

Los pactos en el Derecho romano

POR

Jesús Burillo Loshuertos

Catedrático de Derecho romano

Riccobono demostró hace años en un curso sobre este tema su importancia dentro de la sistemática de las obligaciones. Y efectivamente, los pactos han atraído el interés de los juristas. Bartolo la calificó de *materia subtilis et bona*. Baldo escribió a los veintiún años un tratado de *pactis*. Muchos juristas han comentado D. 2, 14 y disertado sobre esta áspera materia, en cuya consideración se aprecia, una vez más, que aunque el *Corpus iuris* carezca de vigencia legal, es todavía el más abundante y límpido hontanar de doctrina jurídica.

Además, Levy ha puesto de relieve, no ha mucho, la importancia primordial que los pactos revisten en el Derecho romano vulgar, importancia que ya había demostrado Vismara para el Derecho medieval y sobre la que actualmente investiga el profesor de Coimbra, Braga da Cruz.

1. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO

La noción de *pactum* no es unívoca en las varias fases del DR sino que aparece en una continua evolución que se inicia en las XII Tablas y, a través de la jurisdicción pretoria, de la jurisprudencia clásica y de la legislación imperial, llega hasta los compiladores justinianeos que, influidos por sus propias concepciones sobre la categoría de los *contractus* dan a los pactos una nueva configuración ulteriormente desarrollada por juristas bizantinos. Los glosadores y la doctrina pandectística elaboran a



su vez un concepto unívoco de *pactum* que no corresponde al auténticamente romano porque lo deducen de los textos de la compilación de Justiniano perdiendo de vista que por proceder de épocas distintas reflejan nociones diversas de la institución.

* * *

Según Ernout-Meillet, de la raíz *pāk-* alternando con *pag-* deriva la palabra *pax*, y a esta misma raíz pertenecen las formas antiguas *pacit*, *pacunt*, del verbo *pacere*, usadas en las XII Tablas. Perozzi acepta la derivación de *pactum* de *pacere* (Ist. 2 (1928) 367 ss).

Alfred Pernice (*Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, en ZSS, 9 (1888) 218) señaló que el término *pactum* aparece con frecuencia en los literatos a partir de Plauto y especialmente en Cicerón y Séneca el retórico. Estas referencias, sin embargo, han de ser tenidas en cuenta con la especial prudencia que requiere la utilización de las fuentes literarias aun cuando su autor, como Cicerón e incluso Séneca pueda estar embebido de cultura jurídica.

Perozzi, partiendo de que *pactum* deriva de *pacere* que equivale a hacer la paz, cree que originariamente sólo puede significar que dos grupos políticos en estado de guerra concertaban la paz. Quizá apoyaba su hipótesis en unas palabras de Sinio Capito que Festo (260, 13) transmite:

pacem a pactione condicionum putat dictam Sinnius Capito, quae utriusque inter se populo sit observanda.

Cuando los juicios sustituyen a la contienda armada —sigue Perozzi— *pactum* pasa a significar que la parte que podía demandar a otra se pone de acuerdo con ésta y de ahí que cese la posibilidad de iniciarse o continuar un proceso.

Rasgos de esta hipótesis de Perozzi aparecen en la ley decenviral:

2. LOS PACTOS EN LAS XII TABLAS

El primer reconocimiento de una eficacia jurídica a los p. aparece en las XII Tablas uno de cuyos fragmentos, transmitido por Cicerón, dice:

Rem ubi pacunt, orato: ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto.

cuyo significado es «si hacen la paz, pronúnciese el acuerdo; si no hacen

la paz en el comicio o en el foro (es decir: ante el magistrado o ante el juez) expongan la causa antes del mediodía».

Según Manenti y Wenger la paz entre las partes podía concertarse en cualquier estadio del proceso. Algunos avalan esta hipótesis poniendo una coma —contra la opinión de Mommsen y Bruns— detrás de las palabras *in foro*, con el fin de poner la frase *in comitio aut in foro* en relación con *ni pacunt*.

Perozzi, en cambio, cree que *pacere* era una actuación extraprocesal sólo posible antes de la etapa *in iure* y entre su final y el comienzo de la etapa *apud iudicem*. Peterlongo por su parte admite un pacto extraprocesal en cualquier momento, pero en el proceso solamente desde la *in ius vocatio* hasta la terminación de la fase *in iure*.

Al tener presente el carácter del antiguo procedimiento civil romano parece claro que la referida norma de las XII Tablas no atribuía eficacia sustancial directa a un p. concertado entre los litigantes, sino que le atribuía el efecto de evitar la acción.

