
Re contrahere y credere en el pensamiento de Paulo*

» ADOLFO WEGMANN STOCKEBRAND**

RESUMEN. En el presente artículo se busca ofrecer una interpretación de D. 2.14.17 pr. (Paul. 3 *ad ed.*), fragmento en el cual el jurista Paulo explica la estructura del *re contrahere* desde la perspectiva de su accionabilidad por medio de la *condictio*, identificándolo implícitamente con la *mutui datio* y, en virtud de ello, con la figura paradigmática de *credere* en el derecho romano clásico. De esta manera, el fragmento constituye un argumento a favor de la tesis de que la jurisprudencia clásica limitó la *obligatio re contracta*, base de la moderna noción de contrato real, al mutuo, excluyendo el comodato, el depósito y la prenda.

PALABRAS CLAVE: *re contrahere*, contrato real, *credere*, *mutui datio*, mutuo.

Re contrahere and credere in the Taught of Paulus

ABSTRACT. The purpose of this article is to offer an interpretation of D. 2.14.17 pr. (Paul. 3 *ad ed.*), a fragment in which the Roman jurist Paulus explains the structure of the *re contrahere* from the perspective of its actionability through the *condictio*,

* Fecha de recepción: 26 de octubre de 2020. Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2021. Para citar el artículo: WEGMANN STOCKEBRAND, A., “*Re contrahere y credere* en el pensamiento de Paulo”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 42, enero-junio 2022, 43-63, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n42.03> Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt de Iniciación en Investigación N° 11170478 *Aliud est enim credere, aliud deponere. Sobre la relación entre causas crediticias y depósito en el derecho romano clásico*, del cual el autor es investigador responsable.

** Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Chile; Profesor de derecho civil y derecho romano. Doctor en Derecho, Universidad de Heidelberg, Heidelberg, Alemania. Contacto: aawegman@uc.cl. Orcid: 0000-0001-8741-2099.

implicitly identifying it with the *mutui datio*, the paradigm of *credere* in classical Roman law. In this sense, the fragment represents an argument for the idea that classical jurisprudence limited the *obligatio re contracta*, basis of the modern concept of real contract, to the consumer loan, excluding the gratuitous loan, the deposit and the pledge.

KEYWORDS: *re contrahere*, real contract, *credere*, *mutui datio*, consumer loan

SUMARIO: Introducción. I. *Re contrahere* según Paulo. II. *Credere* según Paulo. Conclusiones y perspectivas. Referencias.

Introducción

Es una opinión generalmente difundida en los estudios romanísticos, al punto de ser considerada un *dato adquirido*¹ o, incluso, parte de nuestro patrimonio cultural en cuanto juristas², que la categoría de los contratos reales, tal como se entiende en la actualidad en la mayoría de los ordenamientos de tradición jurídica europea-continental, se remontaría al derecho romano clásico y, en concreto, al magisterio de Gayo. En efecto, constituye un *locus communis* en doctrina hablar de cuatro especies de “contrato real”: el *mutuum* (o *mutui datio*), el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*, todas figuras que se perfeccionan mediante la entrega de una cosa (*traditio* en sentido lato) y que engendran una obligación restitutoria (*reddere*). El (único)³ común denominador de estos tipos negociales sería, pues, que la entrega no opera *solvendi causa*, esto es, como cumplimiento de una obligación previamente contraída, sino *contrahendi causa*, como acto que hace nacer la relación obligatoria propiamente tal⁴.

En trabajos anteriores he intentado demostrar que la doctrina recién esbozada carece de suficiente respaldo textual: en todo el corpus de fuentes jurídicas romanas no hay fragmento alguno, ya sea dentro o fuera de la compilación justiniana, en el que se emplee la nomenclatura técnica *obligatio re contracta* o el sintagma *re contrahere* –del cual deriva el *contractus re* del *ius commune*⁵ y el consiguiente contrato

-
- 1 PUGLIESE, G., SITZIA y F., VACCA, L., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2012, 315.
 - 2 MASCHI, C. A., *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1973, 1: “Se il giurista contemporaneo rivolge uno sguardo ai concetti fondamentali ed elementari, che costituiscono il suo patrimonio culturale, trova in essi l’idea del contratto reale”.
 - 3 Así ya lo ha hecho notar SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford, Oxford Clarendon, 1951, 469: “[...] otherwise the contracts assembled in this group have nothing in common”.
 - 4 Para el significado del sintagma latino *contrahere obligationem* véase recientemente WEGMANN STOCKEBRAND, A., “*Contrahere obligationem* en el derecho romano clásico”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. 32, n.º 1, 2019, 9 ss.
 - 5 Una panorámica sobre el desarrollo de la categoría de los contratos reales en la tradición romanística en BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, Padova, CEDAM, 1939, 7 ss.; VERDAM, P.J., “Riflessioni sulla validità della catego-

real moderno— a negocios distintos del *mutuum*. En efecto, no solo Gayo (tanto en sus *Institutiones*⁶ como en las *res cottidianae*⁷, asumiendo que esta obra sea de autoría gayana), sino también Quinto Mucio Escévola en sus *libri iuris civilis* (según el comentario de Pomponio), en el ámbito del *re certum dari*⁸, e incluso Justiniano en sus *Institutiones*⁹, son claros al identificar el *re contrahere* con la dación mutuaría. A ello puede agregarse un escasísimamente estudiado fragmento de Modestino, el cual, si bien se expresa en términos más bien imprecisos, con toda probabilidad reduce el *re obligari* (asimilándolo, en los hechos, con el *re contrahere*) al mutuo, ya que recurre a esta terminología únicamente en el contexto del así llamado negocio *re et verbis*, que no es sino una forma inexacta de referirse al *mutuum cum stipulatione*¹⁰.

Sin embargo, este dato fundamental ha sido preterido por la inmensa mayoría de los autores, quienes siguen apegados a la idea recepticia de que no solo el mutuo, sino también el comodato, el depósito y la prenda habrían sido considerados por los juristas clásicos *obligationes re contractae*. Las opiniones disidentes son, de hecho, muy pocas. Talamanca y Guarino hicieron tímidos esfuerzos para mantener prudente distancia de la *communis opinio*, aunque recurriendo a distinciones que no encuentran un correlato en el testimonio de las fuentes, quedando reducidas a meras conjeturas¹¹. Especialmente digna de destacar por su originalidad (aunque desde ya

ria dei contratti reali”, en *Studi in memoria di Emilio Albertario*, MILANO, GIUFFRÉ, 1953, vol. II, 745 ss.; COING, H., *Europäisches Privatrecht I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, C.H. Beck, 1985, 469 ss.; ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 153 ss.

