

REPLICAS PANORMITANAS III *

«CONVENTIONES» Y «CONTRACTUS»

SUMARIO: 1. La teoría de Cerami.—2. El comentario de Ulpiano a la rúbrica *de pactis*.—3. “Laudatio edicti” y tenor de la rúbrica.—4. Las *conventiones* negociales.—5. Las “*tres species*”.—6. *Causa publica* y *privata*.—7. Las *conventiones iuris gentium*.—8. Convenciones de derecho civil.—9. *Conventiones* innominadas.—10. “*Nulla subest causa*”.—11. Conclusión.

En la literatura romanística de estos últimos años puede observarse un especial interés por el tema del *contractus*, y se han manifestado distintas críticas contra la distinción por mi defendida desde hace más de veinte años, entre *creditum* y *contractus*¹. Esto me ha estimulado a la toma de consideración, por separado, de las distintas observaciones que contra mis puntos de vista se han objetado.

Aunque no incide expresamente en una crítica de mi distinción entre *creditum* y *contractus*, ha venido a interferirse en el concepto de *contractus* la conjetura de Cerami sobre la clasificación de las *conventiones* que se inserta en el comentario ulpiano al título edictal *de pactis*².

1. Según Cerami (p. 316 y ss.), la *ultra citroque obligatio* de Labeón (D. 50,16,19) no se debe entender en el sentido de la bilateralidad funcional, sino —como ya se ha sostenido alguna vez— en el de la bilateralidad genética: sería así “la vera matrice storica della dottrina classica della *conventio*”. No entrarían en tal concepto labeoniano aquellos negocios en los que no se da un “encuentro de voluntades recíprocas”, sino la iniciativa de una parte seguida por la

* Vid. *Répliques Panormitanas I*, en *SDHI*, 1975, p. 205.

1. Vid., sobre todo, *Creditum y Contractus*, en *AHDE*, 1956, p. 6 [=SZ, 1957, p. 73]. Una referencia bibliográfica completa en *SDHI*, 1975, pp 205 y siguiente.

2. PIETRO CERAMI, *D. 2,14,5 (Ulp. 4 ad ed.)*. *Congetture sulle “tres species conventionum”*, en *Atti Accad. Napoli*, 1974, pp. 269-327.

otra parte, como ocurre en la estipulación, el mutuo, el depósito, el comodato, la prenda y el mandato.

Habría sido Pedio (D. 2,14,1,3) quien puso la clave del *contractus=conventio* en el simple “acuerdo” de voluntades, y no en el “encuentro”, de suerte que abarcase todos los actos bilaterales fuentes de obligación: *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem* (donde *contractus-obligatio* como mera hendíadis, sería la obligación contractual). Esta “aportación crítica” de Pedio representaría la clave central de todo el desarrollo histórico de la doctrina general de la *conventio* (p. 319). Quedarían excluidos del concepto de *conventio* sólo los negocios de efecto real, y aquellos que engendran obligación tan sólo por un acto unilateral.

Un último progreso —dice Cerami (p. 320)— sería el de Aristón (D. 2,14,7,2), el cual habría considerado *contractus* aquellos negocios convencionales que engendraban una acción (aunque no tuvieran un nombre reconocido), siempre que una de las dos partes tuviera “causa” para reclamar la contraprestación.

Para Ulpiano, por lo tanto, *contractus* habría sido ya todo acuerdo de voluntades productivo de obligación. Estos acuerdos tendrían ya su *proprium nomen contractus*, salvo algunos que carecían de él, pero que, siguiendo a Aristón, podían ser llamados *contractus* (los que acabarán por llamarse “innominados”).

Cerami se opone así a Voci³, según el cual, las convenciones de que habla Ulpiano como “contratos” eran tan sólo los contratos consensuales y los innominados, a los que se oponían las convenciones que no daban acción, es decir, los pactos; pero los contratos reales y los formales no entrarían en ese concepto de *conventiones*. Según Cerami (p. 308, n. 95), esta opinión de Voci sería válida para la primera época clásica (es decir, la de Labeón), pero no para la época de Ulpiano, en la que tanto el mutuo como la estipulación se ven ya como convenciones. El carácter “consensual” (en este sentido de convencional) de la estipulación aparecería probado por la misma declaración de Ulpiano (D. 2,14,1,3 *i. f.*) *nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*. Y el del mutuo y otros contratos reales, por lo que decía el mismo Ulpiano

3. VOCI, *La dott. rom. del contr.*, p. 301.

en D. 12,1,1,1 —Cerami sigue la interpretación de Albanese— de que el edicto “*de rebus creditis*” abarcaba *contractus* varios constitutivos de un *credere (ex hoc contractu credere dicimur)*⁴.

Según Cerami, pues, Ulpiano comprendía como *conventiones* todos los negocios convencionales que engendraban una obligación, y sólo ellos entraban, junto con los pactos, en el concepto de las *conventiones privatae ex iure gentium* a las que se refiere D. 2,14,7. De éstas habría que distinguir las *conventiones privatae legitimae*, que, como dice Paulo (frag. 6), son aquellas cuya eficacia se apoyan en una ley o senadoconsulto. No se trataría (p. 297) de negocios del *ius civile*, sino, bien de pactos con efecto *ipso iure* (en virtud de las Doce Tablas: *ni cum eo pacit...*), como es el del *pactum* de no ejercitar la *actio iniuriarum* o *furti*, bien de convenios dotados de acción, como el de apuestas en juegos deportivos, pues Marciano (D. 11,5,3) dice que las leyes Ticia, Publicia y Cornelia los admitían⁵. En efecto, el PSI. 55 (comentando al frag. 5 *de pactis*) lín. 26-33, pone como ejemplo la reclamación fundada en esas leyes.