Otra norma de las XII Tablas nos es transmitida por Festo:

Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto,

y otra por Ulpiano (D. 2, 14, 7, 14):

De furto pacisci lex permittit

de las que se deriva que la ley decenviral atribuía determinadas consecuencias aflictivas (talion y *addictio* a favor de la víctima) sobre la persona del autor de determinados actos ilícitos (*iniuria* y *furtum*), pero que al autor y a la víctima les permitía evitar mediante pactos tales consecuencias aflictivas. El *pactum* tampoco aquí hacía surgir una nueva relación obligacional, sino que evitaba la aplicación de una norma determinada.

Aulo Gelio (N. A. 20, 1, 46) nos dice asimismo, al comentar las XII Tablas en lo relativo a la ejecución, que el deudor condenado y el demandante victorioso podía evitar, mediante p., el procedimiento ejecutivo.

El recuerdo de esta función jurídica de los pactos como paralizadores de acción, aflora etimológicamente bastantes centurias después en la definición de Ulpiano (D. 2, 14, 1, 1-2): *pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*.

3. LOS PACTOS EN EL EDICTO DEL PRETOR

El pretor, consecuente con los principios de las XII Tablas, reconoce eficacia al *p.* concertado por las partes con el fin de renunciar total o parcialmente a una acción actual o eventual.

De ahí que la clave de los problemas que los pactos plantean haya de ser investigado en el edicto, y de ahí el deber de tomar posición ante hipótesis recientemente presentadas sobre la historia del edicto *de pactis*.

En 1958 publicó el Prof. de París, Magdelain, *Le consensualisme dans l'édit du Préteur*, un libro cuya tesis central parece inaceptable, pero cuya lectura resulta altamente estimulante y ayuda, por contraste, a iluminar cuestiones centrales del DR clásico.

Magdelain parte de una consideración: el carácter general, del edicto *de pactis* confirmado por el valor amplísimo que el término *p.* tiene en los autores literarios y en los juristas (al menos hasta el siglo I d. C.), contrasta con los exiguos efectos que en el Derecho clásico se atribuyen a tal efecto: la *exceptio pacti conventi*.

Añade, basándose en una observación de Lenel (EP 20¹) que, al no existir en el albo pretorio muestras de cláusulas edictales que sirvieran solamente para introducir una *exceptio*, hay que pensar que el ed. *d.p.* otorgase además otros medios judiciales. Magdelain busca estos supuestos medios judiciales apoyándose en dos criterios:

1. Que deban ser acciones que sancionen un acuerdo, y
2. Que se trate de acciones pretorias concedidas sin previa cláusula edictal, por ser imposible la hipótesis de concurrencia de dos edictos respecto a la misma fórmula.

De acuerdo con los dos criterios que Magdelain propone sólo se hallan las *a.b.f.* que nacen de contrato, agrupadas en el ed. XIX, menos la *a. commodati in ius* atraída al XVII *de rebus creditis* por la *a. commodati in f.* que, a su vez, se encontraba en el XVII por su semejanza con la *condictio* (esto, claro está, en opinión de Magdelain, porque como demostró d'Ors puede dudarse de la existencia de una *a. commodati in ius*). De ahí que según estas conjeturas, el ed. *d.p.* anunciaba, aunque a distancia las acciones de los contratos de *b.f.* Basa a su vez Magdelain esta opinión en dos presupuestos:

1. El primero depende de un resultado que cree haber demostrado en otro libro suyo *Les actions civiles* (1952), dura y certeramente criticado por Pugliese (SDHI, 20 (1954). 375 ss.): que el *oportere ex fide bona* sancionado con estas acciones era, originariamente, de naturaleza pretoria.

2. Que depósito, comodato y fiducia eran considerados en la sistemática del ed. como supuestos cuyo efecto obligacional nacía de la convención.

Sitúa además en el ed. *d.p.* la *a. Serviana* cuya cláusula es desconocida.

Queda trazada de este modo por Magdelain, la historia del ed. *d.p.*: originariamente regulaba cualquier medio judicial que sancionase un pacto, entendido en su más amplio significado, fuese acción o excepción. Esta configuración del ed. *d.p.* reflejada, según Magdelain, en algunos textos de Cicerón y Séneca, es válida todavía en la primera mitad del s. I d. C. Sólo a partir del momento —que Magdelain sitúa vagamente en el s. I/II d. C. sin indicar ningún acontecimiento o personalidad con que se relacione tal cambio— en que los juicios de b.f. fueron «recibidos» por el *ius civile*, aquella antigua conexión necesaria con el *de pactis* habría sido olvidada y los *pacta* habrían quedado reducidos, en la medida en que no quedaban albergados por la sanción, ahora civil, de los contratos a que se agregaban (*p. adiecta*), a producir un efecto puramente negativo de fundar una *exceptio*. En este momento la *a. Serviana* pierde también la justificación de su sede edictal. El ed. *d.p.* se encontró con que regulaba solamente la *ex. p. conventi* y asume la configuración negativa que le es propia en los juristas de los s. II y III. Simultáneamente surge la *regula iuris: ex pacto actio non nascitur*.