- 6 Gai. 3.90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione* [...]. Cfr. WEGMANN STOCCKEBRAND, A., “Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n.º 40, 2018, 97 ss.
- 7 D. 44.7.1.2 (Gai. 2 aur.): *Re contrahitur obligatio mutui datione* [...]. Cfr. WEGMANN STOCCKEBRAND, A., “*Causae credendi y obligatio re contracta* en las *res cottidianae*”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n.º 41, 2019, 87 ss.
- 8 D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Q. Muc.): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat* [...]. Cfr. WEGMANN STOCCKEBRAND, A., *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, 34 ss.
- 9 I. 3.14 pr.: *Re contrahitur obligatio veluti mutui datione* [...]. Este texto es, en lo fundamental, tributario de las *res cottidianae*. Cfr. WEGMANN STOCCKEBRAND, A., *Obligatio re contracta*, 236 ss.
- 10 D. 44.7.52.1 (Mod. 2 reg.): *Re obligamur, cum res ipsa intercedit*. Cfr. WEGMANN STOCCKEBRAND, A., “*¿Re obligamur, cum res ipsa intercedit?* Sobre el así llamado contrato real en Modestino”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 46, n.º 3, 2019, 669 ss.
- 11 TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, 547 ss., distinguió entre *obligationes re contractae* del derecho civil (mutuo) y del derecho de gentes (comodato, depósito y prenda), hipótesis que se enfrenta con el hecho que en las fuentes el mutuo aparece tratado en términos explícitos como relación obligatoria que procede del *ius gentium*, de manera que resulta ociosa la consideración de esta figura como *obligatio re contracta* “civil”, distinguiéndola de otras supuestas *obligationes re contractae* del “derecho de gentes”. Así se lee en Gai. 3.132: [...] *sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis iuris gentium est*. Cfr. también D. 50.17.84.1 (Paul. 3 quaest.). Sobre el origen *iuris gentium* de la *mutui datio* véase por todos KASER, M., *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 1993, 140, 152 ss. En cuanto a GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 12ª ed., Napoli, Jovene, 2001, 855 ss., éste calificó al mutuo como *obligatio re con-*

advertimos que no la compartimos) es la tesis de Álvaro D'Ors, quien, en concordancia con su más amplia teoría del *creditum* y su distinción del *contractus*¹², niega el carácter clásico de la categoría de los contratos reales, para luego (a nuestro juicio, presa de prejuicios interpolacionistas) atribuir su creación a Gayo, no quedándole más remedio que calificar al maestro de época antonina como “pre-postclásico”¹³. En fin, más certera nos parece la opinión de Wubbe, en cuanto a que solo en un sentido extremadamente débil del término podría decirse que el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio se obligan *re*, como el mutuario¹⁴.

El presente artículo tiene por objeto desarrollar mi interpretación de un fragmento del jurista tardo-clásico Julio Paulo, única fuente romana conservada fuera de la así llamada tradición gayano-justiniana de la clasificación de las fuentes de las obligaciones (esto es, al margen de las *Instituciones* de Gayo y Justiniano, y de las *res cottidianae*)¹⁵ donde se expone la estructura de la *obligatio re contracta*, para identificarla igualmente con la dación mutuaría, aunque sea desde la perspectiva de su accionabilidad. Quinto Mucio/Pomponio y Modestino, en cambio, utilizan términos similares, pero no idénticos: *re contrahere* (a propósito del *re certum dari*) en el primer caso, un genérico *re obligari* en el segundo. Sin embargo, una exégesis detallada de ambos fragmentos permite concluir que implícitamente se están refiriendo al mismo fenómeno: la obligación contraída *re*, como en términos explícitos lo hace Paulo, según se verá a continuación.

I. *Re contrahere* según Paulo

Punto de partida para comprender la noción paulina del *re contrahere* es:

.....

tracta en sentido propio, mientras que al comodato, al depósito y a la prenda los relegó a la calidad de *obligationes re contractae* en sentido impropio; distinción que, por cierto, no aparece jamás en las fuentes conservadas.

- 12 Véase especialmente D'ORS, A., “Observaciones sobre el *edictum de rebus creditis*”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Pontificia Università Lateranense, n.º 19, 1953, 134 ss.; D'ORS, A., “Creditum y contractus”, *Anuario de historia del derecho español*, Boletín Oficial del Estado (BOE), n.º 26, 1956, 6 ss.; D'ORS, A., “Creditum”, *Anuario de historia del derecho español*, Boletín Oficial del Estado (BOE), n.º 33, 1963, 345 ss.; D'ORS, A., “Réplicas Panormitanas I. De nuevo sobre ‘creditum’ (Réplica a la crítica de Albanese)”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Pontificia Università Lateranense, n.º 41, 1975, 205 ss.
- 13 D'ORS, A., “Re et verbis”, en MOSCHETTI, G. (ed.), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29 IX 1948*, Milano, Giuffrè, 1951, vol. III, 267. Un tratamiento más detallado de la cuestión en D'ORS, A., “Réplicas Panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano”, *Revista de Derecho Notarial*, n.º 88, 1975, 7 ss.
- 14 WUBBE, F., “I contratti reali alla fine della repubblica”, en MILAZZO, F. (ed.), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, 119. Véase también WUBBE, F., “Gaius et les contrats réels”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n.º 35, 1967, 504 ss.
- 15 Una visión de conjunto en PARICIO, J., “Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana”, en PARICIO, J. (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 49 ss.

D. 2.14.17 pr. (Paul. 3 ad ed.): *Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.*

Como se lee en la *inscriptio*, este fragmento procede del tercer libro del comentario de Paulo al edicto del pretor urbano¹⁶, y versa sobre el título edictal *de pactis et conventionibus*¹⁷. Ya una somera lectura del texto permite asumir que fue construido en torno a la siguiente problemática: en el contexto de una relación obligatoria contraída por medio de la dación de una suma de diez, las partes acordaron a través de un pacto (esto es, al margen de la dación misma) que el acreedor podrá exigir veinte, ante lo cual el jurista es categórico al afirmar que, con independencia de lo convenido en el pacto, no nace obligación más allá de los diez efectivamente dados. Luego se trata de un supuesto de ineficacia relativa del pacto, ya que no favorece al acreedor, lo cual conlleva que su interés no cuenta con protección por parte del ordenamiento jurídico más allá de los estrechos límites de la causa obligacional, que consiste en una *datio rei*.

En efecto, como es por todos conocido, el derecho contractual romano se caracterizaba por su tipicidad, de lo que se desprende que los meros acuerdos de voluntad (*pacta conventa*) que carecen de un *proprium nomen contractus*¹⁸, esto es, que no cuentan con una acción típica que los proteja, no engendran una *actio* (*in personam*, se entiende), sino solo un remedio pretorio de carácter defensivo, a saber, la *exceptio pacti conventi*¹⁹. Lo dicho constituye un principio general, aplicable sobre todo a los *pacta nuda*, que no complementan un vínculo negocial tipificado (un *contractus*). Respecto de los pactos que sí lo hacen (*pacta adiecta*), la cuestión es más compleja: su grado de eficacia depende fundamentalmente de la naturaleza de la acción destinada a hacer valer la relación contractual a la que se han añadido. Así, en el caso de *obligationes contractae* protegidas por acciones de buena fe (*bonae fidei iudicia*), éstas no solo alcanzan el núcleo esencial de la relación obligatoria, sino que también cubren los intereses tutelados específicamente a través del *pactum adiectum*.

16 Véase LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, Ex officina Bernhardi Tauchnitz, 1889, vol. I, 969 ss.

17 Título IV, según la reconstrucción de LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª ed., Leipzig, Tauchnitz, 1927, 64 s.