Por lo demás, aparte estas *conventiones privatae (legitimae o iuris gentium)*, Ulpiano distingue las *publicae*, que, según Cerami (p. 283 y ss.), serían los tratados internacionales (*per pacem*) o (<aut> añade Cerami) los “acuerdos bélicos”.

Esta dicotomía *publicae-privatae* contrasta con la tricotomía anunciada por el mismo Ulpiano: *tres sunt species*. Aunque suele entenderse que estas tres clases vienen de la siguiente subdivisión de las convenciones privadas en dos (*legitimae-iuris gentium*), Cerami cree que el texto debe explicarse por la caída de una tercera *species* enunciada por Ulpiano pero omitida por los compiladores: *ex publica causa fiunt <aut ex fiscali> aut ex privata*. En realidad, este punto de restablecer la categoría de los contratos fiscales como tercera *species*, en relación con la monografía de Cerami sobre “*contrahere cum fisco*”⁶, es el que ha movido al autor a una revisión

4. Se trataría del mutuo, el comodato y la prenda, puesto que la *pecunia constituta* (de acuerdo con Albanese) “no constituye un obligación convencional, sino mejor una determinación convencional del tiempo y lugar del cumplimiento” (p. 309). Tampoco los tres *recepta*, por ser asunciones unilaterales de responsabilidad (p. 310).

5. Paul., D. 11,5,2,1 (que también alega Cerami, p. 300), dice solamente que el senadoconsulto que prohibió los juegos de alea excluía los deportivos.

6. En *Ann. Palermo*, 1973, p. 277.

de toda la problemática que presenta el comentario ulpiano a la rúbrica *de pactis*.

2. Para una confrontación crítica con esta conjetura de Cerami, me ha parecido que convenía considerar en su conjunto el comentario de Ulpiano (4 *ad ed.*) a la rúbrica del edicto *de pactis*, es decir, los frags. 1, 5 y 7 del correspondiente título del Digesto (D. 2,14)⁷. Los frags. 2, 4 y 6 son del paralelo comentario de Paulo (3 *ed.*), y los tendremos en cuenta en la medida en que interesan como complemento del comentario ulpiano. El frag. 3 es de Modestino (3 *reg.*) y viene a ser, a su vez, un complemento del frag. 2 de Paulo. Estos siete fragmentos constituyen el comienzo de la serie de la masa edictal, que continúa hasta el frag. 37 (con excepción del fragmento 8, extraído de la masa papiniana), y tiene extrapolado el fragmento 60. El comentario a la rúbrica llega propiamente hasta el § 7 del frag. 7, en el que Ulpiano pasa a analizar la primera cláusula de este título, que cita literalmente: "*Pacta conventa... servabo*". Los §§ 5 y 6 de ese mismo fragmento 7 se refieren a la función de los pactos en los juicios de buena fe: aunque Ulpiano parece haber tratado de este tema dentro de su comentario a la rúbrica, creo que podemos prescindir ahora de estos párrafos, puesto que no son más que un desarrollo de la teoría general de los pactos, a los que se refiere Ulpiano ya en el pr. del frag. 7, al distinguir las *conventiones* que sólo *pariunt exceptiones*. En efecto, las convenciones que no son propiamente *contractus*, ni son aquellas en las que, sin constituir contratos, *subest causa*, sólo producen excepciones (como dice Ulpiano en el § 4 de ese frag. 7), pero tales convenios todavía sirven para "dar contenido" a las acciones de buena fe (*format ipsam actionem*), como empieza a explicarse en el § 5. Admitida la categoría de los *pacta*, que no son *contractus* (con nombre o innominados), no nos interesa en este momento entrar en la consideración de los mismos. Por eso transcribiremos aquí

7. No debe perderse de vista que, aunque el comentario de la palabra *conventio* dé lugar a un *tractatus* sobre los convenios en general, también los contractuales, lo que interesa a Ulpiano en este momento son los pactos que producen excepción. Sobre la hipótesis de MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'Édit du Préteur* (1958), de que este edicto anunciaba ya las acciones contractuales de buena fe, vid. mi crítica en *AHDE*, 1959, p. 722.

el comentario ulpiano tan sólo hasta el § 4 del frag. 7. Para mayor claridad, separaremos los párrafos de estos fragmentos de Ulpiano, y señalaremos con puntos las que parecen soluciones de continuidad:

(Frag. 1) Huius edicti aequitas naturalis est: quid enim tan congruum fidei humanae quam ea quae inter eos placuerunt servare? < >.

(§ 1) "Pactum" autem a pactione dicitur (inde etiam "pactis" nomen appellatum est).

(§ 2) Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.

(§ 3) < > Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversi animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicit Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat. Nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

(§ 4) Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt, veluti in locationem, in pignus vel in stipulationem.

(Frag. 5) Conventionum autem tres sunt species: aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. Publica conventio est quae fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur. <Legitimae >

(Frag. 7) Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.

(§ 1) Quae pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.

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

(§ 3) Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionem.

(§ 4) Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem < >. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

(§ 5) Qui immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis, etc.

3. La primera duda que se nos presenta (aunque Cerami no entra a fondo en ella⁸) es la que suscita la *laudatio edicti* de l pr., con su referencia a la *aequitas naturalis* y el pronombre (*eos*) sin antecedente. Se implica aquí la cuestión general de las *laudationes edicti*. Quizá no afecte fundamentalmente al tema de las *conventiones*, pero yo me inclino por considerar insiticio (como ya han creído otros autores) este párrafo introductorio. En cambio, echo de menos —y por eso señalo la laguna con puntos— algunas palabras de introducción al comentario de la rúbrica. Esta pérdida hace más difícil resolver una segunda duda, que es la del tenor literal de la rúbrica de este título, pues la verdad es que Ulpiano no la cita literalmente, ni de su comentario se desprende un dato seguro para la reconstrucción. En l,1 comenta la palabra *pactum* y en l,3 empieza el comentario a la palabra *conventio*, y de ahí se ha deducido que la rúbrica era: *de pactis et conventionibus*. Pero esta deducción, admitida muy generalmente en seguimiento de Lenel, no es segura.