El *constitutum* y los *recepta* que formaban en el albo pretorio una especie contractual extraña al ed. *d.p.* tendría también su base en el consensualismo que sería el elemento que uniría a los varios *recepta*.

Resumamos el núcleo de la nueva tesis de Magdelain: el pretor se anticipó a dar sanción de una manera definitiva a toda convención. Por una parte mediante el ed. *d.p.* Por otra con los cuatro edictos relativos al *constitutum* y a los tres *recepta* (unidos «paradójicamente» por el elemento consensual), que habrían tenido una técnica diferente.

* * *

Esta revolucionaria y estimulante tesis de Magdelain, de ser cierta obligaría a desmontar muchas de las construcciones hoy vigentes. Pero, quizás por fortuna pueden presentársele importantes objeciones.

Talamanca (Labeo, 6 (1960) 270) observa que Magdelain no prueba la mayor amplitud del ed. *d.p.*, porque la base que ofrecen los textos retóricos de Cicerón y Séneca se expugna fácilmente y además no encuentra en las fuentes jurídicas una correspondencia adecuada. Si cede esta piedra angular y también la del originario carácter pretorio de los juicios de

b. f. se derrumba todo el edificio. En efecto, opina d'Ors (AHDE, 29 (1959) 722 ss.) que el pretor anunciaba en el ed. *d. p.* la defensa de los p. por dos trámites posibles: la *exceptio* y la *denegatio actionis*. Que no se refería en modo alguno a los c. de p. f. parece puede derivarse de la reserva que en aquel ed. se hace:

...*quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principium neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt.*

Tal reserva era innecesaria tratándose de las a. b. f. ya que ésta, por sí misma impedía la protección de lo doloso, ilícito o fraudulento. En cambio tal reserva tenía más sentido si se trata de p. propiamente dichos, es decir, renunciaciones (totales o parciales) de acción. Tampoco el ed. *quod metus causa gestum erit*, a que Magdelain se refiere citando la observación de Lenel (EP 20'), se refería a los contratos, donde el *metus* quedaba ya reprimido por las exigencias de la b. f., sino a los *gesta* propiamente dichos, que quedaban fuera del alcance de las a. de b. f.

En consecuencia, parece lo más probable que el pretor, en el ed. *d. p.* se refiriese exclusivamente a los p. de exclusión de acción, principalmente la *transactio*, y no a los p. *adiecta*, que ya quedaban sancionados por las mismas a. de b. f. Y esto explicaría la colocación del ed. *d. p.* en sede procesal, allí donde se trataba de los preliminares del proceso. Por otra parte que el *constitutum* y los *recepta* no fueran llamados *pacta* se explica perfectamente si tenemos en cuenta que servían para agravar la situación del deudor, lo que resulta el efecto contrario al de los pactos.

De ahí que, de acuerdo con Kunkel, d'Ors, Talamanca, Brasiello, Amirante, aunque no haya que ocultar que, en lo relativo al ed. *d. p.* y a la historia de los contratos consensuales, las doctrinas tradicionales pueden ser sometidas a revisión en muchos puntos, las preferimos a la revolucionaria conjetura de Magdelain.

* * *

En el Digesto y en el Código los pactos aparecen en una sede posterior a la *in ius vocatio*. Quizá este hecho indujo a Karlowa (1388 ss.) a suponer que el ed. pretorio había situado los pactos en este mismo orden y así quedarían conectados con el antiguo significado que los pactos tenían en el *ius gentium*. Los juristas Ulpiano y Paulo, en cambio, comentan el ed. *d. p.* antes de la *in ius vocatio* y cree Karlowa que esta inversión vino determinada para desconectar los p. del proceso, es decir, para atribuir a los p. la función de renunciaciones al proceso.

Lenel, y antes que él Rudordf, sitúa el ed. *d. p.* en una sede anterior al ed. *de i. i. vocando*.

Hubo también una controversia entre Manenti, Bonfante y Koschaker, por una parte, y Lenel, siguiendo a Crusius (m. en 1676) y Rudordf acerca del tenor literal de la rúbrica. Creemos que Lenel está en lo cierto por la solidez de la base textual de su reconstrucción.

Respecto a la expresión *pactum conventum*, Karłowa, Mitteis y Kübler creen que se trata de un asíndeton (omisión de conjunciones) de dos sustantivos. Manenti, Bonfante y Koschaker creen que *conventum* es adjetivo. A nuestro modo de ver, siguiendo a Volterra, se trata simplemente de una expresión pleonástica.

* * *

Después de las precedentes precisiones podemos adentrarnos en el contenido de los p.