18 D. 2.14.7.1 (Ulp. 4 ad ed.): *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.*

19 D. 2.14.7.4 (Ulp. 4 ad ed.): *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* Cfr. PS 2.14.1. En detalle sobre la posición de los pactos en el marco del derecho contractual tipificado romano BISCOTTI, B., *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, Giuffrè, 2002. Una buena síntesis en TALAMANCA, M., "Contratto e patto nel diritto romano", en BURDESE, A. (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, CEDAM, 2006, 37 ss., 63 ss.; MELILLO, G., *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, Liguori, 1994, 223 ss.

Lo anterior se debe a que la buena fe impone a los contratantes, precisamente, el deber de respetar lo convenido, la palabra empeñada, según lo expresa elegantemente Javoleno: *bona fides exigit, ut quod convenit fiat*²⁰. De ahí que la *exceptio pacti conventi* sea inherente al *bonae fidei iudicium*²¹.

Muy distinto es el panorama en el ámbito de las acciones así llamadas de derecho estricto (*stricti iuris*), nomenclatura justiniana²² que, sin embargo, da cuenta de una realidad propia de la época clásica, cual es la diferencia estructural entre estas acciones, limitadas al *simpulum* del valor pecuniario de la cosa debida (paradigmáticamente, el *quanti ea res est* de la *condictio*), y las acciones de buena fe, extendidas estas últimas al *id quod interest actoris* y, por consiguiente, a todo aquello que debe darse o hacerse de acuerdo a la buena fe (*quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare farece oportet ex fide bona*). Pues bien, las acciones de derecho estricto están modeladas única y exclusivamente en función de los elementos esenciales de la correspondiente *causa obligationis* (*re, verbis* o *litteris contrahere*, según el caso) y, con ello, del *nomen contractus*, por lo cual no queda espacio alguno para ampliaciones actuales (*in continenti*) o ulteriores (*ex intervallo*) de los márgenes de la prestación debida por vía meramente convencional a favor del acreedor que ejerce la *actio*, como sería, por ejemplo, el caso de pretender la restitución de una suma de veinte, cuando solo se han dado diez. Luego el *pactum* celebrado *pro actore* es ineficaz. En cambio, se reconoce una limitada eficacia al pacto celebrado a favor del deudor (*pactum pro reo*), el que se encuentra facultado para oponer la *exceptio pacti conventi* al acreedor que, desconociendo el contenido de la convención, pretende la restitución de una cantidad mayor a la convenida, como cuando habiéndose remitido con el pacto una parte de la deuda, se ejerce la acción contractual por el total²³.

Este es, precisamente, el supuesto tratado en la fuente paulina: en el contexto más amplio de su comentario al título edictal *de pactis*, el jurista se hace cargo del problema de la eficacia relativa del *pactum adiectum* en el ámbito de una *obligatio ex contractu* protegida por una acción de derecho estricto. La naturaleza contractual del vínculo está más allá de toda duda, si nos atenemos a las palabras empleadas por Paulo: “*re enim non potest obligatio contrahi* [...]”. Ahora bien: en lo que respecta a la *causa obligationis* concreta aludida en la fuente, ésta consiste en una *datio rei*, vale decir, en un acto de disposición patrimonial, según se desprende tanto del

20 D. 19.2.21 (Iav. 11 *epist.*). Un análisis de esta y otras fuentes en un contexto tanto semántico como histórico-dogmático en CASTRESANA, A., *Fides, bona fides. Un concepto para la creación del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.

21 D. 2.14.7.5 (Ulp. 4 *ad ed.*): [...] *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis* [...]; D. 18.5.3 (Paul. 33 *ad ed.*): [...] *bonae fidei iudicio exceptionis pacti insunt* [...]. Véase por todos KNÜTEL, R., “Die Inhärenz der *exceptio pacti* im *bonae fidei iudicium*”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (romanistische Abteilung), n.º 84, 1967, 133 ss.

22 I. 4.6.28: *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris* [...].

23 Cfr. BIONDI, B., *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni*, Milano, Giuffrè, 1953, 155 ss.; GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 1963, 173 ss.

comienzo como del final del fragmento: *Si tibi decem dem... nisi quatenus datum sit*. Que el significado técnico-jurídico de la *datio rei* en el derecho romano clásico es la transferencia de dominio quiritarario sobre una cosa, y no la mera entrega de ella (*traditio* en sentido lato), es explicado con meridiana claridad por el propio Paulo en otro texto, incluido por los compiladores justinianos en el título “sobre las diversas reglas del derecho antiguo” (*de diversis regulis iuris antiqui*) del quincuagésimo libro del Digesto, y donde el jurista afirma que *non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt*²⁴: no se cumple una obligación de dar sino en la medida en que quien recibe la cosa se hace dueño de ella²⁵. Este significado restringido (y técnico) del *dare rem* como un *nostrum facere*²⁶ se encuentra atestiguado en múltiples fuentes que abarcan prácticamente todo el espectro temporal de la jurisprudencia clásica, por lo que no debieran caber mayores dudas al respecto²⁷.

Luego, conforme a D. 2.14.17 pr. el *re contrahere* consiste en la constitución de una relación obligatoria de naturaleza contractual por medio de la transferencia de dominio de una cosa (*datio rei*), mas no de cualquier cosa, sino específicamente de cierta cantidad de aquellas que se determinan según su peso, número o medida (*res quae pondere, numero, mensura constant*); en nomenclatura moderna: bienes fungibles²⁸. En efecto, no es razonable asumir que el jurista se haya querido referir a bienes no fungibles, por la sencilla razón de que mal podría una obligación de especie o cuerpo cierto, en que se debe la *res ipsa*, implicar que, habiéndose dado diez (¿diez qué?), luego se deban veinte (¿veinte qué?). El fragmento paulino alude, pues, implícitamente a una obligación de género, en cuanto se limita a indicar una cantidad cierta de especies indeterminadas de un género determinado; la absoluta indeterminación de la prestación (es decir, no siquiera en cuanto al género) traería consigo la invalidez de la obligación en bloque, cuestión a la que evidentemente no

24 D. 50.17.167 pr. (Paul. 49 ad ed.).

25 La *datio rei* deba ser vista como la entrega que efectivamente produce la transferencia de la propiedad, y no simplemente como una actividad desplegada por el *dans*. En definitiva, se trata de la combinación entre un comportamiento personal específico de una parte (la entrega) y un efecto jurídico concreto (la transferencia del dominio). Cfr. PASTORI, F., *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, Cisalpino-La Goliardica, 1985, 139.

26 Gai. 4.4.

27 Véase p.ej. Gai. 2.204; 4.4; D. 17.1.47.1 (Pomp. 3 ex Plaut.); D. 22.1.4 pr. (Pap. 27 quaest.); D. 32.29.3 (Lab. 2 post. a Iav. epit.); D. 45.1.75.10 (Ulp. 22 ad ed.); D. 50.17.167 pr. (Paul. 49 ad ed.). Una visión de conjunto al respecto en GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1955, 19 ss.; PASTORI, F., *Concetto e struttura*, 131 ss. En esta circunstancia se funda la pseudo-etimología *mutuum = quod ex meo tuum fit*, atestiguada en Gai. 3.90 in fine y en D. 12.1.2.2 (Paul. 28 ad ed.): *Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit [...]*. Cfr. Varr., *ling. lat.* 5.179.

