lenel la presenta (*Palinogenesia*, cit. vol. II, 1257-8).

Aparece la *emptio-venditio* a continuación de la *mancipatio*, en los comentarios de Paulo y Ulpiano²² dentro del mismo libro (libros 5 y 28, respectivamente) y en los de Pomponio en libros consecutivos²³. El fenómeno se repite con la *societas* y la *com-*

22. Los *Libri Ad Sabinum*, de PAULO muestran la siguiente ordenación: Libros: 5 (*De mancipatione, De emptione et venditione*); 6 (*De emptione et venditione, De societate et communionem*). Más adelante, libro 12: *De verborum obligatione*. Ya en la última parte del libro 11 parece referirse a las *verborum obligationes*. Anteriormente en el libro 10, entre otras cosas, se refiere a la *condictio*.

Libri Ad Sabinum, de ULPIANO: Libros: 28 (*De mancipatione, De emptione et venditione, De societate et communionem*). Interrumpe la materia contractual y continúa en los libros: 43 (*De condictione*); 44 (*De condictione*), y 45, 46, 47, 48, 49, 50 (*De verborum obligatione*).

23. *Libri Ad Sabinum*, de POMPONIO: 8 (*De mancipatione*); 9 (*De emptione et venditione*); 10 (*De emptione et venditione*); 11 (*De emptione et venditione*); 12 (*De societate*); 13 (*De societate, De communionibus*). Más adelante, libros: 21 (*De condictione*); 23 (*Ad Edictum aedilium curulium*):

munio: aparecen siempre en un mismo libro en los tres comentarios que nos ocupan (libro 6 de Paulo, 30 de Ulpiano y 13 de Pomponio, si bien éste dedica el libro anterior, 12, a la *societas* exclusivamente). Sólo más adelante, después de haberse ocupado de otras materias (también en los tres casos) se retorna a la materia contractual, principalmente bajo los epígrafes lenelianos *De verborum obligatione*. Este curioso sistema ofrece un amplio campo a las más variadas conjeturas en el tema que constituye el objeto de nuestro trabajo ²⁴. Parece fuera de duda que el sistema de Sabino comprendía exclusivamente instituciones civiles; era un sistema limitado al *ius civile*. Frezza no vacila ²⁵, teniendo en cuenta este principio que considera unánime, en considerar la exclusión de los llamados contratos reales motivada por la protección pretoria de que gozaron originariamente (así depósito, comodato y prenda; el mutuo, sancionado por la *condictio*, puede considerarse incluido en los libros *De condictione* de este sistema). Únicamente así puede explicarse la ausencia de una alusión específica a estas figuras.

Más difícil resulta explicar la ausencia de la *locatio-conductio* y el *mandatum*, después de haber hecho referencia a la *emptio-venditio* y a la *societas*. Como no puede pensarse que Sabino desconociese estas figuras—corrientes ya en su época—hay que suponer una deliberada omisión por parte de aquél. Esta opinión viene corroborada por el carácter de apéndice que parece atribuir al estudio de la *emptio-venditio* respecto a la *mancipatio* y a la *societas* respecto a la *communio*. Frezza ²⁶ rechaza, con razón, la rúbrica de Lenel, *De societate et communione*, considerando que la *communio* habrá precedido a la *societas*. El problema de esta omisión de figuras de contratos consensuales está ligado, indudablemente, al problema de la sanción originaria de éstos.

24. 25. 26 y 27 (*De verborum obligatione*). En el libro 35 se ocupa de la fiducia.

24. Cfr. F. SCHULZ: *History*, cit. págs. 156-8.

25. P. FREZZA: *Osservazione sopra il sistema di Sabino*, «Riv. ital. scienza giuridica», anno VIII (1933), fasc. II, págs. 447-48.

26. Ob. cit., págs. 442-3.

Diversas hipótesis han pretendido aclarar esta incógnita, motivada, como muchas otras, por falta de claridad en las fuentes. La tesis de una *actio in factum* preebucia halla un gran inconveniente en el silencio de las fuentes a este respecto²⁷. Tampoco parece haber alcanzado éxito la tesis del origen pretorio de estas figuras mantenida por Pernice²⁸. Hoy, en cambio, parece admitirse corrientemente el carácter de instituciones *iuris gentium* para estos contratos²⁹. Creemos probable, de acuerdo con el nuevo criterio de *ius gentium* observado en los clásicos por Lombardi³⁰, que los contratos consensuales fueron *iuris gentium* en cuanto categoría de normas que se sentían vigentes en los demás pueblos³¹. Luego, por un proceso de adecuación del *ius civile* al *ius gentium* (y no por recepción, como suele decirse), habrán llegado a considerarse contratos admisibles entre los romanos³². Acaso sea ésta la mejor explicación del estudio por parte de Sabino de la *emptio-venditio* y la *societas* como apéndices de dos instituciones puramente civiles: la *mancipatio* y la

27. Vid. en FREZZA: ob. cit., pág. 450, la repudiación de esta teoría mantenida por P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur de Römisches Rechts*², München-Leipzig, 1912, pág. 48, n. 39. También por MITTEIS, citado por FREZZA. Asimismo, GIRARD, sostiene respecto al mandato la posibilidad de una primera sanción *in factum* (*Manuel élémentaire de Droit Romain*⁶, Paris, 1918, pág. 593).

28. A. PERNICE, ZSS, 20 (1899): págs. 141-2. No resulta fácil explicar el silencio del Pretor en el Edicto, a este respecto. Vid. la réplica a esta teoría en FREZZA, *Osservazioni*, cit., pág. 451. Vid., asimismo, la original posición de A. RUIZ (*Le formule con demonstratio e la loro origine*, *Rariora*, Roma, 1946, págs. 89-90), según la cual las fórmulas preebucias son las fórmulas con *demonstratio*.

29. Así, recientemente, A. RUIZ, *Il mandato in Diritto Romano*, Jovene, Nápoles, 1949, págs. 44-6. Cfr. nuestra recensión en AHDE, XX (1950), páginas 933-39.

30. Vid. G. LOMBARDI: *Sul concetto di ius gentium*, Roma, 1947, páginas 366-75. Cfr., asimismo, del autor, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milán, Giuffrè, 1946, en los capítulos III y IV.

31. No como instituciones recibidas únicamente por influencias extranjeras.

32. DE MARTINO ha pensado en la elaboración jurisprudencial para estas figuras, del mismo modo que la *interpretatio* ha obtenido de los principios fundamentales del *ius civile* nuevas figuras jurídicas. Cfr. F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel Diritto Romano*, Cedam, Padua, 1937, pág. 112.

communio. Podía pensarse, incluso, que el proceso de adecuación del *ius civile* al *ius gentium*, en materia de contratos consensuales, se había limitado por entonces—o en el modelo que Sabino pudo haber seguido—a los dos mencionados³³. Quizá razones de analogía (*mancipatio-emptio-venditio*; *communio-societas*) pueden explicar esta prioridad respecto a las demás figuras del grupo. Un conocimiento más preciso de la *iurisdictio* del *praetor peregrinus* nos hubiera proporcionado mucha luz a este respecto.

Es de notar, dentro del sistema de Sabino, el relieve otorgado a la denominada—quizá impropriamente—*verborum obligatio*. Después de haber interrumpido la materia contractual, varios libros más adelante, se refiere a las obligaciones verbales—estipulatorias en general—y, lo que resulta no menos extraño, también a la *condictio*. Hemos observado ya, en el grupo de obras que siguen fundamentalmente el sistema edictal, esta misma tendencia a estudiar la *stipulatio* y su problemática en libros alejados del núcleo más importante de materia contractual.