El Digesto presenta la rúbrica *de pactis* (2,14), a la que sigue otra *de transactionibus* (2,15), y lo mismo el Código (2,3 y 2,4). Ambas rúbricas aparecen unidas, en una forma ampliada, en la *Consultatio* 4,3: *de pact(is) et conventionibus vel transactionibus*; pero ese mismo texto post-clásico da en otro lugar (4,6) la rúbrica *de transactionibus* por separado; en otro (7,4), sólo *de pact(is)*; y en otro (7,6), *de pact(is) et conventis*. Esta misma forma aparece como rúbrica del correspondiente título de las *Pauli Sententiae* en el Breviario Alariciano. La forma *de pactis et conventis* o *de pactis conventis* fue defendida, sucesivamente, por Manenti, y a él se adhiere Stoll, aunque éste parece preferir incluso la forma *de pactis* sin más⁹. Esto último me parece poco probable, dado que Ulpiano comenta las palabras *pactio* y *conventio* en relación con la rúbrica. Tampoco me parece probable que en el Edicto se distinguiera la *transactio* del *pactum* en la misma rúbrica, por cuanto del pacto se trata en este lugar del Edicto precisamente por su función

8. Cfr. p. 295: "per quanto alterato possa essere il relativo passo".

9. SZ, 1972, p. 537 y s., comentando MANENTI, *Pacta conventa*, en *Studi Senesi*, 1915, p. 203.

como *transactio*, e incluso este término no parece antiguo¹⁰. En mi opinión, las dos palabras que aparecían en la rúbrica eran *pactum* y *conventum*, aunque el comentario de Ulpiano dé una explicación de *pactio* y *conventio* como términos de los que aquellos otros derivan (según veremos inmediatamente). Ahora bien: siendo *conventum* un adjetivo, me parece más probable la forma *de pactis conventis* que *de pactis et conventis*¹¹. Esta segunda forma refleja ya un momento en el que se piensa en otros acuerdos que no son puramente negativos, quizá por influencia del comentario de Ulpiano a la rúbrica, en el que se hace un excursus sobre las *conventiones* en general. Esto mismo habría llevado a convertir la palabra *conventis* en *conventionibus*, como vemos en *consultatio* 4,3, y a distinguir también la *transactio* como un pacto especial.

El § 1 que sigue a la *laudatio edicti* presenta directamente la explicación etimológica (al modo que la entienden los antiguos) de la palabra *pactum*, como hará Ulpiano también, en el § 3, con la palabra *conventio*. Se relaciona *pactum* con *pactio* y con *pax*, palabras todas ellas conexas con el verbo *pacisci*, y en el § 3 se da la definición de *pactio*.

Observemos que la definición que nos da Ulpiano no es directamente de *pactum*, sino de *pactio*, palabra de la que él deriva *pactum*. En cambio, en el § 3 se nos da directamente la definición de *conventio*. Me parece probable que también aquí hayan caído unas palabras del texto original en que se dijera algo como <*conventum autem a conventione dictum*>, para pasar luego a la definición de *conventio*, y no de *conventum* directamente.

4. La definición que Ulpiano nos da de *conventio* comprende todo acuerdo (*consentiunt*) que sirve para contraer un negocio (*negotii contrahendi causa*) o para excluir una acción (*transigendique causa*). La *transactio* aparece aquí como tipo principal del pacto que excluye una acción *ope exceptionis*, y no hay que olvidar que es precisamente la transacción la que ha atraído el tema de los *pacta* a ese lugar inicial del Edicto pretorio (entre la *editio actionis* y la

10. Sobre la formación del concepto de *transactio*, vid. A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani* (1971).

11. LEVY, *Pauli Sententiae* (1945), p. 43, admite que la rúbrica de la PS. no tenía por qué ser exactamente la misma que la del Edicto.

in ius vocatio). No se trata, pues, del negocio complejo de la transacción con estipulaciones (que da lugar a acciones), sino del simple pacto de renuncia a la acción, que da lugar a una *exceptio pacti*. Se insinúa así la distinción, que seguirá desarrollando Ulpiano, entre aquellas convenciones que dan una acción y las otras que dan una excepción. Con esto se reduce la que podemos llamar *conventio* "negocia" (que da lugar a acción) a los negocios obligatorios; lo cual no quiere decir *contractus*, sino, de manera general (*verbum generale est*), a todos los actos que engendran una *actio in personam* civil (referidos a un *oportere*), es decir, una *obligatio*. Así, tiene razón Cerami cuando dice que se excluyen del concepto de *conventio* los actos reales (como la *mancipatio*, etc.), contra lo que creía Riccobono.

A la luz de este ámbito de la *conventio* "negocial" debe entenderse la cita de Pedio que hace Ulpiano. Aunque éste aluda a su *elegantia*, no hay motivo, creo yo, para pensar que Pedio (jurista, por lo demás, de segunda fila) tuviera al respecto ninguna opinión innovadora (como cree Cerami). Y lo que dice Pedio es que la *conventio* se da, no sólo en los contratos (*nullum esse contractum*), sino también en todo otro tipo de obligación (*nullam obligationem*), y ésta, lo mismo si es mediante un acto sin expresa declaración convencional (*re*), como si se hace mediante una expresa declaración verbal (*verbis*). Hacer de *contractus-obligatio* una hendíadis (= *obligatio ex contractu*), como quiere Cerami, me parece una solución prejuzgada por la idea gayana de que toda obligación convencional nace de un *contractus*. Pedio distingue el *contractus* como especie dentro del género de la *obligatio*, y la explicación *sive re sive verbis fiat* debe de referirse precisamente a esas *obligationes* que no son *contractus*. Porque es ya de suyo evidente que los *contractus* son convencionales, y lo que quiere subrayar Pedio (y Ulpiano) es que también lo son los otros negocios creadores de *obligatio*.