28 Esta denominación deriva de un texto del propio Paulo, D. 12.1.2.1 (Paul. 28 ad ed.), donde el jurista habla de bienes que *in genere suo functionem recipiunt*. Para la historia de esta categoría véase por todos RÜFNER, Th., *Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensura constant*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 24 ss.; VARVARO, M., *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, Giappichelli, 2008.

se refiere el texto, que parte de la base de una obligación válidamente contraída, aunque restringida a la cantidad de diez, sin alcanzar los veinte convenidos en el pacto: “*Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur [...]*”. Lo dicho autoriza a suponer que Paulo probablemente se haya querido referir aquí a una suma de dinero (*certa pecunia*).

Así mismo, el *re contrahere* de la fuente analizada engendra una obligación unilateral, en concreto, la del *accipiens* con el fin de restituir la cantidad cierta recibida en propiedad: “[...] *non nascitur obligatio ultra decem*”. Esto significa que la *datio* de los diez fue realizada *credendi causa*, con miras a obtener su posterior restitución, según se desprende de la noción de *credere* edictal transmitida por Ulpiano²⁹, y que en sus rasgos fundamentales es confirmada por Paulo en el contexto de su comentario al *edictum de rebus creditis*³⁰. Una vez cumplido el plazo de restitución, el *accipiens* carece de *causa retinendi*, colocándose en una situación análoga a la de una *datio sine causa*. En cambio, el *dans* no contrae obligación alguna, sino que, por el contrario, ostenta únicamente la calidad de acreedor respecto de la cantidad dada y, en consecuencia, se encuentra facultado para ejercer la *actio in personam* correspondiente, extinguida que sea la causa de retención.

Esta *actio* es, más allá de toda duda, la *condictio*, paradigma de las acciones personales de derecho estricto y modelo de las demás acciones contenidas en el título edictal *de rebus creditis*³¹, que no en vano han recibido la denominación de *kondiktionenartige Klagen*³². De hecho, en una frase final que bien puede ser vista como la aclaración de todo lo dicho precedentemente, Paulo vincula la *obligatio re contracta* con el efecto estrictamente restitutorio de la *actio*, al afirmar que no se contrae una obligación real sino en la medida en que algo ha sido dado: “[...] *re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*”. Así las cosas, analizada la fuente en detalle, resulta que el discurso por medio del cual Paulo explica la estructura esencial de la *obligatio re contracta* está construido desde el punto de vista de su accionabilidad, la que manifiesta claramente los rasgos de la fórmula de la *condictio*.

En efecto, se sabe que en el marco del *agere per formulas* no se reconoció al acreedor algo semejante a la moderna idea de pretensión de cumplimiento, sino únicamente la posibilidad de obtener, en el evento en que se dicte una sentencia condena-

29 D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): “[...] *nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit*. Una detallada exégesis del fragmento en ALBANESE, B., “Per la storia del *credutum*”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo*, n.º 32, 1971, 5 ss.

30 D. 12.1.2.3 (Paul. 28 *ad ed.*): *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 [...]*.

31 Título XVII según la reconstrucción de LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, 231 ss.

32 Cfr. PERNICE, A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Halle, Buchhandlung des Waisenhauses, 1873, vol. I, 429 ss.; KASER, M., *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, C. H. Beck, 1935, 65 ss.

toria contra el demandado, el equivalente pecuniario de la prestación (*aestimatio*)³³, configurándose de esta manera un *iudicatum dare oportere*³⁴. Es más: la condena en el marco del juicio declarativo no aseguraba al *actor* la satisfacción de su crédito, sino que solo lo hacía la culminación de un juicio ejecutivo, a raíz del ejercicio de la *actio iudicati* como contrapartida de la *obligatio iudicati* a que había dado lugar la *condemnatio*³⁵. Así se entiende que la definición de deudor de Modestino (*'debitor' intellegitur is, a quo invito exigi pecunia potest*)³⁶ aluda a la coacción a la que aquél se encuentra sometido para pagar una cantidad de dinero (la *aestimatio*) y no a realizar la prestación originalmente debida (*obligatio principalis*)³⁷, ya que esta última es en sí misma inexigible en el esquema del procedimiento formulario. En este orden de cosas, y como ya se mencionó, mientras la *condemnatio* de las acciones de buena fe cubre no solo el valor económico de la prestación incumplida, sino también –y especialmente– el interés particular del acreedor (*id quod interest actoris*)³⁸, en la medida en que el *iudex* puede condenar al deudor a dar o hacer todo aquello que se debe conforme a la buena fe (*quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona*), las acciones personales de derecho estricto y con *intentio certa*, en cambio, restringen la eventual condena al *simplum* del valor de la cosa, sin mayor consideración del interés del demandante³⁹.

De esta guisa, y volviendo a D. 2.14.17 pr., si la obligación restitutoria tuvo por causa la *datio* de una cantidad cierta (diez) de especies indeterminadas de un género determinado, y no puede extenderse a veinte, a pesar de haberlo convenido así el *dans* y el *accipiens* a través de un *pactum adiectum*, esto significa que la *actio* con que cuenta el primero para exigir la restitución está limitada, por su propia naturaleza, al *simplum* del valor de lo dado, de lo que deriva que el *pactum* no favorece al acreedor. El carácter *stricti iuris* de la acción en comento salta, pues, a la vista.

33 Gai. 4.48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est [...]*. Véase por todos KASER, M. y HACKL, K., *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., München, C.H. Beck, 1996, 372 ss.

34 Cfr. SANTORO, R., “Per la storia dell’*obligatio*. Il *iudicatum facere oportere* nella prospettiva dell’*esecuzione personale*”, *Iuris Antiqui Historia*, n.º 1, 2009, 61 ss.; CARDILLI, R., *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Napoli, Jovene, 2016, 246 ss.

35 En detalle sobre esta cuestión SALOMONE, A., *‘Iudicati velut obligatio’*. *Storia di un dovere giuridico*, Napoli, Satura, 2007, con amplia bibliografía.

36 D. 50.16.108 (Mod. 4 *pand.*).

37 Gai. 3.180.

38 Al respecto véase especialmente MEDICUS, D., *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, Böhlau, 1962; HONSELL, H., *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, C.H. Beck, 1969.

39 Sobre el problema de la consideración del *interesse* del acreedor y el simple valor de la cosa (*quanti ea res est*) en el ámbito de las acciones de derecho estricto véase SCHIEDER, Ch., *Interesse und Sachwert. Zur Konkurrenz zweier Grundbegriffe des Römischen Rechts*, Göttingen, Wallstein, 2011; GRÖSCHLER, P., “Überlegungen zu den Klagen strengen Rechts – certum und incertum als Leistungsgegenstand”, en PIRO, I. (ed.), *Scritti per Alessandro Corbino*, Tricase, Libellula, 2016, vol. III, 497 ss.