3. Ordenaciones sui generis

Aparte de los sistemas edictal y sabiniano, aparecen algunas obras con una sistemática irreductible a ambos. Algunas de estas obras muestran tal anarquía en la exposición—aparte de la escasa materia estudiada—, que las hace irrelevantes³⁴. Sólo

33. No juzgamos justificada la opinión de A. FLINTAUX, *L'actio de arboribus succisis*, *Studi Bonfante*, I, pág. 531, según la cual los comentadores de la obra de SABINO (POMPONIO, PAULO y ULPIANO) si bien permanecieron fieles al plan inicial de éste, limitado al Derecho civil, no dudaron, a veces, en tratar como anexo la institución correspondiente del derecho pretorio. Cfr. *op. cit.* en números 24 y 25.

34. Así la agrupación que FLORENTINO muestra en sus *libri Institutionum*: Libros: 7 (*De deposito, De emptione et venditione, De locatione et conductione*), 8 (*De verborum obligationibus, De stipulatio duplae et edicto aedilium, De solutionibus et liberationibus, Pignus*). Respecto a la importancia de esta obra, puede verse, SCHULZ, *History*, cit. págs. 158-9. Muestran una curiosa arbitrariedad los libros *Ex posterioribus Labeonis* de Javoleno: 4 (*De manumissionibus, De venditionibus et locationibus*); 5 (*De venditionibus et locationibus*); 6 (*De commodato, De deposito, De mandato, De societate*, y además, *De iure dotium*). El mismo Javoleno en los

merecen destacarse por sus peculiares sistematizaciones los *Libri Rerum Cottidianarum*, atribuidos a Gayo, y los *Libri Regularum* de Modestino. Cada uno de éstos establece una sistemática distinta respecto a los demás juristas del *Corpus Iuris*.

Los *Libri Rerum Cottidianarum* sistematizan la materia contractual del modo que se ha hecho tradicional en las escuelas³⁵. Dentro de las *obligationes ex contractu* se refieren, sucesivamente, a los contratos reales y consensuales. Evidentemente, esta clasificación resulta un claro reflejo de la que aparece en las Instituciones del mismo Gayo (III, 89, 90, 92, 128, 163), si bien respecto a ésta presenta una mayor perfección escolástica³⁶.

Si las Instituciones tienen un marcado carácter escolástico³⁷—que se revela en la invención de la cuatripartición *re, verbis, litteris, consensu*—los *Libri Rerum Cottidianarum* las superan en escolasticismo sintematizador. La superación es de tal grado que no puede menos de pensarse en la intervención de una hábil mano postclásica que sobre las bases de Gayo trazó una clasificación contractual con virtualidad suficiente para transmitirse hasta nuestros días. Más adelante veremos la posible línea de pensamiento que ha llevado a Gayo al establecimiento de la conocida cuatripartición. Ahora nos detendremos en la sistemática de los *Libri Rerum Cottidianarum*. En éstos no aparece el término *litteris* de la cuatripartición gayana y se clasifican las figuras en el esquema *re-verbis-consensu*. Dentro del grupo de *obligationes qua re contrahuntur* aparecen (además del *mutuum*) *commodatum, depositum* y *pignus*. Como *obligatio*

Libri ex Cassio muestra la siguiente ordenación: Libros: 7 (*De emptione et venditione, De acquirendo rerum dominio*); 8 (*De locatione et conductione, De mandato, De negotiis gestis*); 9 (*Noxae iudicium, Fiduciussio*); 12 (*De peculio et de in rem verso*). En otras obras, como los *Libri Epistularum* el orden es enteramente arbitrario.

35. Así, libro 2 (*De obligationibus quae ex contractu nascuntur*). Aquí se refiere a los contratos reales:—mutuo, depósito, comodato y prenda—verbales y consensuales; libro 3 (*De obligationibus quae ex delicto nascuntur, De obligationibus quae quasi ex contractu, vel quasi ex delicto nascuntur*).

36. GAYO hace, más que una clasificación de los contratos, la de las obligaciones que nacen de contrato.

37. Conocido es el carácter de manual escolar de las Instituciones.

verborum señala la *stipulatio*—mas bien forma estipulatoria—y como aplicación de ésta *alieno nomine* se refiere a la *fideiussio*. Entre las obligaciones *consensu* se refiere a la *emptio-venditio*, la *locatio-conductio*, la *societas* y el *mandatum*. Esta sistemática es notablemente diferente de la que muestran las Instituciones. El ámbito de los contratos reales aparece ampliado con la inclusión del comodato, el depósito y la prenda, hecho que confirma la ampliación de que ha sido objeto en la época postclásica el campo del *creditum*, como veremos; pero, sobre todo, el carácter tardío, postclásico, de los *Libri Rerum Cottidianarum*³⁸. Respecto al pensamiento que Gayo manifiesta en sus Instituciones hay aquí un gran avance. En aquéllas Gayo incluía solamente el *mutuum* como contrato real y con vacilaciones la *solutio indebiti*; ésta es ahora separada del ámbito de los contratos³⁹.

Pero las diferencias son todavía más. Aparte de la supresión del contrato *litteris*, se observa una mayor concentración en torno al núcleo *re-verbis-consensu*. En efecto, las Instituciones después de los contratos reales (III, 90-91) dedican a los verbales gran espacio (III, 92-127) en el cual hacen referencia a las formas de fianza, para pasar seguidamente a los literales (III, 128-134) y a los consensuales (III, 135-162). En los *Libri Rerum Cottidianarum* la concentración es mayor. La materia referente a la *verborum obligatio* aparece recortada, en comparación con las amplias disgresiones en torno a la fianza que muestran las Instituciones. A nuestro modo de ver, aquí se oculta un fenómeno histórico interesante.

Gayo, como sabiniano que era⁴⁰, forzosamente había de dejarse influir por el sistema de Sabino. Este influye claramente en cierto aspecto de la sistemática contractual de sus Instituciones, antes expuesta. Al inventar⁴¹ su clasificación cuatripartita de

38. Vid. bibliografía citada anteriormente en núm. 11.

39. Vid. más adelante una alusión a su calificación como *quasi ex mutui datione* (D. 44, 7, 5. 3).

40. Precisamente mantiene su actitud sabiniana, aún a riesgo de resultar anacrónico. Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Storia del Diritto Romano*⁶, Nápoles, 1950, pág. 287. Además, trad. esp. de PELSMAKER e IVÁÑEZ, pág. 348.

41. Más adelante aludiremos a esta invención de la clasificación cuatripartita por GAYO; vid. bibliografía en nota núm. 66.

los contratos, después del grupo *re* (que recuerda el contenido de la rúbrica *De conditione* del sistema de Sabino) coloca como obligaciones contraídas *verbis* toda la materia que suele aparecer recogida bajo la rúbrica *De verborum obligatione*. Este es, seguramente, el motivo de su larga disgresión acerca de las formas de fianza. Luego, retorna a los apartados de la cuatripartición, y hace los grupos *litteris* y *consensu*. También en este último parecen reflejarse huellas de Sabino. Así, el hecho de referirse a la *societas erecto non cito* a continuación de la *societas consensual* recuerda la continuidad de *societas* y *communio* en los libros de Sabino.

Puede decirse que la sistemática contractual justiniana—luego transmitida a la posteridad—aparece ya configurada en los *Libri Rerum Cottidianarum*. La tripartición de las fuentes de la obligación que éstos muestran es más aparente que real. Cier- to es que en el fragmento inicial de la materia de obligaciones aparece afirmada la tripartición: D. 44, 7, 1. *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*. Pero también es cierto que a propósito de la tutela habla de cuasicontrato (D. 44, 7, 5, 1) y a propósito de la *solutio indebiti* admite una obligación *quasi ex mutui datione* (D. 44, 7, 5, 3). Y sobre todo habla de *quasi ex maleficio* refiriéndose a las figuras que constituyen los cuasidelitos en las Instituciones de Justiniano (Inst. IV, 5 (1, 2, 3). En el fondo, en la cuatripartición de fuentes de la obligación que nos presentan las Instituciones (3, 13: *ex contractu; quasi ex contractu; ex maleficio; quasi ex maleficio*) se hallaba implícita en los *Libri rerum cottidianarum*⁴². Esto nos prueba que la *conventio* había operado ya sobre el *contractus*. Hay que reconocer gran pericia escolástica en la mano postclásica que retocó la clasificación gayana con arreglo a las ideas de la época.

