



ISSN 1989-1970

Abril-2021

www.ridrom.uclm.es

Full text article

Fecha de recepción: 16/01/2021	Fecha de aceptación: 16/01/2021
Palabras clave: <i>Contrato, contractus, contract.</i>	Keywords: <i>Contrato, contractus, contract.</i>



LA NOCIÓN DE CONTRATO EN DERECHO ROMANO

THE NOTION OF CONTRACT IN ROMAN LAW

Armando Torrent

Catedrático de Derecho Romano
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

(TORRENT, Armando. La noción de contrato en Derecho Romano. RIDROM [on line]. 26-2021. ISSN 1989-1970. p. 550-574. <http://www.ridrom.uclm.es>)

La noción de contrato en Derecho Romano¹.

El art. 1254 del Código civil español define que “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio”, y el art. 1258 prescribe que se perfeccionan por el mero consentimiento.

Análogamente el C.c. italiano de 1865 art. 1098, definió el contrato como el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre ellos un vínculo jurídico, y la misma definición con el añadido del carácter patrimonial de la prestación se reproduce en el art. 1321 del C.c. italiano de 1942.

¹ Reproduzco íntegramente el texto de una conferencia (por corresponder a una conferencia no he añadido citas bibliográficas que por otra parte creo son conocidas por todos) que debía pronunciar en la Universidad de Coimbra (Portugal) en noviembre del 2019. No pude pronunciarla porque ya dentro del aeropuerto sufrí una caída dolorosa que me hizo pensar que me había roto la cadera. Perdí el vuelo, me vió el médico del aeropuerto que me recomendó quedarme en Madrid y que acudiera lo antes posible a un traumatólogo. Me recuperé, pero desde entonces no he podido salir de Madrid; ahora mismo (diciembre del 2020) estamos confinados y limitados los derechos de movilidad y reunión con toque de queda incluido a causa de la epidemia del coronavirus ¿versión actual de las pestes medievales?

También tengo que decir que para redactar esta conferencia me he servido de un escrito inédito de mi admirado maestro de la Universidad de Bolonia, Prof. Giuseppe Ignazio Luzzatto, texto redactado obviamente en italiano que yo traduje al español y Luzzatto dictó como conferencia en 1972 en las Universidades Autónoma de Madrid, Valladolid, y del País Vasco, Facultad de derecho de San Sebastián en la que me había encargado de la enseñanza del derecho romano el curso 1971-72. Supongo que Luzzatto hubiese querido reelaborar aquella conferencia para su publicación, pero desgraciadamente falleció poco después. Con esta conferencia quiero rendir de nuevo un emocionado homenaje a la memoria de mi maestro de Bolonia, y cuando lo cito me refiero siempre a su conferencia inédita. Lo primero que hice cuando alcancé una categoría universitaria que me permitía hacerlo, fue invitar a Luzzatto a venir a España como conferenciante, de lo que me honro. Fue su última salida fuera de Italia.

Ambas definiciones, la italiana y la española, se siguen del código de Napoleón de 1804. Está claro por tanto que en todos los ordenamientos civilísticos de inspiración francesa el contrato se identifica con el acuerdo de voluntades, y que en tal acuerdo encuentra su fundamento las consecuencias obligatorias del contrato.

Es también sabido que la situación en el derecho romano era diversa en cuanto no todos los acuerdos de voluntad eran calificados como contratos, y pongo como ejemplo de ello los acuerdos de voluntad entre los coherederos en la partición de herencia, y solamente los contratos ponían en vida una relación obligatoria entre las partes. De ahí la tipicidad del contrato romano con la ulterior consecuencia que no es posible dar una definición abstracta del contrato, sino solamente dar una enumeración concreta de las singulares figuras contractuales, que sustancialmente se identificaban con la cuatripartición gayana: *re, verbis, litteris, consensu*. Los acuerdos de voluntades que quedaban fuera de esta clasificación fueron denominados quasicontratos, y hay que llegar la época postclásica para encontrar la figura de los contratos innominados.

En otras palabras el elemento consensual, incluso admitida su constante importancia jurídica, no era por sí suficiente para calificar la existencia del contrato, sino que era necesario que la relación fuese reconocida por el ordenamiento jurídico entre las causas típicas que éste calificaba como fuentes de obligación.

El consentimiento, el acuerdo de voluntad entre las partes, y la causa reconocida por el ordenamiento jurídico como fuente de obligación, serían por tanto los dos elementos básicos sobre los cuales se funda la noción romana de contrato. Además, (y sobre este punto veremos que la doctrina es casi unánime), el elemento consensual estaría presupuesto en aquellas

relaciones en las que la obligación no encontraba su fundamento en el acuerdo de voluntad entre las partes, sino en la realización de un acto de naturaleza formal o real.