Ahora: si se relaciona dicho carácter con el efecto extintivo o preclusivo de la *litis contestatio*, resulta que el actor no puede pretender obtener en el evento de una condena una cantidad de dinero a título de *aestimatio* que sea mayor al valor de la pretensión consumida en dicho momento procesal; de ahí, si quien ha dado diez pretendiera demandar al *accipiens* por veinte en razón de lo convenido en el pacto, incurriría técnicamente en un supuesto de *pluris petitio* que impone al juez el deber de absolver al *reus*, con la consiguiente extinción irrevocable del crédito. En cambio, si el pacto hubiera sido celebrado en favor del deudor (*pro reo*), como sería el caso de dar diez para luego acordar cobrar cinco, y el *dans*, desconociendo lo convenido, demanda los diez efectivamente dados, *ex iure civili* el *accipiens* debiera ser condenado a pagar los diez que recibió, pero *ex iure praetorio* se encuentra legitimado para oponer la *exceptio pacti conventi* respectiva, de modo tal que, por vía defensiva, pasa a ser el único favorecido por el contenido del pacto.

Pues bien, la única *actio in personam* que reúne todas estas características copulativamente, a saber, que nace de una *datio rei* en sentido propio y protege obligaciones unilaterales estrictamente restitutorias, limitadas al *quanti ea res est*, por lo que priva de eficacia a los pactos añadidos en beneficio del acreedor, es la *condictio*, ya sea bajo la forma de la *actio certae creditae pecuniae* cuando la *causa obligationis* fue una *datio* de *certa pecunia (numeratio pecuniae)*⁴⁰, o de la *condictio certae rei* cuando se trata de otras cosas ciertas distintas del dinero (*omnis certa res*)⁴¹. De hecho, la *condictio* es la acción ejercitable cada vez que se configura un crédito de *dare oportere* sobre una *res certa*⁴², como ocurre, precisamente, en el supuesto descrito en D. 2.14.17 pr.

A mayor abundamiento, la convicción de que la *actio* a que se refiere Paulo es la *condictio*, se ve confirmada por un fragmento de Ulpiano, quien, a propósito de un supuesto de hecho prácticamente idéntico, menciona expresamente esta acción:

D. 12.1.11.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Si tibi dederò decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. sed si dederò, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse.*

40 Por esta razón, tanto la *intentio* como la *condemnatio* de la fórmula indican la misma suma de dinero. Cfr. Gai. 4.13; 4.50; 4.171.

41 En cuyo caso el juez debe proceder a la estimación del valor pecuniario de las cosas mencionadas en la *intentio*. Cfr. Gai. 4.47; 4.51; 4.163. Esta acción recibe en el Digesto la denominación de *condictio triticaria*, muy probablemente porque el modelo de la fórmula aludía a la restitución de una cierta cantidad de cereal. Cfr. D. 13.3.1 pr. (Ulp. 27 *ad ed.*).

42 D. 12.1.9 pr. (Ulp. 26. *ad ed.*): *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere.* Cfr. SACCOCCIO, A., *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano, Giuffrè, 2002, 54 ss.

El jurista expone un caso en el cual se dio una cantidad de diez, para luego acordar (se entiende que en virtud de un pacto) que solo se deberían restituir nueve. Al igual que Paulo, Ulpiano se refiere simplemente a cantidades, sin precisar de qué especies se trataría, lo que denota que tiene en mente la *datio* de una cantidad cierta de especies indeterminadas de un género determinado (*si tibi dedero decem...*), de la que nace la obligación restitutoria correlativa por otros tantos del mismo género: *tantundem eiusdem generis*. Ahora bien: habiendo las partes acordado que la obligación restitutoria es por una suma inferior al *tantundem*, en concreto, por nueve, sostiene Ulpiano, citando a Próculo, que efectivamente no se deben más de nueve. El motivo de la decisión (implícito en la fuente) radica en que un acuerdo de esta naturaleza, que no es sino un *pactum adiectum pro reo*, conlleva la renuncia parcial del *dans* a su acreencia, como si hubiese donado la diferencia. Luego el pacto es eficaz en lo que respecta a la protección del interés del *accipiens*.

Muy distinta es la postura adoptada por Ulpiano, siguiendo igualmente a Próculo, en caso de que, habiéndose dado diez, se haya pactado que se deberán restituir once: el jurista tardo-clásico, refiriéndose en términos explícitos a la *condictio*, afirma categóricamente que el *dans* no puede ejercer la acción más que por diez (...*amplius quam decem condici non posse*). El fundamento de esta decisión salta a la vista: más allá de los márgenes de la *datio rei*, que opera como *causa obligationis* y se limita a diez, la restitución carecería de causa, con independencia de lo que se haya establecido en el pacto (en este caso, *pro actore*), que solo puede beneficiar al *accipiens* (como en la primera situación descrita por Ulpiano), no así al *dans*.

Por consiguiente, tanto Paulo como Ulpiano argumentan sobre la base del así llamado *principio de simetría* que rige la relación entre *causa obligationis* y *solutio* y que caracteriza la *obligatio re contracta*, según explica Pomponio en el cuarto libro de su comentario a Quinto Mucio Escévola: la obligación restitutoria contraída *re* se encuentra limitada a la cantidad dada (*retro pecuniae tantundem solvere*)⁴³. En este orden de cosas, se entiende por qué el *re contrahere* no admite la eficacia *pro actore* de los *pacta adiecta*: más allá del monto de la *datio rei*, el *dans* carece de *causa petendi*, por lo que el ejercicio de la *condictio* en tales supuestos no puede prosperar⁴⁴. En consecuencia, en un sistema jurídico en el cual *obligatio* y *actio in*

43 Así se desprende de D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Q. Muc.): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat [...]*. Cfr. KNÜTEL, R., *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln-Graz, Böhlau, 1968, 12; KNÜTEL, R., "Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im römischen Recht", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung)*, n.º 88, 1971, 67 ss.; más recientemente FIORI, R., "Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola", en CASCIONE, C. y MASI DORIA, C. (eds.), *Fides humanitas ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, vol. III, 1955 ss.; SANTORO, R., "Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)", *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, n.º 55, 2012, 553 ss.

44 Así ya BRASIELLO, U., "Obligatio re contracta", en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano, Giuffrè, 1930, vol. II, 583: "Pei classici che si potesse contrarre un'obligatio re oltre la somma trasmessa

personam no son sino dos caras de la misma moneda, dos formas de decir lo mismo desde distintos puntos de vista, el rigor formular de la *condictio* modela el contenido de la relación obligatoria, acotando su eficacia dentro de los márgenes de la *datio rei*, toda vez que el acto constitutivo del vínculo (la *causa obligationis*) debe guardar una perfecta simetría con el acto liberatorio (*solutio*), sin que quede espacio alguno para modificaciones por la vía de la incorporación de pactos a favor del acreedor.

II. *Credere* según Paulo

Sobre la base de una perspectiva accional y, en especial, a propósito de la eficacia relativa (únicamente a favor del *reus*) de los *pacta adiecta* en el contexto de la *condictio*, Paulo explica de manera oblicua o, por así decirlo, de pasada, los rasgos fundamentales de la estructura de la *obligatio re contracta*, identificándola implícitamente con el *mutuum* y solo con él. El punto de partida para la comprensión del mutuo romano lo ofrece Gayo en sus *Institutiones*:

Gai. 3.90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae [res] pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur; unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*⁴⁵.