Otra singular clasificación, inadmisibles dentro de las líneas de la jurisprudencia clásica—que, por su contextura, puede ca-

42. Esta es, sin duda, la razón de que LENEL recoja el grupo de las obligaciones *ex variis causarum figuris* bajo la rúbrica *De obligationibus quae quasi ex contractu vel quasi ex delicto nascuntur*. LENEL con esta rúbrica se anticipa a la cuatripartición de las Instituciones de Justiniano de modo explícito.

lificarse, sin vacilación, de postclásica—es la que aparece atribuida a Modestino en sus *Libri Regularum*⁴³.

En el libro 2 traza el siguiente cuadro general de las obligaciones contractuales, recogido en D. 44, 7, 52. *Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato*.

Establecida esta clasificación, y después de definir cada una de las formas de obligación, se refiere a la *stipulatio*, *fideiussio* y *acceptilatio*. Por este motivo Lenel recoge esta materia bajo la rúbrica *De verborum obligatione*. En el libro siguiente sigue un orden expositivo concordante con la clasificación.

Sin embargo, el contenido en materia contractual no es grande, debido al carácter escueto de estas *Regulae*; se reduce a poco más que la clasificación expuesta. Los *Libri Rerum Cotidianarum* muestran una gran superioridad en este aspecto y su clasificación es más lógica dentro del espíritu de la época. Estos *Libri Regularum*, en cambio, parecen hacerse eco del ambiente sin la más mínima reacción lógica contra los monstruos jurídicos que comenzaban a asomar. Así, recojen la falsa *obligatio re et verbis* (D. 44, 7, 52, 3: *Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercendit, consentientes in aliquam rem*). Y, a parte del impreciso carácter de las *obligationes ex lege* y la impropiedad de las *ex iure honorario* en una época en que la distinción *ius civile-ius honorarium* se hallaba ya superada, resultan extraños los grupos de obligaciones *ex necessitate* y *ex peccato*. Particularmente chocante es la definición de estas últimas: *Necessitate obligantur, quibus non licet aliud facere quam quod praeceptum est: quod evenit in necessario herede* D. h. l. 7. Sobre todo, no parece fácil distinguir estas *obligationes* de las que denomina *ex lege*. D. h. l. 5: *Lege obliga-*

43. *Libri Regularum*: 2 (*De obligationibus, De verborum obligatione*); 3 (*De obligationibus quae re contrahuntur, De obligationibus quae consensu contrahuntur, De obligationibus quae ex peccato descendunt, De obligationibus lege introductis, De obligationibus honorariis*); 4 (*De obligationibus*) Aquí se refiere al *pignus, nauticum foenus, y chirographus*, con brevisimas alusiones a algunos aspectos. Por esta razón coloca esta rúbrica dubitativamente. Para un juicio sobre esta obra de MODESTINO, cfr. SCHULZ, *History* citada, pág. 182.

mir, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus. Pero acaso lo más asombrosamente arbitrario de la clasificación atribuida a Modestino es la frase final de la ley que nos ocupa: *D. h. l. 10: Sed et nutu solo pleraque consistunt* ⁴⁴.

El Digesto de Justiniano sigue con bastante fidelidad el orden edictal ⁴⁵. Así ocurría en general, como hemos visto, en

44. Una crítica de la clasificación de Modestino en G. GROSSO: *Il sistema romano dei contratti*, Giappichelli, Turin, 1946, págs. 36-8.

45. La materia contractual en el Digesto se halla distribuida, con más o menos intensidad, en los siguientes libros y títulos:

Libro 12: Título I (De rebus creditis si certum petetur et de condictione); título 2 (De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali); título 3 (De in litem iurando); tit. 4 (De condictione causa data causa non secuta); tit. 5 (De condictione ob turpem vel iniustam causam); 6 (De condictione indebiti); 7 (De condictione sine causa); Libro 13: tit. 1 (De condictione furtiva); tit. 2 (De condictione ex lege); tit. 3 (De condictione triticiaria); tit. 4 (De eo quod certo loco dari oportet); tit. 5 (De pecunia constituta); tit. 6 (Commodati vel contra); tit. 7 (De pigneraticia actione vel contra). Libro 14: tit. 1 (De exercitoria actione); tit. 2 (De lege Rhodia de iactu); tit. 3 (De institoria actione); tit. 4 (De tributoria actione); tit. 5 (Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur); tit. 6 (De senatus consulto macedoniano). Libro 15: tit. 1 (De peculio); título 2 (Quando de peculio actio annalis est); tit. 3 (De in rem verso); título 4 (Quod iussu). Libro 16: tit. 1 (Ad senatusconsultum Velleianum); título 2 (De compensationibus); tit. 3 (Depositum vel contra). Libro 17; título 1 (Mandati vel contra); tit. 2 (Pro socio). Libro 18: tit. 1 (De contrahenda emptione et de pactis emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt); tit. 2 (De in diem additione); tit. 3 (De lege commissoria); tit. 4 (De hereditate vel actione vendita); tit. 5 (De rescindenda venditione et quanto licet ab emptione discedere); tit. 6 (De periculo et commodo rei venditae); tit. 7 (De servis exportandis: vel si ita mancipium venierit ut manumittatur vel contra). Libro 19: tit. 1 (De actionibus empti venditi); título 2 (Locati conducti); tit. 3 (De aestimatoria); tit. 4 (De rerum permutatione); tit. 5 (De praescriptis verbis et in factum actionibus). Libro 20: título 1 (De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahuntur et de pactis eorum); tit. 2 (In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur); título 3 (Quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt); título 4 (Qui potiores in pignore vel hypothecae habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt); tit. 5 (De distractione pignorum et hypothecarum); tit. 6 (Quibus modis pignus vel hypotheca solvi ut). Libro 21: título 1 (De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris); tit. 2 (De

las obras que llevan este título. En el Código de Justiniano es más difícil señalar la tendencia hacia un sistema debido a la fragmentación de materias que este cuerpo legal nos presenta. Puede decirse que se observan huellas del sistema edictal. En las obras transmitidas fuera de la Compilación no puede percibirse una sistemática relevante para nuestro estudio, a excepción de las Instituciones (y Epítome) de Gayo y de las Sentencias de Paulo ⁴⁶.

evictionibus et duplae stipulatione); tit. 3 (*De exceptione rei venditae et traditae*).

46. En el Código, la materia contractual aparece recogida en el libro 4, sin un orden riguroso, más bien de modo bastante anárquico y mezclada con diversas materias. Recogeremos los títulos del Libro 4 en que se hace referencia a materia contractual:

Libro 4: tit. 1 (*De rebus creditis et de iureiurando*); tit. 2 (*Si certum petatur*); tit. 3 (*De suffragio*); tit. 4 (*De prohibita sequestratione pecuniae*); título 5 (*De condictione indebiti*); tit. 6 (*De condictione ob causam datorum*); tit. 7 (*De condictione ob turpem causam*); tit. 8 (*De condictione furtiva*); tit. 9 (*De condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa*); Más adelante parece retornar al orden edictal. Así, tit. 18 (*De constituta pecunia*); tit. 23 (*De commodato*); tit. 24 (*De actione pignoratitia*); tit. 25 (*De exercitoria et institoria actione*); tit. 26 (*Quod cum eo qui in aliena est potestate negotium gestum esse dicitur, vel de peculio seu quod iussu aut de in rem verso*); tit. 27 (*Per quas personas nobis acquiritur*); tit. 28 (*Ad senatus consultum Macedonianum*); tit. 29 (*Ad senatus consultum Velleianum*); título 34 (*Depositum*); tit. 35 (*Mandati*); tit. 37 (*Pro socio*); tit. 38 (*De contrahenda emptione*). Sigue con diversas alusiones a la compraventa y casi al final del libro aparece una alusión al arrendamiento, precedido de la permuta (tit. 64, *De rerum permutatione et de praescriptis verbis actione*) y seguido de la enfiteusis; tit. 65 (*De locato et conducto*); tit. 66 (*De emphiteutico iure*).