Al decir el § 4 que las convenciones negociales suelen tener un nombre determinado (*aliud nomen*), y poner ejemplos (*veluti...*), menciona dos contratos (compra y arriendo) y la *stipulatio*, pero también el "pignus". La presencia de este último negocio, negocio pretorio y no civil, llama la atención. Inmediatamente se puede pensar en el *pignus conventum*, y que Ulpiano amplió por ello la categoría de la *conventiones* a ese negocio. Con todo, yo me inclinaría a pen-

sar que, como ocurre con tanta frecuencia, *pignus* está aquí en lugar de *fiducia*¹².

En todo caso, parece claro que en este § 4 Ulpiano no pensaba exclusivamente en *contractus*, y por eso habla de *transeunt in aliud nomen* y no *in nomen proprium contractus*, como hará en el fragmento 7 § 1. En efecto, aun restituyendo la *fiducia* en lugar del *pignus*, queda siempre la *stipulatio* como ejemplo de *conventio* que no es *contractus*. Llamo la atención, pues, sobre la diferencia entre el *aliud nomen* del 1,4 y el *proprium nomen contractus* de 7,1: allí se trata de todas las convenciones negociales, y aquí especialmente de las del *ius gentium*. Pero antes de explicar esta diferencia conviene seguir el mismo orden de Ulpiano, y considerar la clasificación de las *conventiones* que presenta el frag. 5.

5. La principal duda que acerca del frag. 5 se presenta es la de cómo se enuncian *tres species* si la primera división es dicotómica: *ex causa publica* y *ex causa privata*, y sólo luego se subdivide la segunda clase en *legitima* y *iuris gentium*. Las correcciones consistentes en convertir (con apoyo en el PSI. 55 lin. 3) el *tres* en *duo* (así Partsch), o en añadir un tercer miembro que los compiladores habrían suprimido, no resultan del todo convincentes. *Tres*, precisamente como “lectio difficilior” en este caso, merece conser-

12. Este negocio era, en época clásica, un contrato formal completado por un *pactum conventum*, pero incluso cabe pensar que Ulpiano lo ponía como ejemplo de *conventio quae re fit* —aunque el ejemplo más obvio fuera el mutuo—, de suerte que se acomodara la serie de ejemplos a la distinción que hacía Pedio entre *contractus* (compra y arriendo), *obligatio* por *conventio re (fiducia)* o *verbis (stipulatio)*, teniendo en cuenta que en Ulpiano no estaba presente el concepto gayano de *obligatio re contracta*. En el pensamiento de los compiladores, esta *conventio re facta* tampoco tenía que ver con la del contrato “real” de Gayo, y por eso añadieron a este fragmento otro (2) de Paulo (3 *ad ed*), en el que, citándose a Labeón, se habla de *convenire re* en el sentido de acuerdo sin declaración expresa (*verbis*), de la que se distingue también la declaración por carta (*per epistulam*) o por mensajero (*per nuntium*), cuando la *conventio* es *inter absentes*. Es más: la misma expresión *quae verbis fit* (del § 3 del frag. 1) respecto a la *stipulatio* indica simplemente que se hace por comunicación verbal directa, sin aludir para nada a la cuatripartición gayana de los contratos. No tiene sentido, pues, echar de menos la palabra *litteris*. Se trata de una obsesión de la crítica moderna; vid. *Répl. Panorm. VI*, en *RDN* (en prensa).

varse, y la idea de Cerami, de restituirla <aut ex fiscali> entre la *causa publica* y la *privata*, parece difícil, pues la dicotomía *publicum-privatum* es tan fuerte que no imaginamos fácilmente cómo Ulpiano quisiera superarla con ese miembro intermedio algo extravagante de la *causa fiscalis*. Así, me decido por mantener la opinión más generalizada, de que Ulpiano pensaba en *tres* por contar con la subdivisión de la causa privada en convenciones de causa llamada "legítima" y de derecho de gentes¹³.

6. Nuevas dudas se presentan al intentar concretar la diferencia entre las *tres species* resultantes de esa doble división.

Las convenciones por *causa publica*, con el nombre ya de "*conventio publica*"¹⁴, aparecen identificadas en el texto con las que se hacen en forma de tratados de paz (*per pacem*), siempre que (*quotiens*) los generales pactan algo entre sí.

Cerami (p. 283 y ss.) introduce una disyuntiva (<aut> *quotiens...*) con el fin de crear una distinción entre los tratados internacionales de carácter político (*per pacem*) y los propiamente militares (<aut> *quotiens...*). Esta solución no parece convincente. Estamos de acuerdo con Cerami en que esas convenciones públicas son tan sólo las que acuerdan los representantes de dos pueblos, pero nos parece forzado referir precisamente el término *pax* (*per pacem*) a los acuerdos que se hacen fuera de la guerra¹⁵. En mi opinión, no hay que corregir aquí el texto de Ulpiano: éste con-

13. Cerami, p. 276 y s., alega en contra de esta interpretación ordinaria que el *ius gentium* también puede referirse a *foedera* y otras relaciones entre pueblos; pero ese *ius gentium* que aquí queda contrapuesto al *publicum* ya ha sido previamente delimitado como *ius gentium privatum*.