El fragmento transcrito se corresponde en lo sustancial con un texto de Paulo, ubicado originalmente en el vigésimo octavo libro de su comentario *ad edictum*, al punto que es posible conjeturar que ambos textos darían cuenta de una tradición didáctica extendida a lo largo de más de un siglo⁴⁶:

D. 12.1.2. pr.-1 (Paul. 28 *ad ed.*): *Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus [...]. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*

.....
 igualmente non era ammissibile”. En términos similares TALAMANCA, M., *Istituzioni*, 541: “l’obbligazione sorge nei limiti in cui è avvenuta la *datio*”.

45 Cfr. D. 44.7.1.2 (Gai. 2 *aur.*); I. 3.14 pr.; Gai Ep. 2.9.1.

46 En este sentido NELSON, H.L.W. y MANTHE, U., *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 81.

Del testimonio uniforme de Gayo y Paulo se desprende que la *mutui datio* consiste en la transferencia del dominio (*datio rei* en sentido estricto) de una determinada cantidad de dinero (*certa pecunia*) o de otras cosas ciertas distintas del dinero (*omnis certa res*), que se fijan por su peso, número o medida (*res, quae pondere numero mensura constant*)⁴⁷, con miras a la restitución de otros tantos del mismo género y calidad (*tantundem eiusdem generis et qualitatis*)⁴⁸. Dicho en otros términos: el mutuo engendra una obligación de género estrictamente restitutoria respecto de una *res certa* (*certum dare oportere*)⁴⁹ que, en cuanto tal, se hace valer por medio de la *condictio*⁵⁰. Así mismo, Paulo es explícito al afirmar que la *mutui datio* representa la *causa credendi* por antonomasia y, en cuanto tal, la figura paradigmática del *edictum de rebus creditis*⁵¹, reiterando la idea de que engendra una obligación de género limitada al simple valor de lo dado:

D. 12.1.2.1 y 3 (Paul. 28 *ad ed.*): *Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire [...]. 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 [...].*

- 47 Fuera de Gai. 3.90, esta expresión se encuentra dos veces más en las *Institutiones*: a propósito del *legatum per vindicationem* (Gai. 2.196), y respecto del *legatum per damnationem* en el contexto de una novación (Gai. 3.175). Así mismo, aparece dos veces más en el comentario gayano al edicto provincial: D. 18.1.35.5 (Gai. 10 *ad ed. prov.*) y D. 23.3.42 (Gai. 11 *ad ed. prov.*). Paulo, en cambio, utiliza el verbo *consistere* en vez del gayano *constare*.
- 48 Alude expresamente a la consideración de la calidad (relevante solo cuando se trata de cosas ciertas distintas del dinero), y no solo al peso, número o medida, Pomponio en D. 12.1.3 (Pomp. 27 *ad Sab.*): *Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aequae bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intellegitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.* Cfr. D. 44.7.1.2 (Gai. 2 *aur.*); I. 3.14 pr.
- 49 El propio Paulo explica el significado de *certum* (es decir, de una *res certa*), siempre en el contexto de su comentario al *edictum de rebus creditis*, en D. 12.1.6 (Paul. 28 *ad ed.*): *Certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione quae nominis vice fungitur qualis quantaque sit ostenditur. Nam et Pedius libro primo de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur an vocabulis quibusdam demonstretur: quatenus mutua vice fungantur quae tantundem praesent.* Cfr. D. 45.1.74 (Gai. 8 *ad ed. prov.*) y D. 45.1.75 pr. (Ulp. 22 *ad ed.*).
- 50 Cfr. el testimonio de Ulpiano, recogido en D. 12.1.9 pr. (Ulp. 26. *ad ed.*): *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur [...].*
- 51 Las fuentes a este respecto son muy abundantes. Véase a título ejemplar D. 12.1.2pr.-1 (Paul. 28 *ad ed.*); D. 12.1.8 (Pomp. 6 *ad Plaut.*); D. 12.1.20 (Iul. 18 *dig.*); D. 12.1.30 (Paul. 5 *ad Plaut.*); D. 12.1.41 (Afr. 8 *quaest.*); D. 14.1.7.1 (Afr. 8 *quaest.*); D. 14.3.19.3 (Pap. 3 *resp.*); D. 14.6.1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 16.1.17 pr. (Afr. 4 *quaest.*); D. 17.1.34 pr. (Afr. 8 *quaest.*); D. 17.1.48 pr. (Cels. 7 *dig.*); D. 19.2.31 (Alf. 5 *dig. a Paul. epit.*); D. 19.5.24 (Afr. 8 *quaest.*); D. 20.5.12.1 (Tryph. 8 *disp.*); D. 24.1.50 pr. (Iav. 13 *epist.*); D. 26.7.16 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 31.85 (Paul. 4 *resp.*); D. 45.1.126.2 (Paul. 3 *quaest.*); D. 42.5.24.2 (Ulp. 63 *ad ed.*).

De esta manera, a partir de una interpretación armónica y articulada de los fragmentos paulinos analizados en el presente trabajo es posible llegar a la conclusión de que el jurista implícitamente –pero no por eso con menos claridad– identifica la *obligatio re contracta* con la *mutui datio* en cuanto *causa credendi* sin más, con exclusión de toda otra figura: el *re contrahere* consiste para él en la transferencia del dominio de una cantidad cierta de dinero o de otros bienes fungibles por parte del *dans* (mutuante) en favor del *accipiens* (mutuario), que engendra en éste una obligación restitutoria limitada al *quanti ea res est*⁵², un *creditum* en el sentido edictal del término⁵³. Así, siguiendo a Viard, se puede decir que el mutuo consiste esencialmente en la *datio* misma⁵⁴: la ausencia de efecto dominical en la entrega implica que no se produce un *re obligari/contrahere*, ya que la *datio* es, precisamente, el acto por medio del cual se “contrae” la *obligatio*, según se lee tanto en Gai. 3.90 (*re contrahitur obligatio velut mutui datione...*) como en D. 2.14.17 pr. (*...re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*) y en D. 12.1.2.1 (*mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire...*). Lo anterior, por lo demás, explica la siguiente afirmación de Paulo a propósito del *mutuum*: *si non fiat tuum, non nascitur obligatio*⁵⁵, lo cual también justifica la ineficacia de la dación mutuaría que recae sobre cosas ajenas⁵⁶. De hecho, la fungibilidad y consiguiente transferencia de la propiedad sobre el objeto del mutuo es una consecuencia lógica de la finalidad económica de este negocio,