Este orden, con grandes interferencias, parece reflejar el edictal, si bien hay huellas sabinianas en la sistemática del Libro VIII desde los títulos 37 al 43. La materia comprendida en éstos y algunos aspectos de su distribución parece obedecer a influjos del orden expositivo de Sabino. Puede decirse que su sistemática responde a la de las obras tituladas *Digesta*, cuyo prototipo hemos visto en los *Libri Digestorum* de Salvio Juliano. Cfr. DE FRANCISCI, *Storia del Diritto romano*, vol. III, parte prima, Milán Giuffré, 1943, pág. 197; KRÜGER, *Geschichte* ² cit. pág. 319. A esta misma sistemática debía responder el Código Gregoriano (Cfr. edición de G. HAENEL, Bonn, 1837; no contamos con la edición de Krüger). Los últimos títulos del Libro III parecen referirse al campo del *creditum*, *actiones adiecticiae*;

Alcanzando este punto, podemos valorar los dos grandes órdenes de sistematización contractual en la Jurisprudencia y el nacimiento de la idea de *contractus*. Como primer resultado, podemos afirmar la inexistencia de clasificaciones u órdenes de exposición de la materia contractual en la Jurisprudencia que puedan considerarse precedentes de la ordenación según exposición consecutiva y cuatripartita de las figuras que Gayo muestra en sus Instituciones y que luego reaparece, ampliada, en los *Libri*

el Libro IV a los instrumentos de crédito, y al depósito, y más adelante, el Libro XII se refiere a los *sponsores* y *fideiusores*.

Del orden del Código Hermogeniano, apenas puede emitirse juicio respecto a la distribución de la materia contractual. Sin embargo, parece hallarse invertido el orden edictal. Así: XIII, *De deposito*; tit. XV, *De pignoribus*; tit. XVI, *De eorum contractibus, qui alieno iure subiecti sunt*. Debiera comenzar por este título y luego referirse al *depositum* y al *pignus*. Pero acaso lo más interesante es la rúbrica, *De eorum contractibus...*

En el Código Teodosiano, la materia contractual es notoriamente escasa. Resulta curiosa esta escasa alusión a las obligaciones contractuales. He aquí su contenido a este respecto: Libro II: tit. 28, *De pecuniæ sequestratione prohibita*; tit. 29, *Si certum petatur de suffragiis*; tit. 30, *De pignoribus*; tit. 31, *Quod iussu*; tit. 32, *De peculio* (se refiere a la *actio de peculio*); tit. 33, *De usuris*. (Una regulación bastante amplia de los intereses en los préstamos: cuatro leyes sobre usuras). Libro III: tit. 1, *De contrahenda emptione*; tit. 2, *De commissoriar rescindenda*; tit. 4, *De aedilitiis actionibus*. Aquí termina la materia que pudiera estimarse contractual. Continúa con la *donatio ante nuptias* y materia matrimonial hasta el final del Libro III. El IV se refiere en gran parte a derecho sucesorio. Aunque puede decirse que en los libros II-IV el Teodosiano sigue el orden de los *Digesta* (cfr. DE FRANCISCI, *Storia*, cit.), por lo que respecta a la sistemática de las obligaciones contractuales nada puede afirmarse dada la escasa materia que contiene.

En las obras jurídicas que nos han sido transmitidas fuera de la Compilación, únicamente tienen importancia para nuestro estudio las *Instituciones* de GAYO. Como a éstas hemos aludido ya en el texto, vamos a referirnos ahora a otras obras.

Cierto interés ofrece la sistemática de las *Sentencias* de PAULO. Para captar su verdadera sistematización no podemos fiarnos de las rúbricas: la arbitrariedad de éstas es bastante notoria. Las rúbricas introducidas dentro de cada libro se nos muestran poco seguras. Así, por ejemplo, en el libro II, bajo la rúbrica III (*De contractibus*) se habla únicamente de la *stipulatio*. Igualmente bajo la rúbrica IV (*De commodato et deposito pignore fiduciare*) del mismo libro no aparece referencia al *deposito*, a la prenda ni a la fiducia, como en ellas se indica. Los desplazamientos, supresiones, etc., que las rúbricas

Rerum Cottidianarum. Por otra parte, del estudio de los sistemas expositivos surge bastante luz en torno a la problemática general del *contractus*. A continuación expondremos las raíces y consecuencias de la sistemática jurisprudencial estudiada.

II.—FUNCIÓN DEL CREDITUM Y LOS IUDICIA BONAE FIDEI EN LA SISTEMATIZACIÓN DE LAS FIGURAS CONTRACTUALES

Hemos observado que el sistema edictal, el más frecuente en las obras de los juristas, nos presenta, en general, dos grupos

cas han sufrido (cfr. GIRARD, *Textes de Droit Romain*⁶, pág. 378), nos obligan a prescindir de ellas en varios casos para nuestro análisis del orden expositivo de las obligaciones contractuales. La exposición de esta materia contenida en el libro II sigue claramente el orden edictal. Se analizan sucesivamente las figuras contenidas en las rúbricas XVII, XVIII y XIX del Edicto. Incluso dedica cierto espacio a la fiducia, después del depósito. Resulta curioso observar a este propósito que la alusión a la fiducia aparece sin rúbrica que la señale. Nos atrevemos a conjeturar que ello se debe a la incompreensión de esta figura en la época de confección o retoque de esta compilación. Un indicio de confusionismo lo hallamos en la rúbrica antes mencionada: IV, *De commodato et deposito pignore fiduciave*. No hay solución de continuidad ni distinción entre acciones del campo del *creditum* y los *iudicia bonae fidei*. Pero después de la aludida fidelidad al orden edictal nos hallamos con una influencia sabiniana en el libro V. En efecto, en este libro se vuelve a tratar de las obligaciones contractuales, concretamente de la *obligatio verborum*, bajo la rúbrica VII (*De obligationibus*). Luego se trata de la *novatio* y de algunas cauciones estipulatorias. Aquí las rúbricas respectivas no se hallan fuera de lugar: VIII (*De novationibus*) y IX (*De stipulationibus*).

El resto de las obras conservadas, fuera de la Compilación (seguimos la edición citada: Fontes², II (Autores), de Riccobono) apenas merecen especial mención para nuestro objeto. La *Collatio* contiene un título acerca del depósito colocado, al parecer, de modo arbitrario: Tit. X, *De deposito*. El título anterior, IX (*De familiaris testimonio non admittendo*) y el siguiente, XI (*De abactoribus*), prueba la anarquía distributiva. Otra obra con contenido contractual, pero que tampoco permite descubrir el sistema, son los *Fragmenta Vindobonensia*, de las Instituciones de Ulpiano. El frag. I se refiere al precario y al arrendamiento; el II al mutuo y al depósito. El frag. III, incompleto, parece referirse a los interdictos, como el IV. El V y último se refiere a las *actiones*. Los *Fragmenta Vaticana* contienen únicamente un título sobre materia contractual: *ex empto et vendito*. Es de lamentar que los *Tituli ex corpori Ulpiani* no aborden la materia contractual.

incontaminados de acciones contractuales. De un lado aquellas acciones que el pretor recoge en las rúbricas XVII (*De rebus creditis*) y XVIII (*Quod cum magistro navis, institore eove, qui in aiena potestate est, negotium gestum erit*). De otro, las comprendidas en la rúbrica XIX (*De bonae fidei iudicia*). Este hecho obedece a razones más profundas que la observancia del orden edictal, simplemente. A nuestro modo de ver, dos órdenes de ideas se han desarrollado independientemente en materia contractual, cuya fusión completó el cuadro de figuras contractuales e hizo nacer la idea misma de contrato. Estos dos campos de ideas, que acabaron fundiéndose, son el ámbito del *creditum* un conjunto de acciones *stricti iuris*—y el grupo de los *iudicia bonae fidei*.