14. Ese tránsito algo brusco de *causa publica* a *conventio publica*, y luego de la *causa legitima* o *uris gentium* a la *conventio legitima* o *iuris gentium*, quizá podría hacer pensar que el texto ha sufrido una nueva reducción, pero esta cuestión sería ahora secundaria.

15. Que la referencia a *pax* que hace Ulpiano en 1,1 demuestre claramente, como pretende Cerami (p. 285), que la *pax* no era sólo el acto que pone fin a una guerra, no parece correcto, pues Ulpiano se limita ahí a relacionar *pax* con *pactum* y *pactio*: *unde etiam pacis nomen appellatum est*, y no entra para nada en el contenido propio de un acuerdo de *pax*. Tampoco me parece demostrativo que Aulo Gelio (*N. A.* 1,25,1-2) distinga los tratados de paz de los de tregua, contra la definición varroniana de las *indutiae* como una *pax castrensis* de pocos días.

sideraba como *conventio publica* cualquier acuerdo hecho entre jefes militares. Quizá esto suponga una visión algo simplificada de lo que son las relaciones internacionales, pero no es menos cierto que ese derecho internacional se fundaba principalmente en los tratados de paz.

No nos da Ulpiano, en cambio, una definición de lo que es la *conventio legitima*. La identificación de Cerami (p. 298 y ss.) con los acuerdos privados reconocidos expresamente por una ley o un senadoconsulto se funda en el frag. 6 de Paulo, evidentemente insertado por los compiladores con el fin de explicar la *conventio legitima* de que hablaba Ulpiano. Dice así ese frag. 6:

Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. Et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.

Lo más intrigante de esta cuestión es el hecho de que los compiladores hayan querido sustituir la explicación que sin duda daba Ulpiano por otra que aparece atribuída a Paulo. Una cosa podemos decir: que Ulpiano no decía exactamente lo mismo que este texto paulino, pero tampoco es tan explícito el frag. 6 como para pensar que su ventaja sobre el párrafo omitido de Ulpiano era el de una mayor claridad y amplitud. No sabemos, pues, qué decía ahí Ulpiano, pero, para la determinación de esta categoría de la *conventio "legitima"*, quizá sea mejor proceder por exclusión, es decir, ver primero qué entendía Ulpiano por *conventiones iuris gentium*, puesto que las convenciones privadas no podían ser más que de una u otra categoría. En efecto, tiene razón Cerami en criticar la conjetura de Riccobono¹⁶, el cual quería incluir, en la subdivisión de las convenciones privadas, las de derecho pretorio, para reflejar aquí la distinción entre derecho civil (*legitima*), derecho de gentes (*iuris gentium*) y derecho pretorio (<*iuris honorarii*>). Como hemos visto, las *conventiones* "negociales" de las que aquí se trata, son siempre fuentes de *obligatio* y no queda lugar para hablar de *conventiones* de derecho pretorio; en todo caso, no se explicaría la suspensión por los compiladores¹⁷.

16. RICCOBONO, en *Studi Bonfante I*, p. 146.

17. No se debería, pues, la exclusión de los acuerdos de derecho pretorio a la *reductio ad unitatem* del derecho civil y pretorio, como cree Cerami

7. En el frag. 7, Ulpiano empieza por recordar que, de las convenciones privadas de derecho de gentes, unas producen acción y otras excepción, y trata en el § 1 de las primeras, las cuales, dice Ulpiano, se identifican como *contractus: transeunt in proprium nomen contractus*.

La dificultad está en la serie de negocios que sigue, y que no parece ser ejemplificativa, pues no se dice aquí *veluti* como en 1,4. Se trata aquí de verdaderos *contractus*, como la *emptio venditio* y la *locatio conductio* (mencionadas antes, en 1,4, como *emptio* y *locatio*), la *societas*, y el *depositum*. Se diría que Ulpiano recorre aquí, empezando por el más importante y colocando los otros en orden inverso al del edicto XIX, los negocios cuyas acciones se hallaban en este edicto¹⁸. Sólo que en la enumeración falta el *mandatum* y sobra el *commodatum*, a la vez que resulta algo superflua la referencia indeterminada a *ceteri similes contractus*. En efecto, el comodato, en mi opinión¹⁹, no tuvo nunca una fórmula *in ius*, y por eso no se hallaba en el edicto XIX entre los contratos de buena fe. Esto quiere decir que, en una lista de negocios que producen *obligatio*, como son las *conventiones* negociales, y concretamente de las privadas *iuris gentium*, que son *contractus*, no podía aparecer el comodato. En cambio, por mucho que distingamos el mandato de los otros contratos, no hay motivo para negarle el carácter de *conventio*, con más razón, por ejemplo, que al depósito, que sí figura en esta lista. Así, pues, me atrevo a pensar que *commodatum* en 7,1 es simplemente una corrupción mecánica (pre-justiniana) de *mandatum*.

(p. 294), sino a que las *conventiones* eran siempre civiles. Para Cerami, las convenciones pretorias entraban entre las *iuris gentium*; pero se funda (p. 295 y s.) en la *aequitas naturalis* de la *laudatio edicti*, que él mismo no considera del todo fiable.

18. En el orden de acciones edictal: *fiducia* (en primer lugar, según mi opinión), *depositum*, *mandatum*, *societas*, *emptio venditio* y *locatio conductio*. Entre estas dos últimas acciones, debía de insertar el Pretor las acciones de negocios atípicos similares a la compraventa, de las que trata Ulpiano a continuación en el § 2. Hermogeniano D. 1,1,5, al aludir a las convenciones privadas de derecho de gentes, tras mencionar la compraventa y el arrendamiento, se refiere a las otras *obligationes institutae, exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt*.