La tesis que el acuerdo de voluntad aparece en todo caso sobreentendido, y la consecuente definición del contrato ya formulada que lo identifica con el acuerdo de voluntades en base a una causa obligatoria reconocida como tal por el ordenamiento jurídico, es casi unánime en la doctrina. Basta recordar para España los manuales de Arias Ramos-Arias Bonet,, Ursicino Alvarez, Pablo Fuenteseca, el mio mismo; en Portugal el manual de Obligaciones del prof. Dos Santos Justo, y en Italia los textos institucionales de Arangio-Ruiz, Volterra, Marrone, Burdese, Voci, y el hecho que la definición recordada antes había sido formulada incluso por Bonfante que acaso (y probablemente tiene razón) interpreta el término *contractus* como designación elíptica de *negotium contractum*. Por cuanto me consta, la única excepción es la clasificación de d'Ors que limita la categoría de contratos consensuales a los amparados por *iudicia bonae fidei* y a los derivados de algunas acciones pretorias. Tal limitación está en relación con una tesis general de este autor de la que me ocuparé más tarde, pero no creo poder aceptarla.

Aún más: por Riccobono incluso se ha sostenido que el acuerdo de voluntades no habría caracterizado los contratos consensuales solamente, sino que estaría a la base de la noción misma de contrato y habría sido reconocido como determinante incluso en el ámbito de los contratos formales (*re, verbis, litteris*) ya por obra de la jurisprudencia clásica. Y es conocidísima la interpretación dada por Riccobono en este sentido de la célebre afirmación de Sexto Pedio: *nullum esse contractum nullam obligationem*

qui non habeat in se conventionem sive re sive verbis fiat, inciso que además se refiere a los *pacta* que no eran fuente de obligación.

Según Riccobono el reconocimiento del elemento consensual en el ámbito de los contratos formales se habría producido durante toda la época clásica solamente a través de la obra del *praetor urbanus*, limitadamente al *ius honorarium*, y será necesaria la fusión entre la pluralidad de sistemas jurídicos que caracterizaban la época clásica realizada a través de la praxis de la *cognitio extra ordinem*, para que se llegue a reconocer, incluso respecto de los contratos formales, que la *conventio* era un elemento caracterizante del contrato.

Me he detenido algo sobre las conclusiones de Riccobono porque la emersión del elemento consensual en toda categoría de contratos es hoy acogida por la casi totalidad de la doctrina. Es suficiente para ello reenviar a las investigaciones de Voci sobre las que me detendré más adelante, a las Instituciones de Volterra y al reciente aunque discutible volumen de Wunner, mientras es más difusa la posición de Grosso, que en buena parte hago mía, según el cual durante toda la época clásica el elemento subjetivo está destinado a permanecer en la sombra frente a la valoración concreta del *actum qui obligat*, valoración que necesariamente se ponía diversamente según las relaciones reconocidas como fuentes de obligación por el *ius civile*.

Grosso llega a la conclusión que el elemento consensual aunque generalizado por los compiladores, estaba ya en germen en cada una de las cuatro categorías de contratos clásicos. Y las mismas tentativas de superar por otro camino el contraste entre la tipicidad del contrato romano y la generalización del elemento consensual, parece presuponer tal conclusión como implícita. Esto vale para el intento de d'Ors seguido por Fuenteseca de dar relevancia a la contraposición entre el edicto *de rebus creditis* y las

relaciones reconocidas en el ámbito de los *iudicia bonae fidei*, para concluir que solamente estas relaciones habrían sido considerados como contratos por el derecho romano (clásico), con la evidente consecuencia que el contrato habría nacido desde sus orígenes como acuerdo de voluntades. Esto vale igualmente para los estudios de Magdelain que ha sostenido que el reconocimiento general del consentimiento incluso al margen de las figuras típicas de contrato se remontaría a la época republicana, justificando tal reconocimiento sobre el plano de la tutela procesal hipotizando que el título *de pactis* hubiese tenido, desde la época del Principado, un ámbito bastante más amplio de cuanto está dispuesto a admitir la doctrina.

De este recorrido parcial y sumario de la doctrina más reciente, podemos concluir que la crítica de Riccobono con la relativa demostración del emerger el elemento consensual incluso en el ámbito de los contratos formales y reales, ha señalado un giro en los estudios romanísticos y ha inducido a identificar el contrato como acuerdo de voluntad en el derecho clásico, o al menos admitir en la base de la noción romana de contrato, la existencia constante del elemento consensual, o sea, la *conventio*.

Al respecto debo necesariamente dejar de lado, porque nos llevaría demasiado lejos del tema de mi conferencia, algunas objeciones de orden general, y por lo demás muy conocidas. Así el hecho dice Luzzatto que la *aequitas* romano-clásica que inspira la superación de los negocios formales del *ius civile* por obra del pretor, no es la *aequitas* justiniana, como también el relieve que la fusión entre los diversos sistemas de derecho, con la consiguiente atenuación de la contraposición entre *ius civile* y *ius honorarium* no se ha producido todavía, al menos sobre el plano formal en la misma compilación justiniana. En este punto hay que dar la razón a Grosso

cuando señalaba que da la impresión para quien lea libros y títulos completos del D. de que nada había cambiado.

Dejo también, al menos por ahora, el relieve sobre el diverso modo de considerar la *voluntas* entre los juristas clásicos que parten siempre de la manifestación concreta del *id quod actum est*, y por parte de los compiladores que se esfuerzan por el contrario en identificar el *animus* con el querer interno interpretándolo a la luz de la teoría de las presunciones.