La teoría del *creditum*, de origen civil, fué desenvuelta por el pretor bajo la rúbrica *De rebus creditis* (XVII). En ésta acogía un grupo de acciones, todas ellas derivadas de la *condictio*. Y a continuación (rúbrica XVIII) se refería a las llamadas *actiones adiecticiae qualitatis* que, en principio, habrán servido para el *creditum*. Fuera de estas dos rúbricas no parece considerar el pretor la existencia de un *creditum*. Los *bonae fidei iudicia* son un campo aparte, donde actúa la *bona fides*; sus mismas acciones llevan en la fórmula un signo de bilateralidad: *quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*⁴⁷. Aquí halló la idea de *contractus* su punto germinal en la bilateralidad implicada en la buena fe.

El desarrollo del *creditum* tiene gran importancia en la formación de las figuras contractuales. A propósito del *creditum* el pretor trataba de las siguientes acciones: *actio certae creditae pecuniae*; *actio de eo quod certo loco dari oportet*; *actio de pecunia constituta*; *actio commodati* y *actio pignoratitia*. Por último, se refiere a la compensación y al senadoconsulto Vele-

Entre las obras de influjo gayano es curioso observar que en los *Fragmenta Augustodunensia* no aparecen las fuentes de las *obligationes* mencionadas. En cambio, el *Epitome Gai*, se hace eco de la cuatripartición gayana. Lo mismo ocurre, como se sabe, con la *Institutiones* de Justiniano, que, en este orden son la última etapa de cuatripartición pasando por los *Libri Rerum Cotidianarum*. Aludimos a éstos aquí de modo incidental porque sus características han sido ya estudiadas.

yano. Asimismo, las *actiones adiecticiae qualitatis*, estudiadas después, cabían dentro de la teoría del *creditum* porque constituían una forma de reclamar una *res credita*.

Lo más sorprendente es la inclusión de las acciones del *commodatum* y del *pignus* dentro del campo del *creditum*. Este hecho nos lleva a dos problemas esenciales a nuestro estudio: 1.º, el del alcance y significado del *creditum* en el mundo jurídico romano y su evolución; 2.º, el del carácter de las acciones del *commodatum* y del *pignus*.

Un problema previo al acotamiento del campo del *creditum* es el de la identificación o no de la *condictio* con la *actio certae creditate pecuniae*. Tradicionalmente, ambas acciones se han presentado como la misma *condictio*. Recientemente, sin embargo, Robbe⁴⁸ ha intentado probar la autonomía de la *actio certate creditae pecuniae* y su distinción de la *condictio*, resucitando con ello una idea que había despuntado, como excepción irrelevante, en algunos autores⁴⁹. Pero esta tesis de Robbe no nos resulta convincente. Es indudable que la *condictio* es una derivación de la *legis actio per conductionem*⁵⁰. Y esta *condictio*, fórmula única, tomaba el nombre de *actio certae creditae pecuniae* cuando se refería a una cantidad cierta. Incluso las demás acciones *in factum* recogidas en la rúbrica *De rebus creditis* son, probablemente, derivadas de la *condictio*.

El mismo Robbe acaba reconociendo que las *condictiones* fueron identificadas por Gayo con las *actiones in personam*, porque la *condictio*, en su simplicidad, venía a ser el denominador común de todas estas acciones. La simplicidad de su fórmula—*si paret dare oportere*—era, según él, resultado de la supresión de toda alusión a una causa. Por ello—piensa Robbe—

47. ARANGIO RUIZ afirma que el concepto clásico de *bonae fidei iudicium* no coincide con el de la fórmula con cláusula *ex fide bona*, sino que hace referencia a múltiples elementos dogmáticos. Cfr. *Le formule con demonstratio*, RARIORA, op. cit., pág. 51.

48. UBALDO ROBBE: *L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e sua distinzione dalla condictio*, SDHI, 7 (1941), fasc. I, págs. 35-III.

49. Vid. op. cit., págs. 36-40.

50. Cfr. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit. págs. 96-8. Prueban suficientemente esta derivación, a nuestro modo de ver, las mismas palabras de Gayo en las Instituciones: IV, 33.

se aplicaría en aquellos casos en que no existía una acción típica⁵¹. El pensamiento de Robbe nos parece insostenible en este punto. Precisamente por ser denominador común y por la simplicidad de su fórmula es lógico pensar que la *condictio* fuese una acción única, que, en distintas variantes, tomaba nombres distintos, según las aplicaciones, en los diversos casos de *creditum*. Así, una variante sería la *actio certae creditae pecuniae*.

Tampoco creemos sostenible el máximo argumento de Robbe en pro de la autonomía de la *actio certae creditae pecuniae*: el hecho de que la *sponsio* y *restipulatio tertiae partis* se hallen siempre referidas a aquélla y no a la *condictio*⁵². Ciertamente, la *sponsio* y la *restipulatio tertiae partis* aparecen mencionadas a propósito de la *actio certae creditae pecuniae*, tanto en la *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* (XXI-XXII) como en Gayo (IV, 13 y IV, 71) y Cicerón (*Pro Roscio*, 4, 10 y 5, 14) mientras en otros pasajes donde se habla de la *condictio* no aparecen estas menciones; pero de este silencio nada puede deducirse. Hay quien no rechaza la posibilidad de que la misma *legis actio per conditionem* tuviera esta característica⁵³. En todo caso, *sponsio* y *restipulatio tertiae partis* podían constituir una particularidad de este tipo de *condictio* que es la *actio certae creditae pecuniae*, pero a nuestro modo de ver no justifican una plena autonomía de la *actio certae creditae pecuniae* como quiere Robbe.

El carácter de acción única de la *condictio*, aplicada en diversas variantes, se muestra claramente en la generalización del término *conditiones* a las acciones *in personam* en el ámbito clásico:

Gayo, VI, 5.

Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, conditiones.

51. ROBBE: Op. cit. págs. 86-88.

52. Vid. ROBBE: Op. cit., págs. 88 y ss.

53. Vid. KASER: *Das altrömische ius*, Göttingen, 1949, pág. 284-85; A. GIFFARD. *Leçons de Procédure Civile Romaine*, Domat-Montchrestien, Paris, 1932, págs. 60 y ss.

Este testimonio de Gayo no puede eludirse considerando esta clasificación de carácter general y procesal, como opina Robbe. Al contrario, sólo cabe preguntar después de esto ¿cuál es la *condictio* en situación autónoma frente a la *actio certae creditae pecuniae* y viceversa?

Todavía más adelante nos confirma Gayo el hecho de la denominación de *condictiones* a las *actiones in personam*.

Gayo, IV, 17, b-18:

...condicere autem denuntiare est prisca lingua 18. Itaque hace quidem actio proprie condictio vocabatur. nam actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX. adesset; nunc vero non proprie conditionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus dari nobis oportere. nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

Aquí aparece más firme aún el pensamiento de Gayo, puesto que considera más apropiada la denominación de *condictio* antes, *prisca lingua*. En su tiempo le parece menos apropiada: *nunc vero non proprie conditionem dicimus actionem in personam esse*. Es indudable, por tanto, la vigencia de esta denominación en la época clásica. Toda fórmula donde figuraba un *dari oportere*⁵⁴ era una *condictio*. Y esta *condictio* era la sanción del *creditum*. Por ello hemos procedido a esta aclaración previa antes de entrar en la noción de éste.