Ya hemos indicado que el pretor, en el ed. *d. p.* se refiere exclusivamente a los p. de exclusión de a. que no engendran una relación jurídica nueva entre las partes, ni una *obligatio*, aunque también hay otros pactos que modifican una relación jurídica ya existente. Como la finalidad del p. es evitar las consecuencias de un juicio, también cuando el sujeto pasivo entable la a. contra el sujeto activo, el pretor puede conseguir el objetivo del p. concediendo al demandado una *exceptio* que impide la condena. En la práctica, a causa de la *l. c.*, la relación obligatoria deducida en un juicio legítimo quedaba extinguida.

Gracias al proceso formulario se atribuye asimismo eficacia a los p. con los que los sujetos de una relación obligatoria reconocida por el *ius civile* intentan reducir sus efectos. Claro que esto era posible sólo en ciertos negocios jurídicos y respecto a reducciones que no atacasen la sustancia de los mismos, y naturalmente, estos pactos de renuncia o reducción de los efectos de un neg. *iuris civilis* no pueden eliminar la acción primaria, de tal modo que también se tienen en cuenta merced al juego de la *exceptio*.

Con el mismo sistema, aquel que tiene la propiedad u otros derechos reales sobre una cosa puede, mediante pacto, permitir a otros el ejercicio de una determinada actividad sobre la cosa (p. ej.: el contenido de una servidumbre, el uso de la cosa para un fin determinado...). Si el titular de la propiedad o de otro derecho real, a pesar del pacto, entable la acción competente, el pretor concede al demandante una *exceptio p. conventi* para evitar la condena.

Se comprende, por consiguiente, que aquel que mediante pacto cierta no demandar o renunciar plena o parcialmente a los efectos de un negocio *iuris civilis*, o soporta que un tercero desarrolle una determinada actividad sobre la cosa o reducir el ejercicio de un derecho real, en la práctica se abstendría de demandar con una acción, ineficaz debido a la *exceptio*, y, por tanto se comportaría de acuerdo con el pacto.

Por otra parte los pactos pueden modificar las relaciones típicamente determinadas por el *ius civile* en los negocios sancionados con *iudicia bonae fidei*. Esto aunque el objeto de estos p. no sea el no entablar una acción, o no entablarla durante cierto tiempo o respecto a determinada persona, sino el disminuir, aumentar o modificar los efectos del negocio jurídico. Y aunque estas modificaciones no puedan alterar los elementos esenciales del negocio jurídico, sí pueden aportar variaciones en lo que la doctrina llama elementos naturales y elementos accidentales (ej.: D. 18, 1, 72).

Si la reducción, modificación o aumento se determinan, *in continenti*, es decir, en el momento de formación del negocio jurídico principal *iuris civilis*, el p. se compenetra con él, porque la declaración de voluntad que daba vida al negocio *iuris civilis* era simultánea a la que daba vida al p. de tal manera que uno y otro podían considerarse procedentes de una declaración unívoca. Así lo expresa Ulpiano D. 2, 14, 2, 5. observando que:

Quin immo interdum [nuda pactio] format ipsam actionem, ut in bonae fide iudiciis; solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut, si quidem ex continenti pacta subsequuta sunt, etiam ex parte actoris insunt.

* * *

La única afirmación de que los p. *in continenti facta* se incorporan a la *stipulatio*, se encuentran en D. 12, 1, 40 (*Paul. 3 quaest.*) la célebre *lex lecta* (así llamada por los medievales en atención a las palabras que la inician: *Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi...*), incluida entre los *septem leges damnatae*. En ella se leen las palabras *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*, que Riccobono, Kerr y Stoll, consideran interpoladas por los compiladores, mientras que otros autores han demostrado su genuinidad. Algunos creen que esta incorporación sólo ocurría en las *cautiones*.

* * *

No podían tener el mismo efecto los llamados *p. ex intervallo*, concertados entre las partes después de la formación del negocio *iuris civilis*, los cuales sólo daban lugar a una *exceptio*.

A los pactos agregados a los *b. f. iudicia* se les denomina, desde la Edad Media *pacta adiecta*, expresión ajena a las fuentes romanas.

Dado que en los juicios de *b. f.* el juez debe hacer una interpretación más flexible de las declaraciones de las partes, a fin de adecuar sus efectos al tipo de negocio que realmente quisieron hacer y a las modalidades accidentales que quisieron positivamente introducir en él, los *p.* que las partes agregan son tenidos en cuenta por el juez sin necesidad de modificar la fórmula, de suerte que los sancionan las mismas acciones del contrato, y las *ex.* no han de ser necesariamente introducidas en la fórmula sino que se pueden alegar ante el juez.