En todo caso quedan un conjunto de puntos interrogativos no fácilmente superables. ¿Porqué una vez reconocido que el acuerdo de voluntades está a la base de toda figura contractual este acuerdo sólo califica a los contratos consensuales y no a las otras categorías de la cuatripartición gayana? ¿Porqué todavía una vez reconocido que a la base del contrato romano subsistía en todo caso el acuerdo de voluntad, la noción misma de contrato ha quedado circunscrita a las figuras típicas reconocidas como tales en la época clásica, y no se identifique –como hoy- con cualquier acuerdo de voluntad que no esté dirigido a fines ilícitos?

El esfuerzo por construir una categoría y elaborar una teoría de los contratos innominados cuando no está dirigido a reconducir las nuevas figuras (permuta, contrato estimatorio) en el ámbito de los tipos ya existentes, se resuelve sea en los aislados y dudosos intentos de la jurisprudencia clásica, sea en las intervenciones postclásicas y compilatorias, en un fracaso sustancial. El esfuerzo no formal y no identificable o insertable en una figura contractual ya existe a través del pronunciamiento del *pactum adiectum in continente*, pero este *pactum* está al margen de la noción de contrato que obliga, y no genera acción sino excepción.

Queda además la dificultad de encuadrar en la noción del contrato-acuerdo aquellas particulares figuras contractuales que según el testimonio explícito de las fuentes se perfeccionan a través de una manifestación unilateral, respectivamente del acreedor o del deudor (*uno loquente* o *uno scribente*), como fueron los casos del *nomen transcripticium*, del *iusiurandum liberti*, de la *dotis dictio*. Conviene ahora subrayar que las dificultades interpretativas frente a estas figuras obligacionales no tienen origen en las fuentes romanas, sino sobre todo en los esfuerzos de los romanistas para reconducirlas en el ámbito de un acuerdo de voluntad del que no hay huellas en las fuentes.

Todavía queda la dificultad de justificar el contraste entre las fuentes literarias y el lenguaje común en general, que no parecen manifestar resistencia alguna a considerar los términos *contractus*, *conventio*, *consensus*, *pactum*, y las relativas formas verbales como sustancialmente sinónimos, y porque las fuentes jurisprudenciales que durante toda la época clásica atribuyen al término *contractus* un significado técnico preciso, limitan a éste la eficacia creadora de un vínculo obligatorio que excluye al margen del *contractus*.

Pero sobre todo para Luzzatto sigue siendo válida la crítica de Perozzi que una vez reconocido que el fundamento del contrato viene dado por el consentimiento manifestado en cualquier modo, la obligación cesa de constituir una categoría y se identifica con la obligación jurídica, sancionada por la ley, de tener un determinado comportamiento correspondiendo al acreedor el derecho subjetivo de pretender tal comportamiento; en otras palabras, fuente de la obligación no es en este punto el contrato o respectivamente el delito que obliga, sino la ley sancionadora del comportamiento de las partes. Y el Código Napoleón y a su estela el italiano

de 1865 y el español de 1889, expresan con perfecta coherencia tal situación cuando relacionan a la ley las consecuencias del contrato.

Queda todavía por aclarar un equívoco que se ve frecuentemente en las teorías corrientes, y es que en todo contrato, y también en aquellos casos en los que las fuentes nos dicen explícitamente que la obligación nace por un acto unilateral, el consentimiento de la contraparte o esté más o menos directamente presupuesto, está fuera de discusión y lógicamente no sería pensable de otra manera.

El problema es sí y en qué casos el consentimiento sea jurídicamente relevante o se limita a un simple presupuesto de hecho sin alguna relevancia directa. Y el problema no puede ser resuelto sino sobre un plano histórico, esforzándose en prescindir de categorías y concepciones modernas para penetrar en las concepciones jurisprudenciales romanas relativas al contrato como fuente de *obligatio*. Esta vía esconde el peligro de atribuir a los romanos más antiguos concepciones originarias como el contrato fuente de *obligatio*, cuando en realidad en épocas de la antigua Roma aparecen concepciones que son difícilmente explicables para nosotros modernos.

A tal propósito debemos acudir a la conocidísima disertación boloñesa de Perozzi. Nadie cree hoy que la obligación hubiera nacido como un acto de guerra o relativamente de paz entre grupos políticos independientes en época precívica. La soberanía de tales grupos es extremadamente dudosa, y la obligación es en todo momento de su historia un vínculo personal. También la tesis de Perozzi que la obligación dormiría el sueño de los muertos en el ataúd en la que la habían colocado los compiladores justinianos, aunque contenga bastante más que un núcleo de verdad, parece llevada hasta los límites de la paradoja (Luzzatti). Pero otras conclusiones de Perozzi parecen hoy fundamentales y han abierto el camino

para un exacto planteamiento del problema. Así el carácter civilístico de la obligación romana: no existen obligaciones pretorias, ni tampoco *extra ordinem*; los textos hablan al respecto de *actione teneri*, y en el caso de relaciones reguladas *extra ordinem*, excluyen esta posibilidad. Hay obligación sólo para aquellas relaciones que el *ius civile* reconoce como creadoras de un vínculo jurídico.