Para precisar el alcance clásico del *creditum*, contamos con el precioso testimonio de Cicerón, según el cual las causas de la *actio certae creditae pecuniae*—la misma *condictio*, como hemos dicho—son: *pecunia data, expensa lata y stipulata*⁵⁵. El

54. Además de la *condictio* por la que se reclama una *certa pecunia* o una *certa res* parece abrirse paso la idea de una *condictio incerti*. Cfr. GIFFARD, *L'action qua incertum petimus*, SDHI, 4 (1938), fasc. I, págs. 152-62; *Observations sur l'enrichissement injuste incertain*, Mélanges De Visscher, III, págs. 499-502; *Precarium, condictio incerti et actio praescriptis verbis*, Studi Riccobono II, 1936, págs. 277-81. Su clasicidad es combatida; vid. PARTSCH, 255 (32), 447 y ss. Cfr. JORS-KUNKEL-WENGER, *Römisches Recht*³, Heidelberg, 1949, pág. 250, con bibliografía.

55. *Pro Q. Roscio Comoedo*, 5, 14. Cfr. E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, vol. I Zanichelli, Bologna, 1927, pág. 176; ROBBE, op. cit., págs. 59 y ss. Las mismas causas aparecen mencionadas en la célebre *Formula*

Digesto no alude a los casos de pecunia *expensa lata* por desaparición de la *expensi latio*, en el título *De rebus creditis*. Pero a través de los fragmentos contenidos en éste ⁵⁶, analizados a la luz de las noticias de Cicerón, puede asegurarse que, según la Jurisprudencia, el *creditum* nacía, normalmente, de una *numeratio* o de una *stipulatio* (*pecunia data y stipulata*). Puede decirse que coincide el *creditum* con el ámbito de aplicación de la *condictio*. En el edicto, en cambio, aparecen dentro de la

Baetica, cfr. *Fontes iuris romani antejustiniani* ², cit. III (*Negotia*), de A. Ruiz, págs. 295-7.

56. Un análisis del título I del Libro XII del Digesto (*De rebus creditis si certum petetur et de condictioe*), fué realizado en un cursillo monográfico por el prof. A. D'ORS en busca del ámbito del *creditum*, quien en un trabajo de próxima publicación en [S. D. H. I. (XIX)] pondrá de manifiesto los caracteres clásicos de dicho instituto. Un anticipo de los resultados que nos van a ser ofrecidos puede verse en la Prelección del Programa de Derecho romano correspondiente al curso 1952-53. Santiago de Compostela, Ed. Porto.

Recogemos un grupo de textos en que puede rastrearse perfectamente el pensamiento clásico, según el cual *numeratio* y *stipulatio*, eran las dos causas más importantes del *creditum*: D. 12, 1, 9, 4:

Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum: nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus, uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? Et puto, posse. La condictio se daba por la datio aunque la stipulatio sea nula. D. h. t. 9, 5:

Idem erit, si a pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, cui tutore auctore credidi: nam et tunc manebit mihi condictio ex numeratione.

También aquí se da la *condictio* si se estipuló sin consentimiento del tutor, con tal que el préstamo se haya realizado con su consentimiento.

D. h. t. 9, 6:

Item quaeri potest et si, quod tibi numeravi, sub impossibili conditione stipuler: cum enim nulla sit stipulatio, manebit condictio.

Aquí se da también una *stipulatio* nula, coincidente con una *datio* eficaz, y por ello subsiste la *condictio*.

D. h. t. 9, 7:

Sed et si ei numeravero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler, puto pupillo eum comparandum, quoniam et stipulando sibi acquirit.

D. h. t. 9, 8.

Si nummos meos tuo nomine dederó velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri conditionem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dederó, tibi acquiritur obli-

rúbrica correspondiente al *creditum* (*De rebus creditis*) algunas acciones *in factum* como se sabe; entre éstas, las correspondientes al *commodatum* y al *pignus*. Fué el pretor, por tanto, el que amplió el campo del *creditum* por medio de acciones *in factum* que, indudablemente, tenían su antecedente en la *con-*

gatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuum ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

Aristón y Juliano coinciden en admitir la *condictio* en este caso.

D. h. t. 9, 9.

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit et poterit ei condicti.

El depósito se convierte en mutuo y aparece así un *creditum* que antes no existió, porque en el depósito no tenía lugar.

D. h. t. 10.

Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.

Este frágmento se relaciona con el anterior, pero hay cierta diferencia. En el anterior existe un depósito desde la utilización. En éste, hay depósito en principio pero condicionado por «*si voles*». Antes de que haya sido utilizado no se sabe ciertamente si se constituirá en préstamo.

D. h. t. 11.

Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris si vendideris, puto mutuum pecuniam factam, quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris priusquam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestio est, mihi videtur (Nervae, distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.

D. 17, 1 34.

Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse, nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. his argumentum esse eum, qui, cum mutuum pecuniam

dictio. A propósito de la prenda y el comodato, se observa la utilización de la *condictio* en D. 12, 1, 4, 1.

Res pignori data pecunia soluta condici potest. et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt: nam et si colonus post lustrum completum fructus perceperit, condici eos constat ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt: nam si ex voluntate, procul dubio cessat condictio.

D. 12, 5, 9.

*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*⁵⁷.

Es probable que las *actiones in factum* del *pignus*, *commodatum* y *depositum* tuviesen su origen común en la *condictio*.

dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum, et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut quamvis ipsius periculo muniti fierint, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.

Este texto de Africano, que probablemente refleja la opinión de Juliano, es importante a propósito del *creditum*.

D. 12, 1, 12.

Si a furioso cum eum computem mentis putares, pecuniam quasi mutuum acceperis eaque in rem tuam versa fuerit, conductionem furioso adquiri Iulianus ait: nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex isdem etiam furioso adquiri, item si is qui servo crediderat furere coeperit, deinde servus in rem domini id verterit, condici furiosi nomine posee, et si aliquam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere coeperit et consumpta sit ea pecunia, conductionem furioso adquiri.

Este fragmento coincide con D. 44, 7, 24. Probablemente es un epitome postelásico, puesto que Pomponio no habrá repetido lo mismo exactamente en dos textos.

El título *De rebus creditis si certum petetur et de conductione* del Libro XII, a partir de D. 12, 1, 12, se ocupa de la teoría de la *consumptio*, relacionada con el *creditum* en cuanto la consunción determinaba el nacimiento de la *condictio*. Claramente se observa en algunos fragmentos: así D. 12, 1, 12, *et consumpta sit ea pecunia conductione furioso adquiri* y D. 12, 1, 13, *pr... sed consumptis eis nascitur condictio*.

57. Si la *actio commodati* fuese de buena fe, no se utilizaría la *condictio* para reclamar la cantidad indebidamente pagada por la devolución de la cosa, sino las mismas acciones del contrato. Para prueba vid. el fragmento D. 12, 5, 9, 1.

Esta habrá originado, en primer lugar, una *actio in factum* para el *pignus* y otra para la *fiducia*. De esta *actio in factum fiduciae* probablemente proceden la *actio in factum*, del *commodato* y del depósito. Su origen común en la *condictio* a través de la *fiducia*, es una consecuencia de que ésta halló su primera sanción en aquélla. Es explicable que así ocurriese por su carácter de *datio ob rem*, cuya sanción típica era la *condictio*. Por otra parte, se sabe que la *fiducia* realizó una frecuente sustitución funcional respecto a figuras contractuales, principalmente en lugar de los llamados contratos reales. En este aspecto la *fiducia* muestra una gran virtualidad morfogenética⁵⁸.

Pero el problema tal vez más discutido acerca de las acciones del *commodatum* y del *pignus* es el de su paso a acciones *in ius*. Respecto a la *actio commodati* se discute únicamente la fecha de este tránsito. Las nuevas lecturas de Gayo han conducido a un proceso de rectificación de la tesis de Biondi, que consideraba incluida esta acción en el elenco gayano de los *iudicia bonae fidei*⁵⁹. Es probable que la *actio in ius* del comodato no sea posterior a Juliano, haya éste codificado o no el Edicto, porque resulta difícil admitir la creación de nuevas fórmulas después de esta época.