- 52 No toda *numeratio* genera de suyo una obligación de restitución, como el propio Paulo explica en D. 44.7.3.1 (Paul. 2 *inst.*): *Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est*. En términos similares se expresa Salvio Juliano en D. 12.1.19 pr. (Iul. 10 *dig.*): *Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligabit accipientem, quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset aut is qui accipiebat prior decessisset [...]*. Igualmente Ulpiano en D. 12.1.18 pr.-1 (Ulp. 7 *disp.*) y Celso D. 12.1.32 (Cels. 5 *dig.*). Cfr. BABUSIAUX, U., *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München, C.H. Beck, 2006, 60; RABER, F., “Hoc animo dare”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n.º 33, 1965, 58 ss.; GIUFFRÉ, V., *La ‘datio mutui’*. *Prospettive romane e moderne*, Napoli, Jovene, 1989, 70 ss.
- 53 D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): *[...] nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur [...]*.
- 54 VIARD, P.-E., *La ‘mutui datio’*. *Contribution à l’histoire du fondement des obligations à Rome. Première partie*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939, 42: “Le contrat de prêt est essentiellement une *datio*. Le transfert constitue à lui seul la base de l’obligation”. Véase también GIUFFRÉ, V., *La ‘datio mutui’*, 13 ss.; JUNG, B.-H., *Darlehensvaluierung im römischen Recht*, Göttingen, Wallstein, 2002, 52 ss.
- 55 D. 12.1.2.2 (Paul. 28 *ad ed.*). Sobre la constitución de un *mutuum* por medio de *traditio brevi manu* véase D. 12.1.9.9 (Ulp. 27 *ad ed.*).
- 56 D. 12.1.2.4 (Paul. 28 *ad ed.*): *In mutui datione oportet dominum esse dantem [...]*. Lo mismo ocurre cuando el mutuante, siendo dueño, carece de la facultad de enajenar, como es el caso del pupilo que otorga un mutuo sin autorización de su tutor. Cfr. Gai. 2.82; 2.84; D. 12.1.19.1 (Iul. 10 *dig.*); UE 11.27.

centrado principalmente en el préstamo de dinero: la *numeratio pecuniae* o la entrega de otra *certa res* con el compromiso de restituir la *res ipsa*, es posible en el plano teórico, pero impensable en consideración del papel desempeñado por el mutuo en el tráfico comercial romano⁵⁷.

Consecuencialmente, la función *contrahendi causa* de la dación mutuaría implica que la relación contractual nace, existe y se extingue dentro de los estrictos márgenes de la *datio*: antes de que ésta se verifique, no hay vínculo alguno entre las partes; una vez constituido éste, el mutuante no puede exigir en ninguna circunstancia (por ineficacia de un eventual *pactum adiectum pro actore*) la restitución de una cantidad cierta del mismo género mayor a la dada y, recíprocamente, el mutuario no se encuentra obligado a restituir más de aquello que recibió, aunque podría estarlo a menos, atendida la eficacia relativa (en su único beneficio) del *pactum adiectum pro reo*. Luego, esta característica del *re contrahere* se encuentra indisolublemente unida a su gratuidad: así como quien ha dado diez no puede ejercer la *condictio* por una cantidad superior, tampoco puede cobrar intereses (*usurae*), ya que éstos carecerían de causa⁵⁸. De ahí la relevancia práctica en el mercado financiero romano del *mutuum cum stipulatione* (impropiamente llamado acto *re et verbis*)⁵⁹, donde el negocio contraído *verbis* hace las veces de causa de los intereses, no así el *re*⁶⁰. En síntesis la gratuidad de la *causa credendi* mutuaría⁶¹, en cuanto (único) supuesto de *re contrahere* y, por ello, causa de una *obligatio re contracta*, es un reflejo de la naturaleza estrictamente restitutoria de su acción propia, la *condictio*. La perspectiva procesal del tratamiento de la cuestión por parte de Paulo en D. 2.14.17 pr. es la mejor prueba de ello.

57 Cfr. von LÜBTOW, U., *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und geltenden Recht, mit Beiträgen zur Delegation und Novation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965, 15.

58 Cfr. D. 12.6.26 pr. (Ulp. 26 ad ed.); D. 46.3.5.2 (Ulp. 43 ad Sab.); C. 4.32.3 (Sev. et Ant., a. 200).

59 Sobre esta denominación, véase D. 44.7.52.3 (Mod. 2 reg.): *Re et verbis pariter obligamur, cum et res interroganti intercedit, consentientes in aliquam rem*. Cfr. D. 12.1.9.4 (Ulp. 26 ad ed.).

60 Así se desprende, por ejemplo, del testimonio de Africano conservado en D. 19.5.24 (Afr. 8 quaest.), donde se alude a una respuesta de Salvio Juliano: [...] *respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi* [...]. En términos similares también Paulo, en D. 2.14.4.3 (Paul. 3 ad ed.) y D. 12.1.40 (Paul. 3 quaest.). No es este el lugar para hacerse cargo del complejo problema del *mutuum cum stipulatione*. Baste decir que todo hace creer que la fuente directa de la obligación del prestatario debió ser la *stipulatio*, no así el *mutuum*, de manera que la *numeratio pecuniae* tenía lugar *solvendi causa* (respecto de la *obligatio verbis contracta*), no *contrahendi causa*. En detalle sobre esta cuestión TALAMANCA, M., “Una verborum obligatio e obligatio re et verbis contracta”, *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, n.º 50, 1999, 7 ss., con exégesis de las fuentes más relevantes y amplia bibliografía. A favor de una especie de doble causalidad de la obligación restitutoria se manifiesta GRÖSCHLER, P., “Die Konzeption des *mutuum cum stipulatione*”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n.º 74, 2006, 261 ss., quien habla a este respecto de un *Kombinationsmodell*. Una crítica a esta última opinión en WEGMANN STOCKEBRAND, A., *Obligatio re contracta*, 141 ss.

61 Sobre la gratuidad del mutuo véase especialmente SALAZAR REVUELTA, M., *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, Jaén, Universidad de Jaén, 1999, 41 ss., 91 ss., 223 ss.; MICHEL, J., *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, Institut de Sociologie, 1962, 103 ss.

Conclusiones y perspectivas

A partir principalmente de D. 2.14.17 pr., pero también de los demás fragmentos de Paulo analizados en el presente trabajo, es posible concluir que en el pensamiento del jurista tardo-clásico las categorías del *re contrahere* y del *credere* confluían en la figura de la *mutui datio* desde el punto de vista de su accionabilidad, constituyendo una tríada de singular relevancia para comprender mejor el derecho romano de obligaciones. En efecto, Paulo no mencionaba expresamente el *mutuum* en esta fuente, y no necesitaba hacerlo: con toda probabilidad, era tan evidente para él que al exponer la estructura de la *obligatio re contracta* (oblicuamente, a través de una característica inherente a la *condictio*, cual es su naturaleza *stricti iuris* y la consiguiente ineficacia del *pactum adiectum pro actore*) se estaba refiriendo al *mutuum*, que no consideró imprescindible explicitarlo; y seguramente sus lectores tampoco requerían tal explicación, ya que ninguna otra *obligatio contracta* cumple con las características esbozadas en el fragmento. De hecho, como se destacó en la introducción, no se ha conservado texto alguno en el amplio corpus de fuentes jurídicas romanas donde se utilice la nomenclatura técnica *obligatio re contracta* o el sintagma *re contrahere* con respecto a tipos negociales distintos del mutuo. Todo lo cual confirma que la moderna categoría de los contratos reales poco tiene que ver en su construcción dogmática con la *obligatio re contracta* del derecho romano clásico.