19. No es necesario repetir aquí la argumentación; vid. *SDHI*, 1953, p. 179, y *Répl. Panorm. VI*, en *RDN* (en prensa).

Con esta corrección, sin embargo, no queda completa la lista de los contratos del edicto XIX, pues falta la *fiducia*. Que la *fiducia*, que exigía el acto formal de la *mancipatio* (o la *in iure cessio*), no podía figurar entre las convenciones privadas *iuris gentium*, parece lo más probable. Así, aunque tanto ella como la *stipulatio* figurasen entre los ejemplos de *conventiones* que *transeunt in aliud nomen* (1,4), desaparece igual que la estipulación en esta lista de contratos *iuris gentium*. Son, en efecto, negocios introducidos por el *ius civile*, como decía Hermogeniano (D. 1,1,5, cit. supra n. 18).

Observemos todavía que, si admitimos el restablecimiento del *mandatum* y esta justificación de la ausencia de la *fiducia*, no quedan otros *contractus* que incluir en la lista, y por eso resulta inexplicable la extensión de la misma a *ceteri similes contractus*. Esta frase debió de ser introducida por los compiladores, quienes, perturbados ya por la idea gayana del *contractus* generalizado a toda convención productiva de obligaciones (civiles o pretorias), y ante la presencia del *commodatum* (introducido en el texto por corrupción anterior) y la falta del *mandatum*, dándose cuenta, por lo demás, de que Ulpiano pretendía hacer una lista completa de *contractus iuris gentium*, salieron de dificultad con esa extensión a otros posibles contratos.

Pero fijémonos de nuevo, pues no suele hacerse, en la apuntada diferencia entre el 1,4 y el 7,1:

(1,4) ...in aliud nomen transeunt, veluti in emptionem, in locationem, in [pignus] <fiduciam> vel in stipulationem.

(7,1) transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, [commo] <man>datum, <et> depositum [et ceteri similes contractus].

En 1,4 se trata de convenciones negociales no exclusivamente contractuales, y por eso no se habla de *contractus*; la lista es ejemplificativa (*veluti...*) y en ella se incluyen la *fiducia* y la *stipulatio*. En 7,1, en cambio, se trata exclusivamente de *contractus* y por eso se habla de *proprium nomen contractus*, y la lista era completa (*ut...*): comprendía todos los contratos de derecho de gentes, es decir, los negocios correspondientes a las acciones del edicto XIX menos la *fiducia*; sólo la corrupción posterior del texto descompuso esa lista, cambiando primero el *mandatum* por el *commodatum* (simple falta

mecánica), a la vez que se dejaba inconclusa la lista al añadir *ceteri similes contractus*.

8. Delimitada así la categoría de los *contractus* de derecho de gentes, podemos volver al problema de la llamada *conventio* (privada) "*legitima*". Como decíamos, para reconstruir el concepto que Ulpiano podía tener de este otro grupo de convenciones privadas que no son *iuris gentium*, podía procederse por exclusión de las convenciones comprendidas en este último grupo que acabamos de ver.

Por de pronto, nos encontramos con que la *stipulatio* y la *fiducia*, que eran *conventiones*, como vemos por 1,4 (por corrección de *pignus* respecto a la *fiducia*), al no ser *iuris gentium*, debían entrar necesariamente en esa "otra" categoría de las convenciones privadas. Lo mismo debía decirse del mutuo, que no podemos excluir de la categoría de las *conventiones* tal como la conciben Ulpiano y podemos pensar que todos los clásicos, pues presenta un claro caso de *obligatio re contracta*²⁰. Y quien dice mutuo entiende también las otras *dationes* propiamente convencionales; así, las *dationes ob rem*, a diferencia de los contratos sinalagmáticos derivados de ellas, que sí son considerados como *iuris gentium*.

Esto nos lleva a sospechar que, como sostiene la opinión quizá más común, contra la que se opone Cerami, esa "otra" categoría de convenciones privadas es justamente la del *ius civile* entendido en el sentido estricto que se contrapone al *ius gentium*, es decir, la de negocios de origen civil. Que luego Ulpiano hable de *obligatio civilis* (7,2) a propósito de los contratos *iuris gentium* innominados²¹, esto no es una dificultad para aquella opinión, pues ya sabemos que el *ius gentium* es también *civile* en un sentido amplio, y Ulpiano, como veremos, trata de destacar allí que esos negocios no tienen exclusivamente una *actio in factum* —lo que les impediría ser considerados como *conventiones* y concretamente como *contractus*—, sino una *actio civilis*, de lo que se deduce que nace de ellos una *obligatio civilis*. También las acciones de los otros *contractus*, con fórmula *ex fide bona*, son acciones civiles, referidas a un *oportere*.

Así, todo parece obligar a pensar que Ulpiano contraponía la

20. El mutuo, aunque negocio frecuente en el comercio internacional tenía un antiguo origen "civil" y no había sido, como los *contractus* reseñados por Ulpiano en 7,1, introducido por el *ius gentium*.

21. Cerami (p. 296) presenta este dato como argumento decisivo.

conventio privata iuris civilis a la *iuris gentium*, pero que los compiladores, deseando no dejar fuera de este *tractatus de pactis* a los nuevos pactos como los de dote y donación, sustituyeron *iuris civilis* por *legitima*.

Probablemente, con este cambio, la explicación de Ulpiano sobre este primer grupo de *conventiones privatae* resultaba inservible, y los compiladores prefirieron sustituirlo por ese otro frag. 6 atribuido a Paulo, que parece un resumen muy deformado, probablemente pre-justiniano. En él se define la *conventio legitima* como la que se confirma *lege aliqua*. El que no se hable de “constituciones imperiales”²² no demuestra que el texto sea genuino, pues éstas, para un post-clásico, entraban ya en las *leges*. Así, esta parte del texto, se ajusta perfectamente para abarcar los nuevos pactos introducidos por la legislación imperial tardía.