* * *

Como puede apreciarse en las fuentes, los pactos se presentan progresivamente a los juristas no sólo con el efecto de renunciar a una acción o de contribuir a formar el negocio de *b. f.* sino con la eficacia mayor de aportar directamente modificaciones a los contratos. De un modo casi insensible el *p.* asume la función de contribuir a forjar también la *obligatio* hasta convertirse, cuando el *pactum* es *ex continentisubsecutum*, en parte integrante de la voluntad que da vida al negocio; de todos modos, en los períodos más brillantes de la época clásica el contrato no se identifica con el *p.* que se le incorpora —a pesar de Magdelain— sino que el contenido de cada contrato viene determinado por aquellos pactos que lo especifican y de ahí que puedan intercambiarse a veces ambos términos.

La mejor ilustración de la función del *p.* adjunto está sin duda en la fiducia. El *p. conventum* añadido a la fiducia no es todo el negocio, sino el documento que le da su sentido; se aprecia muy bien esta relación en la Fórmula Bética (Bronce de Bonanza) estudiado por d'Ors, *Epigrafía jurídica de la España romana* (1953) 431 ss.

* * *

Ahora bien, paralelamente al desarrollo de la teoría de los *contractus*, según la cual el elemento de la voluntad adquiere un carácter cada vez más preponderante, los juristas comienzan a analizar los elementos constitutivos de los *p.*, atribuyendo cada vez mayor relieve al elemento *consensus*, y a resaltar sus efectos. El significado de *p.* y *pactio* se aleja pau-

latinamente de su originario carácter y propende a proximarse al de la *conventio* en el s. III, esto es, al de acuerdo que persigue un fin negocial. Gayo D. 20, 1, 4 llega a decir, *contrahitur hypotheca per pactum conventum*.

* * *

4. LOS PACTOS PRETORIOS

La doctrina romanística incluye bajo esta denominación ciertos acuerdos no basados en causas especificadas por el derecho civil y, por consiguiente, imposibles de incluir entre los *contractus* e incapaces de dar vida a una *obligatio*.

Los p. p. se distinguen de los otros tipos de pacto, porque el pretor los sanciona mediante acciones *i. f.* De ahí que en la Edad Media se les denominase *p. vestita*, en contraste con los *nuda pacta* que no producen a.

Sabemos que esta sanción pretoria con *a. i. f.* no se limitaba a los llamados p. p. sino que ocurría asimismo en otros supuestos clasificados después por los compiladores con diversas denominaciones (por ej.: los c. innominados). De ahí que la categoría de los p. p. sólo tenga valor sistemático respecto al derecho justinianeo y comprenda las únicas figuras defendidas por *a. i. f.* no acogidas en otros tipos contractuales.

Siguiendo una clasificación tradicional examinaremos:

A. El p. de juramento.

B. El *constitum debiti*.

C. Los *recepta arbitrii; nautarum, cauponum, stabulariorum; argentarii*.

A) Pacto de juramento.

Mediante él dos sujetos entre los que existía una controversia judicial o extrajudicial conciertan o no hacen valer su propia pretensión respecto al otro, o bien cumplir la prestación que el otro pretendía si juraba que tenía derecho. De ahí que pudiera tener lugar no sólo una vez iniciado un juicio sino también antes de incoarse.

De todos modos, el juramento pactado no tiene efecto absolutamente decisorio: si jura el demandado, queda defendido ante una nueva reclamación por medio de una *exc. iurisiurandi* (o una *denegatio actionis* del magistrado); si jura el demandante, no podía acudir a la acción ejecutiva, sino a una *a. i. f. ex iureiurando*, que daba el pretor por el acto ilícito de resistir a la decisión jurada que se había convenido. Según el tenor del



edicto, en el juicio así intentado no se constata el fundamento de la pretensión, sino únicamente si había tenido lugar el juramento (*an iuraverit*). El que se afirma acreedor podía, por lo tanto elegir entre demandar con la acción principal o con la basada en el juramento. Esta última era más ventajosa en cuanto que la única prueba que el demandante debía aportar era la de la efectiva prestación del juramento.

Como puede observarse en los títulos del D. y del C. dedicados al *iusiurandum*, los compiladores justinianos presentan confundido este juramento pactado, que era voluntario y posible en toda clase de acciones, con el juramento decisorio (*iusiurandum in iure*, llamado *necessarium*).

B) *Constitutum debiti*.

Las bases de la moderna orientación de la doctrina romana sobre el desarrollo histórico y la configuración dogmática del *c. d.* fueron establecidos por el célebre artículo de Bruns, *Das constitutum*, en *Zeitschr. f. R. gesch.*, 1 (1891) 28-130, al que corresponde el mérito de haber demostrado su función característica. Otros estudios fueron llevados a cabo por Philippin, Astuti, d'Ors, Roussier, Tondo, Frezza.