Absolutamente fundamentales quedan dos factores: que la explicación de la relación obligatoria --nazca ésta de contrato o de delito- debe ser buscada exclusivamente sobre el plano histórico; que donde se prescindiera de este planteamiento la obligación se identifica con el deber jurídico (y lo demuestran los esfuerzos de la doctrina civilística de darla una cierta autonomía a través de la acentuación del contenido patrimonial de la prestación) y pierde aquellos caracteres que justifican su existencia sobre el plano histórico.

No me detengo a este respecto sobre la tesis de Betti sobre la prioridad temporal de la obligación nacida de contrato respecto al delito que obliga, sea porque su examen nos llevaría demasiado lejos, sea porque no tiene sino una relación indirecta sobre nuestro tema. Me limito a subrayar dos aspectos que nos interesan directamente: el razonamiento que el acuerdo relativo a la composición pecuniaria en cuanto acuerdo es un contrato, por lo que decir que la obligación delictual contiene tal acuerdo es brillante en apariencia, pero en realidad reposa sobre un sofisma. De hecho, identificando el contrato como acuerdo entre las partes, la reconstrucción de Betti apunta a la noción moderna, pero no demuestra que ésta se identifique con la romana, que incluso, como veremos, no es así.

Por otra parte las XII Tab. contemplando una pena pecuniaria fija y obligatoria, contienen la noción de delito que obliga, y también la obligación

nata ex contractu (como confirma el Gayo Antinoese) en que la obligación nace directamente del pronunciamiento de las partes como sucede en la *stipulatio certae pecuniae*. El camino que ha conducido al contrato y al delito que obliga está por tanto ya en su punto de llegada, y el origen y las etapas evolutivas de la obligación se remontan por tanto a una alta antigüedad.

De todas maneras está fuera de duda que en cualquier hipótesis que se asuma al respecto, la obligación se identifica en todo caso con una condición de sujeción temporal desde los prieros tiempos republicanos, y que no solamente aquellos caracteres se explican a través de la noción (y que aparecen difícilmente conciliables con el carácter patrimonial de la obligación misma) que permanecen inalterados durante toda la época clásica, sino que representan constantemente otros tantos obstáculos para la generalización del contrato y del delito como fuente de obligación.

Piénsese por ejemplo, en la intransmisibilidad activa y pasiva de la relación obligatoria y en los tortuosos expedientes (*procurator in rem suam*) a los que la jurisprudencia clásica debe recurrir para efectuar la cesión de la obligación, como también al constante referirse los términos *obligatio* y *obligari* a la persona del deudor antes que a la prestación que por el contrario se designa como *dare, facere, praestare, oportere*, como finalmente a la tipicidad de la obligación romana en cuanto concebida como una condición de sujeción que solamente la *civitas* y no la voluntad de las partes puede reconocer las situaciones (las *causae obligationis*) que pueden legítimamente determinar tal sujeción. Piénsese finalmente en el régimen de la noxalidad que confirma el carácter personal de la ejecución.

Pero si definimos en este modo la obligación, y si reconocemos que la permanencia de la noción de obligación como sujeción personal durante toda la época clásica ha impedido la generalización fuera de los contratos y

delitos reconocidos por el ordenamiento jurídico, no sólo queda necesariamente excluída la generalización del elemento consensual para todo tipo de acuerdo y en el ámbito mismo de aquellas figuras que el derecho clásico reconocía como contratos, sino diría incluso que se impone otra conclusión: para todo el derecho clásico el contrato no puede sino ser concebido como el acto dirigido a poner en vida el vínculo jurídico a través de aquellas formas que el derecho reconoce aptas para producir consecuencias obligatorias con su correspondiente protección procesal.

Admitida la validez de los dos presupuestos enunciados hasta aquí, es decir, la identificación de la obligación como estado de sujeción personal; contrato entendido como el acto creador del vínculo obligatorio, no sólo los interrogantes enunciados hace poco reciben una respuesta satisfactoria, sino que gran parte de las dificultades que la doctrina ha encontrado en el intento de justificar aquellas figuras contractuales que se actúan *uno loquente* o *uno scribe*, parecen artificiosas al derivar del intento de aplicar a las categorías romanas la noción de contrato-acuerdo.

Debo limitarme a trazar sumariamente a pesar de su importancia desde el punto de vista enunciado, el contrato literal y más específicamente el *nomen transcripticium*; la mención gayana de los *chirographa* y de los *syngrapha* se explica de hecho solamente a través de la identificación propia de la koiné helenística entre contrato y documento, como he explicado en un trabajo mío sobre los *syngrapha cum Salaminiis* (1973). La sumariedad a la que aludo la impone la escasez de documentación y el hecho de que en la época clásica el *nomen transcripticium* parece escasamente practicado.

Es sabido que las referencias a esta figura, si se prescinde del testimonio de las tablillas Herculanas y de una inscripción Tiburtina, se limita a las menciones de Gayo y algunos textos literarios (Cicerón, Séneca). Gayo pone

el acento sobre el hecho que la obligación en ambas formas: a) *transcriptio a re in personam*, extensión de una precedente relación causal para dar origen a una nueva *expensilatio*; b) *transcriptio a persona in personam*, extinción de la obligación a cargo de un deudor precedente para crear una nueva a cargo de persona diversa, viene opuesta en vida a través de la transcripción realizada unilateralmente por el acreedor. Los textos literarios por el contrario desplazan el acento antes que sobre el plano sustancial, sobre el terreno probatorio, con la necesidad que parece confirmada por la tablillas Herculánenses de corroborar el *nomen transcripticium* con otros medios de prueba.