Así las cosas, lo que se formula en la tradición gayano-justiniana en términos –por así decirlo– de derecho sustantivo, Paulo lo hace aquí desde una perspectiva accional, lo que no debe sorprender al moderno intérprete, si se tiene en consideración que el derecho romano clásico representaba esencialmente un sistema de acciones, en el cual *obligatio* y *actio in personam* no eran sino dos caras de la misma moneda, dos maneras distintas de expresar un fenómeno unitario, aunque abordable desde distintos puntos de vista. El binomio *obligatio re contracta-condictio* que se encuentra a la base de D. 2.14.17 pr. es un buen ejemplo de ello.

Referencias

- ALBANESE, B., “Per la storia del *credutum*”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo*, n.º 32, 1971, 5 - 179.
- BABUSIAUX, U., *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München, C.H. Beck, 2006.
- BIONDI, B., *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni*, Milano, Giuffrè, 1953.
- BISCOTTI, B., *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano*, Milano, Giuffrè, 2002.

- BRASIELLO, U., “Obligatio re contracta”, en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano, Giuffrè, 1930, vol. II, 539 - 587.
- BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, Padova, CEDAM, 1939.
- CARDILLI, R., *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, Jovene, 2016.
- CASTRESANA, A., *Fides, bona fides. Un concepto para la creación del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.
- COING, H., *Europäisches Privatrecht I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, C.H. Beck, 1985.
- D'ORS, A., “Re et verbis”, en Moschetti, G. (ed.), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29 IX 1948*, Milano, Giuffrè, 1951, vol. III, 265 - 303.
- D'ORS, A., “Observaciones sobre el *edictum de rebus creditis*”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Pontificia Università Lateranense, n.º 19, 1953, 134 - 201.
- D'ORS, A., “Creditorum y contractus”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Boletín Oficial del Estado (BOE), n.º 26, 1956, 6 - 29.
- D'ORS, A., “Creditorum”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Boletín Oficial del Estado (BOE), n.º 33, 1963, 345 - 364.
- D'ORS, A., “Réplicas Panormitanas I. De nuevo sobre ‘creditorum’ (Réplica a la crítica de Albanese)”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Pontificia Università Lateranense, n.º 41, 1975, 205 - 244.
- D'ORS, A., “Réplicas Panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano”, *Revista de Derecho Notarial*, n.º 88, 1975, 7 - 26.
- FIORI, R., “*Contrahere e solvere obligationem* in Q. Mucio Scevola”, en Cascione, C./Masi Doria, C. (eds.), *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, vol. III, 1955 - 1974.
- GIUFFRÈ, V., *La ‘datio mutui’. Prospettive romane e moderne*, Napoli, Jovene, 1989.
- GRÖSCHLER, P., “Die Konzeption des *mutuum cum stipulatione*”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n.º 74, 2006, 261 - 287.

- GRÖSCHLER, P., “Überlegungen zu den Klagen strengen Rechts – certum und incertum als Leistungsgegenstand”, en Piro, I. (ed.), *Scritti per Alessandro Corbino*, Tricase, Libellula, 2016, vol. III, 497 - 522.
- GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1955.
- GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 1963.
- GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 12ª ed., Napoli, Jovene, 2001.
- HONSELL, H., *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, C. H. Beck, 1969.
- JUNG, B. H., *Darlehensvaluierung im römischen Recht*, Göttingen, Wallstein, 2002.
- KASER, M., *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, C.H. Beck, 1935.
- KASER, M., *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 1993.
- KASER, M. y HACKL, K., *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 1996.
- KNÜTEL, R., “Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung)*, n.º 84, 1967, 133 - 161.
- KNÜTEL, R., *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln-Graz, Böhlau, 1968.
- KNÜTEL, R., “Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im römischen Recht”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung)*, n.º 88, 1971, 67 - 104.
- LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, Ex officina Bernhardi Tauchnitz, 1889, I.
- LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª ed., Leipzig, Tauchnitz, 1927.

- MASCHI, C.A., *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1973.
- MEDICUS, D., *Id quod interest. Studien zum römischem Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, Böhlau, 1962.
- MELILLO, G., *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, Liguori, 1994.
- MICHEL, J., *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, Institut de Sociologie, 1962.
- NELSON, H. L. W. y MANTHE, U., *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999.
- PARICIO, J., “Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana”, en PARICIO, J. (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 49 - 61.
- PASTORI, F., *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, Cisalpino – La Goliardica, 1985.
- PERNICE, A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Halle, Buchhandlung des Waisenhauses, 1873, vol. I.
- PUGLIESE, G., SITZIA, F. y VACCA, L., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2012.
- RABER, F., “Hoc animo dare”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n.º 33, 1965, 51 - 77.
- RÜFNER, Th., *Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensura constant*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.
- SACCOCCIO, A., *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustiniane*, Milano, Giuffrè, 2002.
- SALAZAR REVUELTA, M., *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, Jaén, Universidad de Jaén, 1999.
- SALOMONE, A., *‘Iudicati velut obligatio’*. *Storia di un dovere giuridico*, Napoli, Satura, 2007.

- SANTORO, R., “Per la storia dell’*obligatio*. Il *iudicatum facere oportere* nella prospettiva dell’esecuzione personale”, *Juris Antiqui Historia*, n.º 1, 2009, 61 - 124.
- SANTORO, R., “Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo*, n.º 55, 2012, 553 - 618.
- SCHIEDER, Ch., *Interesse und Sachwert. Zur Konkurrenz zweier Grundbegriffe des Römischen Rechts*, Göttingen, Wallstein, 2011.
- SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1951.
- TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
- TALAMANCA, M., “Una verborum obligatio e obligatio re et verbis contracta”, *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, n.º 50, 1999, 7 - 112.
- TALAMANCA, M., “Contratto e patto nel diritto romano”, en Burdese, A. (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, CEDAM, 2006, 37 - 83.
- VARVARO, M., *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, Giappichelli, 2008.
- VERDAM, P.J., “Riflessioni sulla validità della categoria dei contratti reali”, en *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milano, Giuffrè, 1953, vol. II, 743 - 764.
- VIARD, P.-E., *La ‘mutui datio’. Contribution à l’histoire du fondement des obligations à Rome. Première partie*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939.
- VON LÜBTOW, U., *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und geltenden Recht, mit Beiträgen zur Delegation und Novation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965.
- WEGMANN STOCKEBRAND, A., *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.
- WEGMANN STOCKEBRAND, A., “Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n.º 40, 2018, 97 - 122.

- WEGMANN STOCKEBRAND, A., “*Contrahere obligationem* en el derecho romano clásico”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. 32, n.º 1, 2019, 9 - 27.
- WEGMANN STOCKEBRAND, A., “*Causae credendi y obligatio re contracta* en las *res cottidianae*”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n.º 41, 2019, 87 - 109.
- WEGMANN STOCKEBRAND, A., “¿*Re obligamur, cum res ipsa intercedit?* Sobre el así llamado contrato real en Modestino”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 46, n.º 3, 2019, 669 - 689.
- WUBBE, F., “Gaius et les contrats réels”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n.º 35, 1967, 500 - 525.
- WUBBE, F., “I contratti reali alla fine della repubblica”, en Milazzo, F. (ed.), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-repubblicana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, 109 - 121.
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996.