La expresión *constitutum debiti* quiere decir asignar al deudor una fecha para el pago de una deuda vencida. La concesión de un plazo (o un nuevo plazo) al deudor es propiamente un *pactum*, que da una exc. para defenderse contra una reclamación anterior al vencimiento del plazo; pero el *constitutum* es algo más que un p. de aplazamiento (no aparece en los clásicos como p.), pues equivale a una promesa de pagar en el plazo fijado lo ya debido: una promesa que, por no ser estipularia, no produce efecto novatorio. En un principio la deuda objeto del *constitutum* había de ser una deuda crediticia (así se confirmó hace unos años en la conexión que aparece en P. Ryl. 474 en cuyo fragmento *a*, al menos en el verso se trata de *pecunia constituta*). Luego se admitió su aplicación para deudas no-crediticias, a las que el *constitutum* venía a dar un carácter semejante al de las deudas crediticias; en este sentido, el *constitutum* era una forma de *abire in creditum* (acto de conversión crediticia). Esta extensión, de todos modos, no alteró la antigua reducción del *constitutum* a las deudas de objetos fungibles; a ellos concretamente se refiere aquí la palabra *pecunia (p. constituta)*.

Labeón conoce tanto la *a. d. p. c.* como la razón de su origen (D. 13, 5, 3, 2. *Ulp. 27 ed.*).

Ahora bien, la deuda «constituída» podía ser propia (*c. debiti propria*) o ajena (*c. debiti alieni*); en el segundo caso, cumplía función de fianza.

A Juliano debemos (Frezza, 338) la profundización analítica de una posible estructura trilateral del *c. debiti*, o sea el *c.* hecho ya a un sujeto distinto del acreedor, o por otro sujeto distinto del deudor. Las fuentes presentan varias hipótesis de *constituere pro alio* y de *constituere alii* (i. e. a un sujeto distinto del acreedor).

Se entiende que, mientras en el *c. pro alio* la relación interna entre el *constituens* y el deudor no condiciona la validez del negocio, en el caso de *c. alii* la relación entre el tercero y el acreedor es un presupuesto de la validez del *constitutum*; y, en consecuencia, en el caso de ausencia de tal relación, el *c.* es nulo, como pacto a favor de tercero.

Los textos nos informan de una serie de decisiones todas igualmente caracterizadas por la presencia de tres sujetos en el negocio jurídico de que se trata: o frente al deudor están el acreedor y un tercero; o frente al acreedor están el deudor y un *constituens pro alio*. En todas estas decisiones está presente la influencia de Juliano tenido constantemente en cuenta por Ulpiano en su comentario al *ed d. pecunia constituta*.

* * *

Hemos dicho que el *c.* no tiene efectos novatorios y deja utilizable la *a.* anterior (principalmente la *condictio*), pero la *a. d. p. c.* es más ventajosa para el acreedor, por cuanto el demandado debía hacer una *restitutio dimidiae partis* (en la *condictio*, tan sólo *tertiae partis*), es decir, debía por ella pagar, en caso de condena, una mitad más en concepto de pena (*poena temere litigantium*).

Esta nueva *a. i. f.* era anual y pasivamente intransmisible, aunque ya el d. clásico admitió excepciones para lo uno y lo otro. Frezza (230) afirma el carácter originariamente penal de la *a. d. p. c.* apoyándose en dos consideraciones:

1. El supuesto del *c. debiti* no puede incluirse en la tipología contractual romana. Si de este supuesto no contractual surge una *a.* es preciso pensar en su originaria naturaleza penal ya que *ex pacto actio non nascitur*.

2. En el *ed.* está conexas con la *sponsio dimidiae partis* y esta *sponsio* era penal.

A estas consideraciones podríamos añadir la de Levy, *Privatstrafe und Schadenersatz* (1915), según el cual todas las *a.* pretorias *i. f.* tienen un origen penal, hipótesis que se va comprobando paulatinamente.

Como la misma *condictio*, la *a. d. p. c.* admite el juramento decisorio (*iusiurandum in iure*). Otra posible ventaja para el acreedor era tal vez la

de que la redacción *i. f.* (sin invocación del *oportere*) permitía un aumento de la condena con los intereses moratorios. No presentaba ventaja, en cambio, la prueba de esta *a.*, pues, al invocarse en su fórmula una deuda existente, el demandante debía probar, no sólo el *constitutum* mismo, sino la existencia de la deuda; es decir, el *constitutum* era acto causal y no abstracto.

El ejercicio de la *a.* primaria (p. ej. la *condictio*) impedía el ejercicio de la nueva *a.* pretoria, por falta de «deuda»; y el mismo efecto, *viceversa*, producía mediante *exceptio*, el ejercicio de esta nueva *a.* respecto a la otra.