Las dificultades presentadas por el instituto se identifican con la necesidad de conciliar los dos órdenes de testimonios y con el rechazo de la casi totalidad de la doctrina a concebir una figura contractual despojada del acuerdo de voluntades entre las partes. Todavía, si se identifica el contrato con el acto idóneo para poner en vida el vínculo obligatorio (y ésta es la explicación de Arangio-Ruiz), gran parte de las dificultades se revelan como solamente aparentes; Gayo define la *transcriptio* bajo un perfil sustancial y pone por tanto el acento sobre el acto unilateral del acreedor que crea la obligación. La existencia de esta última no exime todavía de necesidad de proveer la prueba, y es desde este punto de vista que el *nomen transcripticium* viene considerado en Cicerón, en Séneca y en las tablillas Herculánenses que hablan de *transcriptio cum chirographo coniuncta*. El acuerdo de las partes obviamente está presupuesto, pero queda circunscrito a la fase precontractual, irrelevante desde el ángulo jurídico. El recurso a éste y las relativas dificultades son obra no de los romanos, sino de los romanistas.

Análogas son las conclusiones por lo que se refiere a aquellos contratos verbales, de los cuales el mismo Gayo acentúa que son puestos en vida *uno*

loquente: Iusiurandum liberti y dotis dictio, incluso si en este caso las resistencias por parte de la doctrina parecen menores sobre un plano conceptual dado que la obligación nace de una declaración unilateral del deudor.

Paso por alto el *iusiurandum liberti*, del que hoy sabemos muy poco, pero incluso para la *dotis dictio* que ha sido igualmente olvidada en los textos como consecuencia de la supresión de toda solemnidad en la constitución de la dote por parte de Teodosio II, debo limitarme al relieve que me parece esencial para los fines de la presente exposición.

Las hipótesis formuladas hasta hoy: identificación de la *dotis dictio* con un *pactum adiectum in continenti*; eficacia de la *dotis dictio* solamente sobre un plano religioso y no de las relaciones obligatorias; identificación de la *dotis dictio* con una *lex dicta sponsalibus*, presentan considerables dificultades y aparecen en contradicción con la exposición de Gayo que inserta explícitamente la *dotis dictio* entre los contratos verbales. Yo diría todavía que el origen de tales dificultades están en reconducir una vez más el esfuerzo de la doctrina para valorar el contrato romano a la luz de concepciones modernas, y excluir que en cuanto acto creador de obligación, aquélla pudiese ser perfeccionada por una sola de las partes (en este caso el que se obliga) a pesar de que Gayo lo afirma explícitamente. Si se tiene todavía presente al propósito la utilización del término *dicere* (piénsese en *ius dicere, legem dicere*, etc.), tal carácter emerge con suficiente claridad, y no sólo esto sino que su utilización (si bien con un ámbito algo diverso respecto a las analogías que acabamos de citar) parece designar técnicamente en la época relativamente atrasada a la que se remonta probablemente el instituto, el acto formal que pone en vida la relación obligatoria.

Un discurso bastante más amplio requiere la *stipulatio*, aunque una vez más debo reducirla a sus términos esenciales y pasar por alto todos aquellos aspectos que no tienen relación directa con nuestro problema. En este caso, de hecho, aun permaneciendo abierta la cuestión si el acuerdo de voluntades tenga relevancia jurídica directa o deba ser relegado a la fase precontractual, no hay duda que el hecho que la fuerza misma del contrato está planteada sobre una pregunta y una respuesta congruente, implica ya a primera vista una diversa posición de las partes.

Por un lado, de hecho, la forma de la estipulación presupone un acuerdo sobre los términos y la lengua a utilizar a fin de que el negocio sea formalmente válido; por otro, dado el carácter abstracto de la estipulación y el recurso general a ésta, también fuera de las relaciones obligatorias y del mismo derecho privado sustantivo, hay que pensar que la voluntad de las partes concurriese a determinar el contenido del contrato y las finalidades del negocio.

Sentadas estas premisas, la conclusión de Voci según el cual la estipulación se apoyaría sobre dos pilares: la forma y el consentimiento de las partes, por lo que faltando uno u otro de estos requisitos la estipulación no habría tenido algún efecto, parece sustancialmente acogible, aunque por otro lado hay que tener presente dos importantes limitaciones, es decir, que al dar relieve al elemento del consentimiento la jurisprudencia clásica no se mueve constantemente desde la *voluntas* sino de la consideración del *quod actum est*, de cuanto las partes han realizado concretamente (cfr. por todos D. 50,17,34); otra limitación puede advertirse en casos de *error in corpore* que presenta la discordancia más típica entre la forma y la voluntad, de modo que hay casos en que el razonamiento seguido en las fuentes está siempre

basado sobre el hecho que no hay congruencia entre el contenido de la pregunta y la respuesta, y por tanto *nihil factum est*.

Finalmente, si también es cierto que la ausencia de consentimiento impide (pero desde el punto de vista y con el razonamiento recordado) que venga puesta en vida la estipulación, no es sin embargo cierto lo contrario: que la demostración de su existencia y que las partes querían precisamente aquel resultado valga para sanar el vicio de forma, lo que limita bastante la posibilidad como declara Voci de que el acuerdo pueda ser considerado el elemento animador del principio formal.