Más sorprendente es la segunda parte de este frag. 6, en la que se quiere explicar (*et ideo...*) que de una ley o de un senadoconsulto pueden nacer (*nascitur*) acciones o excepciones, según los casos (*interdum*), lo que recuerda la expresión gayana (4,110) de *actiones quae ex lege senatusconsultis proficiscuntur*²³, por tanto, acciones (en el caso de los senadoconsultos, ficticias) o excepciones fundadas en una ley o senadoconsulto.

Respecto a las convenciones legales, aduce Cerami (p. 299 y ss.) los pactos que excluyen *ipso iure* (en virtud de las Doce Tablas) la acción de injurias y de hurto, la estipulación²⁴ aleatoria de la apuesta deportiva, y podría agregarse todavía el caso que él mismo cita (p. 293) del pacto de exclusión de la *iurisdictio praetoris* que los particulares pueden hacer en virtud de la ley Julia judicial²⁵. Francamente, no creo que sea necesario reducir tanto esta categoría, sino que puede ésta referirse a todas las acciones privadas de derecho civil²⁶. Esta segunda parte del texto de Paulo (pág. 6) podría

22. Es objeción que Cerami (p. 298) apoya en FERRINI, *Studi* III, p. 266.

23. БОИМ, *Gausstudien* III, p. 163 y ss., propone leer también en Gai. 4,28, en lugar de *lege vectigalia*, las palabras *ex lege senatusconsulto aliquid (deberent)*. En el pasaje de las Instituciones de Justiniano (4,12 pr.) correspondiente a Gai. 4,110 se añade a la ley y el senadoconsulto: *sive ex sacris constitutionibus*.

24. D. 11,5,3 habla de *sponsio*.

25. Ulp. 3 *ad ed.* D. 2,1,2,1.

26. Si se pretende reducir, como hace Cerami (fundándose en este

corresponder a una posible explicación amplia que pudo haber dado Paulo acerca de las *conventiones iuris civilis* que se apoyan en leyes o senadoconsultos, pero, en su forma actual, resulta un añadido insignificante y desorientador sobre el nuevo concepto de la *conventio "legitima"*

9. En 7,2, Ulpiano extiende la *conventio iuris gentium*, es decir, el *contractus* a aquellos negocios atípicos en los que, según Aristón, había también una *obligatio (esse obligationem)*, es decir, civil y, por lo tanto, una acción civil, que aparece denominada como *praescriptis verbis*.

El tema de los precedentes clásicos de esta acción, que se generaliza en época post-clásica como la acción de todos los contratos innominados, y de su relación con la concurrente *actio in factum* de algunos de estos negocios atípicos, es un tema que excede de los límites del presente artículo ²⁷. Pero sí debemos detener aquí nuestra atención en un punto que interesa a propósito de las *conventiones iuris gentium*. Ulpiano se adhiere (*puto recte...*) a la crítica que hacía Mauriciano de la opinión de Juliano, según el cual, en caso de un negocio "do ut facias" (*dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas*), el que había dejado de "dar" (en ese caso, por subsiguiente evicción), podía ser reclamado, por quien había cumplido el *facere*, con una *actio in factum*. Esto quería decir que, para Juliano, no surgía en ese negocio una verdadera *obligatio* de cumplir la contraprestación, pues la acción posible era pretoria y no civil, excepto la *condictio*, que no servía para exigir la contraprestación, sino la restitución de lo dado. Según Mauriciano, en cambio, debía darse una acción civil, de *intentio incerta (civilem incerti actionem... sufficere)*, lo que equivale a decir que sí había una *obligatio* de cumplir la contraprestación.

Esta discusión tiene gran interés para la cuestión de la concurrencia de la *actio praescriptis verbis* con la *actio in factum*, cuestión

frag. 6), la *conventio legitima* a la concretamente fundada en una norma legal, quedan otras convenciones que no resultan integrables entre las *iuris gentium*, no sólo por su carácter formal, sino incluso por ser inaccesibles a los extranjeros, como ocurre con la *sponsio*.

27. Vid. un adelanto de un planteamiento de esta cuestión, a propósito del negocio atípico de entrega a prueba, en *AHDE*, 1975, p. 595 y ss

en la que no vamos a entrar en este momento, pero nos sirve ahora para corroborar nuestra idea de que todas las *conventiones* “negociales” *iuris gentium* son *contractus*, así como todas las *conventiones* negociales son acuerdos productores de obligaciones civiles (*obligationes* en sentido estricto). En efecto, si Ulpiano hubiera seguido la opinión de Juliano, estos negocios atípicos no podrían haber sido incluidos por él entre las *conventiones iuris gentium* o *contractus*, pero sí era esto posible según la doctrina de Aristón, que admitía tales negocios como fuentes de *obligatio*, sancionados consecuentemente con una *actio civilis*. Esto confirma nuestra idea de que en 1,4, Ulpiano no hablaba del *pignus*, negocio pretorio, sino del contrato de *fiducia*, y la corrección de *commodatum* en *mandatum*, en 7,1.

Un elemento de contraste de la doctrina de Aristón tenemos en un importante texto de Celso 3 (8, según Lenel) *dig.*-D. 12,5,16:

Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi ut mihi Stichum dares, etc.