En la época de Justiniano, desaparecida la *restipulatio dimidiae partis* así como, por otro lado, el carácter estricto de la *condictio* a efecto de los intereses moratorios, la nueva *a.* perdió su específica ventaja para el acreedor. El *c.* se convirtió en un simple plazo de espera para el deudor de cualquier deuda, incluso de cosas no fungibles, y fue calificado de *pactum*, aunque por producir *a.*, de pacto vestido.

El *c. debiti alieni*, por su parte se asimiló a la *fideiussio*, por lo que fue extendido el *beneficium divisionis* propio de la fianza justiniana.

C) *Recepta*.

La rúbrica edictal *De receptis* (tít. XI), que concluye la primera parte del ed. pretorio, abarca tres capítulos distintos dedicados el 1, al *r. arbitri*, el 2, al *r. nautarum, cauponum, stabulariorum*, el 3 al *r. argentarii*.

La justificación de la sede de esta rúbrica viene dada por el 1 de los tres edictos. El procedimiento voluntario arbitral como sucedáneo del proc. jurisdiccional coactivo, en todo lo que puede referirse a la intervención de la colectividad política en el desarrollo de este tipo de procedimiento, es regulado por el pretor en la parte preliminar del edicto, en la cual se consideraban tanto los medios introductorios del proceso ordinario como los que tendían a evitarlo. Los otros dos capítulos fueron atraídos por el primero en aquel orden de la materia edictal que Mommsen llamó desorden del edicto.

El único ligamen entre los tres capítulos no lo da el consentimiento como dice Magdelain, lo da la palabra *receptum* que aun teniendo el sentido general de asunción de responsabilidad se matiza según la fisonomía de cada uno de estos negocios.

Examinaremos los *recepta* siguiendo el orden edictal.

Receptum arbitri. El procedimiento clásico presenta una forma combinada entre un acuerdo de arbitraje convenido libremente por las partes

y una instrucción dirigida por el magistrado. Pero era también posible a los litigantes el convenir un arbitraje sin intervención del magistrado, sometiendo la cuestión controvertida a un árbitro designado por las mismas partes y sin someterse a los trámites del procedimiento ordinario.

Un simple acuerdo de arbitraje podía constituir un *pactum*, pero no tendría entonces más efecto que el negativo de la *exceptio*. Para conseguir la exigibilidad del convenio era necesario que las partes se obligaran recíprocamente por medio de promesas solemnes de pagar una multa en caso de desacato al fallo arbitral (*stipulationes poenae*), que podían garantizarse con prendas. Este negocio de arbitraje comprometido se llama *compromissum*.

Un compromiso vincula a las partes que lo contraen pero no vincula al árbitro elegido para decidir la controversia. Para que éste se encuentre en el deber de fallar la que se le ha sometido, debe aceptar el encargo (*r. arbitrii*). Una vez aceptado las partes compromisarias disponían de una *a. i. f.* contra el árbitro que se negaba a dar su arbitrio. Este no tenía por objeto las eventuales multas, sino el fondo de la cuestión; las multas debían ser reclamadas eventualmente por la acción ordinaria. Una vez recaído el fallo arbitral, se producía un efecto consuntivo similar al de la sentencia ordinaria en virtud de una *exc. veluti pacti*. De este modo el pretor, sin intervenir en el arbitraje, daba eficacia al *compromissum* y al *receptum arbitrii*.

Arangio Ruiz y Pugliese Carratelli en sus estudios sobre las Tablillas de Herculano han demostrado, frente a opiniones discrepantes, no sólo que las decisiones arbitrales no correspondía a fórmulas judiciales sino que su contenido podía ser distinto del pago de una cantidad de dinero.

Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. Siguiendo una práctica del d. helenístico, el *conductor* podía asumir una responsabilidad total si hacía una declaración expresa en ese sentido (*receptum*) que podía ser de carácter general, por ejemplo mediante un anuncio fijado en el establecimiento (*res salvae fore*).

La jurisprudencia, desde Labeón, consideró que aun sin tal declaración existía un *receptum* tácito por parte de los navieros, posaderos y estableros, pero, de hecho, limitó tal responsabilidad al tipo de *custodia* y la misma a. contractual sirvió para exigir esa responsabilidad por los efectos recibidos, salvo pacto en contra.

Parece que esta agravación de responsabilidad fue motivada por la falta de confianza que respiraba el ambiente de los *nautae*, *caupones* y *stabularii*, del que se hace eco Ulpiano y algunas inscripciones y que Friedländer describe con vivos colores.

Parte de la doctrina configura a este tipo de *r.* como un pacto defendido con la *a. i. f. de recepto*.