Una ulterior aclaración que me parece de particular interés sobre la naturaleza y funciones del formalismo de la estipulación, está suministrada por el problema de las relaciones entre *sponsio* y *stipulatio*, y por el origen de la primera a la luz de algunas recientes investigaciones. Dejando de lado otras hipótesis sobre el origen de la *sponsio*, quiero detenerme sobre una explicación de Biondi y sobre todo sobre la reacción polémica de Arangio-Ruiz que suscitó el escrito de Biondi.

Biondi vuelve a proponer la tesis de la interpretación mágico-religiosa de la *sponsio*, y a la vez, identifica en esta última la más antigua fuente de la obligación romana observando en ésta un contrato atípico de aplicación generalísima creador de un vínculo religioso-jurídico.

Necesariamente pasaré muy rápidamente sobre algunas objeciones de carácter general y sobre otras más específicas planteadas por Arangio-Ruiz, como el hecho que es precisamente Gayo quien nos dice que el *iusiurandum liberti* es el único ejemplo en el que la obligación encontraba su propio fundamento en un vínculo religioso; que en toda la exposición gayana y en general en las fuentes clásicas no hay huellas de un contrato atípico, categoría que por lo demás parece en contradicción con la noción clásica de

contrato; que la doctrina más reciente tiende a reducir al mínimo ya en las XII Tab. la supervivencia de institutos y concepciones mágico-religiosas; y que finalmente, sobre el terreno procesal del *agere per sponsionem* la *sponsio* aparece como una secularización del *agere sacramento*, y por tanto la *stipulatio* sería la secularización o laicización de un instituto ya laico.

La crítica más válida y a la vez de mayor envergadura para el problema que nos interesa, resulta de las conclusiones a que llegó Arangio-Ruiz con criterios rígidamente filológicos del uso de los términos *sponsio* y *stipulatio* en la terminología jurídica romana. Si bien hasta el s. II a. C. el término *sponsio* viene utilizado para designar la correspondiente *verborum obligatio*, en todo el período sucesivo hasta el s. II d. C., *sponsio* y *stipulatio* quedan como términos netamente distintos. El uso del término *sponsio* quedaba circunscrito a la obligación asumida en sede y a fines procesales, extendiéndose solamente hasta comprender toda apuesta, y también bajo el perfil de obligación de garantía, pero a pesar del uso corriente del término *sponsor*, la *sponsio* es recordada en un solo texto no jurídico. El término *stipulatio* por el contrario designa constantemente a partir de Cicerón y durante toda la época clásica, contrato verbal.

A este respecto se plantea un problema. En Gayo y en las fuentes anteriores siempre viene puesto el acento sobre la pregunta del acreedor. Nace aquí la cuestión de cuando el término *stipulatio* ha asumido el significado de pregunta y respuesta congruentes para poner en vida la *obligatio verbis*. Para Arangio-Ruiz la cuestión no tiene razón de ser. Siempre desde Cicerón a los Severos la jurisprudencia ha puesto en primer plano la pregunta del acreedor, y tal factor resulta perfectamente comprensible si se considera el contrato no bajo el perfil de acuerdo de voluntades, sino acto productivo de un efecto obligatorio. El hecho además que en tal acto la

atención viene puesta sobre el pronunciamiento del acreedor corresponde al modo de pensar de los romanos, que ponen en primer plano la persona de quien adquiere el derecho, y califica consiguientemente la relación. Es suficiente reclamar la análoga concepción en tema de *mancipatio* y de *in iure cesio*.

Pero si tal conclusión es exacta, parece confirmado una vez más que el contrato se identifica con el acto (unilateral o bilateral tiene ahora escasa importancia) en cuanto el acento viene puesto sobre el acto en sí dirigido a poner en vida la obligación, y que, como dice Luzzatto, el elemento consensual queda en segundo plano y relegado a la fase precontractual. La *conventio* podrá tener eficacia directa sólo en la época postclásica, cuando decaído el formalismo de la *stipulatio* será transformada también la noción de contrato.

El discurso desarrollado hasta ahora permite reducir al mínimo las menciones relativas a los contratos reales. Los textos jurisprudenciales rebaten por lo demás claramente que la dación es el acto constitutivo de la relación obligatoria (D. 2,14,17 pr.; D. 44,7,52,1). Cuando en el elenco clásico de contratos reales además del mutuo se incluyen el comodato, el depósito y la prenda en los que el deudor no quiere la propiedad, sino solamente la detentación o la posesión, el recurso al elemento subjetivo se produce exclusivamente a los fines de calificar el acto de transmisión material de la cosa objeto del contrato que de otra manera quedaría descolorido. Además tal recurso no se produce desde el perfil del acuerdo sino de la *iusta causa*, de la finalidad objetivamente relevante de la *traditio*, y siempre según la concepción romana dirigida a poner en primer plano la persona y función de quien adquiere el derecho de crédito. La voluntad y la actividad del

accipiens tienen solo una función subordinada en cuanto concurren a calificar la relación.