La *actio in ius* del *pignus* plantea una cuestión frente a la cual no parece desacertado el *non liquet* emitido por Arangio Ruiz⁶⁰. Sin embargo, nos inclinamos a creer en la inexistencia de una fórmula *in jus*⁶¹.

58. Cfr. LONGO, *La fiducia*, Giuffrè, Milán, 1933, págs. 147-53. Un resumen del papel de la fiducia, en sustitución funcional de otras figuras, puede verse, con bibliografía, en J. B. JORDANO BAREA, *Origen y vicisitudes de la fiducia romana*, «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», vol. 24 (1948), fasc. 2, págs. 235-59.

59. Vid. el proceso de rectificación de la tesis de BIONDI en DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit. págs. 95-113; especialmente págs. 107-10. ALBERTARIO se había adherido a la tesis de Biondi en *Archivio Giuridico*, 97 (1927), págs. 125 y ss. Cfr. además, BIDR, 32 (1922), págs. 288 y ss. ZSS, 49 (1929), págs. 472-3; BIDR, 36 (1928), 139 y ss.

60. Cfr. ARANGIO RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, *Rivista*, Roma, 1946, págs. 42-63.

61. Cfr. D'ORS, *Iura*, vol. I (1950), pág. 426. Cfr. asimismo, KASER, ZSS, 80 (1950), pág. 566, con la bibliografía allí citada.

Las acciones contractuales, como hemos visto, no aparecen formando un grupo único. El *creditum* es un núcleo homogéneo en la Jurisprudencia clásica y un tanto adulterado en el Edicto. Por otra parte, los *iudicia bonae fidei*, parecen mantenerse al margen de la idea del *creditum* clásica. Posteriormente, en el mundo postclásico, tuvo lugar una extensión del campo del *creditum*, y se denominan, desde entonces, *creditores* aquellos a quienes se debe por cualquier causa. ¿Qué movimiento operó esta transformación? El pretor dió un paso importante en este sentido al introducir las acciones *in factum* del *commodatum* y del *pignus* dentro del título *De rebus creditis*. El curso del movimiento unificador es perfectamente perceptible en la Jurisprudencia. Se manifiesta, en una primera fase, en la utilización de un procedimiento para transformar en obligación crediticia la vinculación nacida de otra causa: es lo que se denomina *abire in creditum*.

Así, D. 14, 6, 3, 3:

Is autem solus senatusconsultum offendit, qui mutuum pecuniam filiofamilias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est. et ideo etsi in creditum abii filiofamilias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat senatusconsultum. quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatusconsulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.

El alcance postclásico-justiniano del *creditum* muestra sus contornos en el fragmento atribuido a Ulpiano:

D. 12, 1, 1, 1:

Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei

adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit.

No cabe duda que se ha pretendido ensanchar lo más posible el concepto de *creditum*, sin duda con anterioridad a toda labor interpoladora justinianea. El pensamiento que el fragmento revela es, en líneas generales, postclásico; pero, acaso en gran parte, del mismo Ulpiano. Una prueba de ello es la alusión a la aplicación del *creditum* realizada por el pretor al incluir bajo este concepto las acciones del comodato y la prenda. A nuestro modo de ver, Robbe exagera la diferencia entre el pensamiento de Gayo y el contenido en este fragmento, que considera criticable bajo todos los aspectos y, por tanto, de estructura típicamente justinianea ⁶².

Quizá más revelador del ambiente postclásico es el siguiente fragmento, atribuido a Paulo:

D. 12, 1, 2, 3 (Paulo, 28 *Ad Edictum*).

Creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur sic, ut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est. item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia, creditum autem interdum etiam si nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur.

Robbe también considera este fragmento enteramente interpolado ⁶³. A nuestro juicio, más que producto de una interpo-

62. Vid. ROBBE, *L'autonomia*, cit. págs. 91-6. Para la cronología de este fragmento, en contra de su carácter totalmente compilatorio, no puede olvidarse el P. Ryl. III, 474, fr. B. recto. No entramos en la discusión acerca de la lectura de *quid* o *eam*, aunque esté más de acuerdo *eam* con la evolución del contrato real. Sólo queremos hacer notar que el simple hecho de la existencia de este papiro contradice el radicalismo de la tesis de Robbe que no parece valorar suficientemente la opinión de DE ZULUETA. Vid. BIDR. 45 (1938) págs. 380, ss. *Studi di Storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, Giuffrè, Milán, 1939, vol. I, págs. 139-47. Para los problemas que este papiro plantea, con bibliografía, cfr. A. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano. Theses et studia philologicae salmanticensia*, Salamanca, 1943, páginas 104-8 y ahora F. SCHULZ, en ZSS, 68 (1951) 1 y ss.

63. ROBBE, *L'autonomia* cit., págs. 96-8

lación pudiera ser una sistematización postclásico-escolástica en que se refleja el ambiente de ideas de la época, porque el pensamiento se desenvuelve en tono definitorio, pero con cierta rigurosidad lógica. Así, en el final del fragmento (párrafo 5), se concluye reafirmando el nacimiento de un *creditum* verbalmente: *Verbis quoque credimus quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.*

El punto final de la invasión del *creditum* en todo el campo de las obligaciones contractuales puede verse claramente en:

D. 50, 16, 11 (Gayo, 1, *Ad Edictum*).

"Creditorum" appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causas debetur.

III. LA IDEA DE «CONTRACTUS» A TRÁVÉS DE LA SISTEMÁTICA JURISPRUDENCIAL.

Veamos las interferencias entre esta trayectoria seguida por la idea del *creditum* y la sistematización de los contratos por la Jurisprudencia hasta llegar, a través de la clasificación gayana, a la sistemática de los *Libris Rerum Cottidianarum*⁶⁴.

La sistemática edictal en el orden de exposición de los contratos mantenía diferenciados, por la distribución en libros distintos, el grupo de acciones que se hallaban comprendidas dentro del *creditum* y el de los *iudicia bonae fidei*. Solamente Gayo, en el comentario al Edicto provincial, presenta una sistemática alterada. Introduce el depósito en el grupo del *creditum* (Libro IX) y desplaza la fiducia al libro siguiente (Libro X), incluyéndola entre los contratos consensuales. ¿Por qué este desplazamiento del depósito? Nos inclinamos a creer que se trata de una decisión de Gayo, acaso influenciado por la idea amplia de *creditum* que comenzaba a apuntar⁶⁵. Efectivamen-

64. Cfr. para la influencia del *creditum* en la elaboración de los contratos reales. GROSSO, *Il sistema Romano dei contratti*, op. cit., págs. 158-66.

65. También podía pensarse que esta inclusión obedecía al reconocimiento de la *actio in factum* que sirvió de sanción al depósito, e incluso podría admitirse la posibilidad de que el Edicto aludiese separadamente a

te, en materia de clasificación de contratos, Gayo significa, como sabemos, una avanzadilla respecto a su época, principalmente en la cuatripartición contractual establecida en sus Instituciones, de la cual no se hallan precedentes en la Jurisprudencia anterior. Ya hemos admitido anteriormente, de acuerdo con investigaciones recientes, que la cuatripartición gayana es invención de Gayo o quizá de algún oscuro predecesor⁶⁶. En todo caso, parece ser una invención escolástica a la que sirvió de fundamento una antítesis frecuente en la jurisprudencia anterior y que lo siguió siendo por toda la época clásica: la antítesis *re-verbis*. A estos dos miembros se añadieron los otros dos: *litteris* y *consensu*. Así surgió la cuatripartición y se convirtieron en géneros de obligaciones contractuales categorías como las *res-verba*, que tenían un sentido muy distinto.