Tenemos aquí un convenio que, para Aristón (según la referencia de Ulpiano), engendraría una *obligatio* de cumplir la contraprestación, y que, en consecuencia, constituiría una *conventio iuris gentium* o *contractus*; pero no para Celso —contra quien se dirigía especialmente la doctrina de Aristón: *eleganter Aristo Celso respondit...*—, pues para Celso en este caso no había más que una *datio ob rem*; es decir, no había para él más acción que la *condictio* en caso de no realizarse la *datio* esperada (del esclavo *Stichus* en este caso). Pero Celso se propone el problema de si podría verse en este caso una especie de *contractus* (*genus contractus*), similar a la compraventa (*pro portione emptionis et venditionis*) —que es precisamente lo que defendía Aristón—, y dice que no hay tal *contractus*. Con ello viene a decir que la *datio ob rem*, figura de *creditum* (como la *datio mutui*), no es un *contractus*. El texto no puede ser más claro para la contraposición *creditum-contractus*.

Cabría preguntarse todavía si Celso no admitía, como Juliano, una *actio in factum* en este caso. Aunque el texto no aclara este punto, no se debe excluir que sí la admitiera, pero no interesaba aquí res-

pecto a la duda de si existía o no un *contractus*, categoría exclusivamente civil, en la que no entraban los negocios pretorios.

10. Es necesaria todavía una observación sobre el "*subest causa*" como requisito necesario para que se dé la *obligatio* y la *actio*. Corresponde a la idea del *synállagma*, en virtud de la reciprocidad que es común a contratos nominados e innominados, el que cada prestación funcione como causa de la otra. En estos contratos innominados, la acción (la *obligatio*, si admitimos la acción civil) presupone que el demandante ha cumplido su prestación: esto le da la *causa* para poder reclamar la contraprestación no cumplida. En este sentido puede decirse que *subest causa* y hay *contractus*.

Lo que no resulta ya tan explicable es lo que se dice en 7,4 de que en el caso contrario, de no haberse cumplido ninguna de las prestaciones convenidas (*nulla subest causa*), el acuerdo no puede constituir una convención negocial (*non posse constitui obligationem*), y, en consecuencia (*igitur*), el acuerdo sólo produce excepción (*parit exceptionem*). Esto no es cierto, pues del negocio atípico ninguna de cuyas prestaciones es cumplida no nace una acción (pues *nulla subest causa*), pero tampoco nace una excepción. Así, si no queremos eliminar la frase *igitur*... como un torpe glosema, debemos admitir que ha caído alguna porción del texto anterior que pudiera justificar ese *igitur*.

Una alteración más grave parece haberse producido en el § 3, donde se dice que no nace *obligatio* cuando se ha "prometido" algo por causa ilícita para el estipulante. Esto es rigurosamente cierto, pero resulta difícilmente integrable en el contexto, si es que se trata aquí de una estipulación (*promissum*) y no de un *contractus* innominado. Como hemos dicho antes, la *stipulatio* debía pertenecer a la categoría de las *conventiones* de derecho civil en sentido estricto, que aparecen designadas en el texto como "legítimas". Parece poco probable, pues, que Ulpiano, tratando ya de las *conventiones iuris gentium*, volviera a hablar de la categoría anterior. En todo caso, la afirmación de la inutilidad de esa estipulación nada tiene que ver con lo que antecede. Es pensable que este párrafo 3 esté fuera de su sitio, y que el desplazamiento se haya producido precisamente al eliminarse la explicación de Ulpiano sobre las *conventiones* de derecho civil; también, que sea un glosema en referencia a una "promesa" de contrato innominado. Quitado de este lugar

el § 3, la secuencia del § 2 (*subsist causa*) con el § 4 (*sed cum nulla subsist causa...*) queda restablecida.

El § 5, por último, trata de la función de los pactos en los juicios de buena fe. Podría preguntarse quizá por qué Ulpiano, que venía hablando de los *contractus*, sancionados por acciones *bonae fidei*, empieza a hablar en el § 5 de los *iudicia bonae fidei* como de algo nuevo. Esto es explicable: aquí no se trata ya de la *conventio* contractual, sino de los *pacta*, que engendran normalmente una *exceptio pacti*, pero pueden servir para dar contenido a la acción (*format ipsam actionem*) en los juicios de buena fe. Es así el tránsito del *contractus* a los *pacta* lo que justifica que Ulpiano pase a hablar de los juicios de buena fe, los cuales, por lo demás, no se reducen a los *contractus*, pues comprenden otras relaciones como las de la *actio negotiorum gestorum*, *actio tutelae* y *actio rei uxoriae*.

11. Como conclusión, podemos decir que del comentario de Ulpiano a la rúbrica del título edictal *de pactis* se deduce que la Jurisprudencia clásica consideraba como *conventio* negocial, distinta del *pactum*, todo negocio que engendraba una acción personal civil, referida, por tanto, a una *obligatio*; no los negocios reales ni aquellos obligacionales pretorios consistentes en un *actione teneri*. Dentro de esta categoría, constituían una especie las *conventiones iuris gentium*, que eran aquegos *contractus* cuyas acciones se recogían en el edicto XIX (menos la *fiducia*), incluyendo los contratos atípicos que engendraban una acción civil desde que una de las partes contratantes cumplía su prestación, cuyas acciones parecen haber tenido acogida también en ese mismo título XIX del Edicto pretorio.

Así, debemos agradecer a la conjetura de Cerami el habernos obligado a reflexionar de nuevo sobre este tema, y haber podido confirmar desde un nuevo punto de vista la identificación de *contractus* con los negocios del edicto XIX, a la vez que podemos ver mejor la correspondencia de estos *contractus* con las *conventiones iuris gentium*: son *iuris gentium* precisamente porque se fundan de una manera expresa (por los términos mismos de su fórmula) en la *bona fides*²⁸.

ALVARO D'ORS

28. A diferencia de la *actio fiduciae*, que, aunque siga el régimen de los *iudicia bonae fidei*, no se refería expresamente en su fórmula a la *bona fides*.