Las consecuencias que se derivan de la diversa estructura del mutuo respecto al comodato depósito y prenda, sea bajo el perfil procesal (el primero está tutelado por un *iudicium stricti iuris* y los otros por *iudicia bonae fidei*); además las eventuales pretensiones del comodatario, depositario y acreedor pignoraticio por los gastos y daños recaídos en la custodia de la cosa están tutelados por sus respectivas acciones contrarias, y se consideran sobre el plano del derecho sustancial en función de la responsabilidad del deudor por la conservación y restitución de la cosa, tema en el que no voy a insistir porque se sale del tema de la presente exposición.

Un discurso algo diverso aunque las conclusiones coinciden sustancialmente, requieren los contratos consensuales para los que la jurisprudencia clásica considera el consentimiento como el elemento cualificante a través del cual viene puesta en vida la relación obligatoria. Y es significativo que la jurisprudencia clásica mientras destaca que la obligación *nudo consensu contrahitur*, subraya además explícitamente que es precisamente el consentimiento el elemento cualificante de esta sola categoría de contratos, lo que la distingue de las otras categorías suscitando el problema de explicar cómo ha ocurrido esto. Al respecto nos encontramos en presencia de una situación aparentemente contradictoria.

La doctrina, de hecho, ha identificado hasta muy recientemente el *ius gentium* con el conjunto de institutos de origen extranjero nacidos en la koiné mediterránea y recibidos en Roma por obra del pretor peregrino, pero hay que objetar que, de un lado, los institutos romanos de origen extranjero son poquísimos (*arras, receptum nautarum cauponum stabulariorum, lex Rhodia, foenus nauticum*, y con mayores dudas hipotecas y enfiteusis), y todos han

sido adaptados según los esquemas y concepciones romanas. Por otra parte precisamente el contrato consensual que constituye el núcleo más importante de los institutos del *ius Gentium*, no parece encontrar paralelismo en el mundo mediterráneo que conoce solamente contratos reales o formales.

La dificultad sin embargo es algo aparente; Gayo no nos dice de hecho que los institutos del *ius Gentium* son de origen extranjero, sino de un lado contraponen institutos típicamente romanos a otros que se pueden encontrar también entre los peregrinos; de otro nos dice que los institutos del *ius Gentium* son aplicables a las relaciones entre romanos y extranjeros. Si tenemos presente que los extranjeros están excluidos de los negocios formales del *ius civile* y que por tanto sólo pueden practicar una manifestación de voluntad privada de forma y valorable en su contenido según la libre convicción del juez, comprendemos como el contrato consensual no pudiere sino dar origen a un vínculo de naturaleza obligatoria separando la eficacia real de aquella consensual del negocio: éste es el régimen de los contratos de la *emptio-venditio*, de la *locatio-conductio* y de la *societas* y el *mandatum*; para estos dos últimos el discurso debería ser diverso y nos conduciría respectivamente al ámbito del contrato real (pensemos en la *societas omnium bonorum* en que los socios tenían que transmitir a la sociedad todos sus bienes), y en el caso del *mandatum* la figura de la *negotiorum gestio* en la que no hay acuerdo previo de voluntades entre el *gestor* y el beneficiario de su gestión. Finalmente está claro que fundamentalmente en la *emptio-venditio* y en la *locatio-conductio* el nudo consentimiento calificase el vínculo obligatorio.

Por otro lado, también la dificultad constituída por el hecho que el contrato consensual *iuris gentium* estaba tutelado por una acción civil

dirigida a un *dare oportere ex fide bona*, se revela solamente aparente si se considera exacta y no me parece caber dudas al respecto, la interpretación de Wieacker que la buena fe no era criterio inspirador de relaciones jurídicas sobre el plano sustancial, sino la línea directriz que el magistrado seguía y dictaba el juez en el ejercicio de la *iuridictio*.

Este examen demasiado rápido –y si bien ya largo– de la noción romana de contrato, exige todavía una mención a los intentos de superar la tipicidad de las categorías gayanas mediante el contrato innominado y el régimen de los pactos. En ambos casos no puedo sino limitarme a menciones sumarias, tanto más cuanto que el *excursus* pseudo-paulino en que está envuelta la teoría del contrato innominado es seguramente una exposición escolástica de origen postclásico (D. 19,4,1), y que del inciso ulpiano donde está referida una célebre opinión de Aristón (D. 2,14,1,2) podemos recabar solo la existencia de una relación obligatoria de naturaleza contractual (*subsist tamen causa*), pero nada sobre su identificación y tanto menos que se tratase de un contrato innominado.

Me parece oportuno todavía subrayar en qué modo se haya producido el intento de romper el esquema típico del contrato clásico, y de proveer de sanción aquel diverso conjunto de figuras que se ha intentado incluir dentro del llamado contrato innominado. Las vías han sido dos: por un lado (es el caso de la permuta y del contrato estimatorio en interés propio y ajeno) la jurisprudencia clásica tendía a reconstruir la relación en el ámbito de figuras contractuales ya existentes (compraventa o respectivamente comodato); por otro el pretor intervenía singularmente para conceder una *actio decretalis in factum*, o con menor probabilidad una *actio civilis incerti*. No existía una acción civil, pero mucho menos una acción pretoria edictal: existía solamente una intervención esporádica e indirecta que tenía como base la

situación de hecho y fundada sobre la plena discrecionalidad del magistrado.