La idea de *contrahere*—de donde surgió el concepto que responde al sustantivo *contractus*—nació en el campo de los *iudicia bonae fidei* como idea ajena al *creditum*. Ya el mismo Gayo realiza una superposición de la idea de *contractus* sobre su cuatripartición⁶⁷ de las *obligationes*.

Los *iudicia bonae fidei* llevaban el germen del *contractus* en la bilateralidad, que iba implícita en el *quidquid alterum alteri dare facere oportet*. En cambio, la acción típica del *creditum*, la *condictio*, era una acción de derecho estricto en la que no cabía valorar la conducta mutua de las partes y la bilateralidad no podía germinar en este campo. Que el *contractus* no surgió en el campo del *creditum* se deduce claramente de: D. 50, 16, 10.

"Creditores" accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civile sine ulla

ésta y a la *actio in jus*. No obstante, nos parece más bien una decisión de Gayo, puesto que en el Edicto reconstruido por Lenel sólo figura la *actio in jus* y en la época de Gayo no es probable que la *actio in factum* tuviese relevancia.

66. Vid. A. D'ORS, *Re et verbis*, Comunicación al Congreso de Derecho Romano de Verona. Cfr. SDHI, 15 (1949), pág. 397; ahora en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, volumen III, Milán, Giuffrè, 1951, págs. 267 ss.

67. GROSSO hace notar, insistentemente, la superposición. *Il sistema*, cit. págs. 8, 10, 47, 49, 53. Vid. GAYO, III, 88, 89 y 90.

exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione. quod si natura debeat, non sunt loco creditorum. sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur.

Las frases finales aluden claramente a la distinción entre mutuo (*creditum*) y *contractus*.

Esta es la razón de que Labeón defina el *contractus* como *ultra citroque obligatio* y piense en los *iudicia bonae fidei*, como *emptiovenditio*, *locatio-conductio* y *societas*:

D. 50, 16, 19.

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: «contratum» autem ultra citroque obligationem, quod Graeci συναλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: «gestum» rem significare sine verbis factam.

Esta idea del *contractus* como relación bilateral se va ampliando paulatinamente a medida que la *conventio* va adquiriendo relevancia. La misma idea de la *conventio*, del acuerdo, que no es más que la bilateralidad subjetiva, va inscrita en la bilateralidad objetiva de la *ultra citroque obligatio*. Por ello puede considerarse como una consecuencia de esta definición de Labeón, unida al desarrollo de la *conventio*, la intuición pediana (D. 2, 14, 1, 3): *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*⁶⁸.

La limitación de la teoría del *creditum* en la época de Gayo, quizá no permitió a éste incluir en el *contrahere re* el depósito, el comodato y la prenda (en su clasificación de las Instituciones). Porque había *datio* en la *solutio indebiti* pensó en un *contrahere re*, pero la idea de la *conventio*—que constituía el fondo de la bilateralidad con tendencia a resaltar cada vez más como alma de los negocios—no existía en este caso. Por esto, *haec species obligationis non videtur ex contractu consistere* (obser-

68. Vid. Sobre la bilateralidad como inmanente al *contrahere* en Labeón, BETTI, BIDR (28), 1915, pág. 12. Cfr. asimismo, en general, GROSSO, *El sistema*, cit., págs. 69-105.

va con vacilación), porque más que un *contrahere* parece ser un *distrahere*.

En cambio, cuando la teoría del *creditum* adquirió el desarrollo postclásico que hemos puesto de manifiesto, pudo ya surgir la clasificación de los *Libri Rerum Cottidianarum* con la inclusión de estas figuras en el grupo de contratos reales.

La única categoría gayana de efímera duración fué la *obligatio litteris*. No aparece mención alguna del contrato literal que Gayo acuñó en sus Instituciones (III, 128-134) en la Jurisprudencia. En ninguno de los sistemas expositivos de la materia contractual expuestos en este estudio hemos hallado un análisis del contrato literal. Ni siquiera se hace mención de la *obligatio litteris* en el más acabado cuadro expositivo en esta materia—también atribuido a Gayo—los *Libri Rerum Cottidianarum*. Esto quiere decir que había predominado en aquella forma obligatoria gayana su verdadera naturaleza: la de documentos. Pensando, acaso, en los documentos orientales habrá establecido Gayo esta categoría, puesto que menciona los sígrafos y quirógrafos de Oriente como formas de contrato literal entre los peregrinos. Al adquirir el documento en la época postclásica su máxima eficacia, fué preciso luchar contra su fuerza inmensa y surge la *querella non numeratae pecuniae*. Por medio de ésta podía impugnarse la validez del documento dentro de un plazo; pero transcurrido éste, prevalecía lo consignado en el documento: obligaba, por tanto, la escritura. No obstante, no parecía exacto hablar de contrato literal. Esta es la razón de la escasa fortuna de la aludida *obligatio litteris* de Gayo, cuya ausencia en la sistemática jurisprudencial de los contratos que acabamos de estudiar, resulta bien notoria⁶⁹.

Por último, tenemos que señalar una profunda huella del orden de Sabino en la materia contractual. El gran relieve otorgado a la *obligatio verborum*, de tal modo que en torno a ésta se estudiaba todo lo que pudiéramos denominar teoría general de las *obligationes*, repercute no sólo en Gayo, como hemos indicado, sino en el mismo Digesto de Justiniano. La masa en-

69. Sobre *obligatio litteris*, vid. con bibliografía: D'ORS, *Re et verbis*, cit., pág. 269.

globada en éste bajo la rúbrica (D. 45,1) *De verborum obligationibus* contiene la problemática fundamental de las obligaciones contractuales. Constituye una verdadera teoría general del contrato. En torno a la *stipulatio* elaboró la Jurisprudencia romana la teoría general de las obligaciones⁷⁰. No puede dudarse de la influencia de la sistemática de Sabino en este aspecto. La teoría general del contrato, elaborada en torno a una forma contractual—la *stipulatio*—arranca, como una masa unitaria, del sistema de Sabino y se limita al campo del *creditum*. Posteriormente, cuando este concepto sufrió la aludida extensión postclásica y el *creditum* y las obligaciones contractuales vinieron a coincidir, se habrá considerado válida y aplicable a todas las figuras contractuales la teoría general desenvuelta alrededor de la *stipulatio*.

La tradición que arranca de Sabino hace incurrir a los compiladores en un anacronismo que, debido a su reverencia clasicista y al peso de la tradición jurisprudencial romana, no percibieron a pesar de su volumen. Han dejado la teoría general de las obligaciones estructurada en torno a la *stipulatio*, forma contractual que en sus tiempos ni siquiera existía ya. No percibieron que cuanto acogían bajo la rúbrica *De verborum obligationibus* no era, en el fondo, más que una teoría general de las obligaciones contractuales. Pudieron haber sustituido en la mayor parte de los casos las alusiones a la *stipulatio* por el vocablo *contractus*. De hecho la *stipulatio* había sido el molde apto para cualquier contenido contractual, pero este molde formal se había ya perdido y en su lugar existía un molde conceptual, el concepto general de *contractus* como convención.

Bajo los juristas clásicos el concepto general de *contractus* se hallaba en vías de formación: no había cristalizado debidamente, si bien Gayo significó un gran avance con su clasificación de los modos de *contrahere obligationes*. No hallamos en los libros de los jurisconsultos una rúbrica: *De contractibus*. En cambio, en la época bizantina el concepto genérico de *con-*

70. Cfr. el sugestivo estudio de RENÉ DEKKERS, *Des méfaits de la stipulatio*, en *Mélanges De Visscher III*, Bruselas, 1950, págs. 361-86.

tractus había logrado su plena conformación con un significado casi moderno. Si los compiladores se hubiesen situado en los puntos de vista de su momento histórico habrían establecido una rúbrica *De contractibus* en el Digesto.

Pablo FUENTESECA