Hay más: la eventual sanción no está dirigida a constreñir a la contraparte a cumplir, y no significa esto exactamente cuando el proceso finaliza con una *condemnatio* pecuniaria que por el contrario está configurada bajo el perfil de la *condictio* con la que la parte que ha cumplido la prestación puede solamente pedir la restitución de la cosa en cuanto se ha convertido en *sine causa*, lo que parece confirmar desde el prisma jurídico que la obligación era considerada inexistente, no pudiéndose pretender la ejecución de la prestación. Esto será posible sólo con la introducción de la *actio praescriptis verbis* que sin embargo es seguramente postclásica, lo que confirma una vez más que solamente cuando ha caído la noción clásica de contrato como acto general creador de la obligación es posible superar la tipicidad y dar relieve general al elemento convencional bajo el perfil del *ultra citroque obligari*.

También seré breve en el discurso sobre los *pacta*. La tesis, si bien muy brillante de Magdelain según el cual el *edictum de pactis* habría tenido originariamente un ámbito general a través del principio enunciado por el pretor: *pacta conventa servabo*, y que solamente durante los siglos I y II d. C., como consecuencia del reconocimiento de una acción específica para tutelar los singulares *bonae fidei iudicia*, el pacto habría asumido aquel carácter limitado y excepcional que le es propio de la época clásica, tesis que ha quedado sustancialmente aislada.

Permanece por tanto incontrastada y no sólo en el derecho clásico sino también en la compilación justiniana, la regla *nuda pactio obligationem non parit sed exceptionem*.

A la base de la tesis de Magdelain hay todavía una intuición exacta y de notable contenido, y es que a partir de las figuras típicas designadas como

contratos consensuales, precisamente porque el consentimiento es el elemento cualificante, el acuerdo de las partes no podía tener relevancia que sobre el terreno procesal-edictal, fuera de las categorías del *ius civile* y de la noción misma de contrato. En otras palabras: hasta que el contrato se identifica con el acto constitutivo de la obligación, subsiste la imposibilidad de superar la tipicidad de que es exponente la cuatripartición gayana.

Llegados a este punto considero que las conclusiones aparecen suficientemente claras juntamente con las respuestas a las cuestiones que hemos venido formulando. Una vez demostrado de hecho la persistencia durante toda la época clásica de la noción de la obligación como condición de sujeción personal, al menos bajo el perfil del *iuris vinculum* (luzzatto), diré que las respuestas a tales cuestiones se derivan como corolarios la tipicidad de las fuentes de la obligación romana, como también el hecho que el relieve del elemento subjetivo permanezca en un segundo plano y por lo general relegado a la fase precontractual frente a la concreción del acto constitutivo de la obligación que encuentra un límite insalvable en la tipicidad de este último. Se explica igualmente que el consentimiento permanezca cualificante únicamente en los contratos consensuales, y ya he apuntado más arriba a las razones de orden histórico que justifican tal situación.

Todavía aquellas figuras de contratos que vienen puestas en vida a través de un acto unilateral del deudor o del acreedor, y que parecían inconciliables con la noción de *conventio* como las configura gran parte de la doctrina, se encuadran por el contrario sin dificultad en la noción de contrato como acto creador del vínculo obligatorio.

Se explica igualmente el contraste entre el uso indiscriminado y sustancialmente equivalente de los términos *contractus*, *conventio*, *consensus*,

pactum en el lenguaje romano, y la resistencia a hacer emerger el elemento consensual sino en los límites ya descritos por parte de los juristas (en este sentido las críticas dirigidas por Wunner a Bonfante de haber éste último solamente examinado los textos jurídicos, parece injustificada).

En este orden de conclusiones entra finalmente, sea el fracaso sustancial de los intentos de extender la noción de *contractus* fuera de las cuatro categorías típicas *gayanas* (compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato), siendo más dificultosa esta explicación para los contratos innominados y los pactos, constituyendo estos casos una extensión que se desarrolló casi solamente en el ámbito procesal fuera de la noción técnica de *obligatio*, y no llegaron nunca a la configuración del contrato como acuerdo de voluntades que tiene eficacia general.

Tal noción se desarrolla en época bizantina cuando la cuatripartición no indica ya el acto singular a través del cual se pone en vida la relación obligatoria, sino el modo con el que se perfecciona el contrato, lo que implica que el fundamento del contrato está en todo caso en el acuerdo entre las partes, en la *conventio*. Viene así afirmado aunque formalmente permanecen en la compilación las categorías antiguas, el principio de la libre autonomía contractual, pero desaparece al mismo tiempo el significado histórico de la obligación romana que se identifica ahora con la obligación jurídica a la que corresponde el derecho subjetivo de la contraparte. Es por tanto perfectamente coherente con la nueva dirección el hecho de poner entre las fuentes de la obligación la ley, y así aparece en la enunciación postclásica que conocemos bajo la autoría de Modestino (D. 44,7,52 pr.)

Están perfectamente en línea con la compilación justiniana, sea el Código Napoleón que el C.c. español y el italiano de 1865 (menos el de 1942), sea en

sede de definición del contrato, sea donde enumeran la ley entre las fuentes de la obligación.