Brecht, De Dominicis, De Robertis, Mitteis, Arangio-Ruiz, Taubenschlag señalan el paralelo de este *r.* con los usos de los banqueros del río Nilo (*ναυλωτικαί*).

Receptum argentarii. Su nombre indica, no sólo que se trata de un negocio propio de los banqueros, sino también, como se lee en la Paráfrasis de Teófilo (4, 6, 8) que sólo los banqueros están legitimados para él.

En opinión de Mitteis y Partsch la dependencia del mundo bancario romano del mundo y usos helenísticos y la significativa analogía entre las terminologías técnicas de uno y otro, permiten suponer probable la hipótesis de que la regulación del *r. a.* constituya un caso seguro de recepción en Roma de una institución desarrollada en el ambiente internacional de los negocios, dominado por los usos y la mentalidad helenística.

1. Desde el punto de vista subjetivo: la obligación del banquero *recipiens* se perfecciona con la adhesión del acreedor, análogamente a lo que ocurre con el *c. debiti*. La opuesta opinión de Bekker, no parece sostenible.

En D. 13, 5, 27 (*Ulp. 14 ed.*), debidamente criticado, se aprecia la estructura del negocio y su funcionamiento. En él un *argentarius* interviene en un neg. obligacional en el que una o ambas partes son clientes suyos, para garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación del deudor. El texto demuestra asimismo que el *argentarius* podía asumir la responsabilidad *ex recepto*, no solamente sin, sino incluso contra la voluntad del deudor (aunque Labeón concede una excepción refutada por Pomponio). Demuestra además que, a semejanza del *c. debiti alieni*, la responsabilidad del *receptum* surge en el momento en que el acreedor se adhiere a la declaración del banquero:

2. Desde el punto de vista objetivo:

a. El *r.* es un negocio no formal, a pesar de una constitución de Justiniano C. 4, 18, 2 pr., que indujo a Bruns, Karlowa y Platon a creer que los *sollemnia verba* de que habla Justiniano se referían a la forma del negocio. Se refieren, en cambio, a la fórmula de la *a. recepticia* que era *sollemnibus verbis composita*, i. e. compuesta según el inmutable modelo del edicto.

b. Cualquier obligación puede ser objeto de *r.*

c. La obligación del *r. a.* tiene carácter abstracto, a diferencia del *constitutum*.

d. Sólo puede subsistir *pro alio*, a diferencia del *constitutum*.

3. La *a. recepticia*, pretoria e *i. f.*, aunque no penal, es perpetua y transmisible activa y pasivamente.

4. El banquero ejercitaba el regreso respecto a su cliente mediante la *a. mandati contraria* o la *a. negotiorum gestorum*.

5. En la Nov. 136 (1 abril 535) Justiniano modifica lo dispuesto en la Nov. 4 (emanada 18 días antes) en la que declaraba que los banqueros no gozaban del *beneficium ordinis seu excussionis*. La corporación bancaria había presentado una protesta por medio del *comes sacrarum largitionem* Strategius, al que el emperador dirige en respuesta la Nov. 136.

* * *

Por lo dicho se observa que este negocio es similar al *constitutum debiti alieni*, del que se diferencia por la cualidad profesional del demandado, pero, sobre todo, por el carácter abstracto de la acción: el acreedor no tiene que probar la existencia de la deuda asumida, sino tan sólo el acto mismo de la asunción bancaria, que hace nacer una obligación independiente de la primaria, en la que tenemos un precedente del negocio moderno de la letra de cambio.

* * *

La praxis postclásica, que había heredado de la última época clásica la importancia creciente del *c. debiti alieni*, sentía la necesidad de aproximar el *c. d. alieni* por una parte al *receptum* y por otra a las formas clásicas de garantía personal de las obligaciones.

Justiniano declara abolida la *a. recepticia* y al querer *ampliare naturam actionis pecuniae constitutae* dándole la misma amplitud de aplicación que la *stipulatio*, por una parte debe decidir cuestiones propias de la regulación del *constitutum* en relación con el *receptum* (afán de mantener el carácter causal del *constitutum*, en relación con el carácter abstracto del *receptum*), por otra quiere mantener la amplísima esfera de aplicación que el *r.* tenía en la praxis bancaria oriental y occidental y, como esta praxis se habría orientado hacia el uso de *cautiones* escritas, demandables tanto *ex stipulatu* como *ex antiphoneseos (ex constituto)*, así habiendo declarado *supervacua* la acción *recepticia*, el emperador aclaraba su pensamiento en armonía con la praxis de su época, reduciendo la diferencia entre *stipulatio* y *constituta pecunia* a una *quaestio voluntatis*.

Justiniano funde el *r. argentarii* con el *c. d. alieni* aboliendo el régimen propio del *r.* clásico. Pero el resultado que alcanza con su reforma es más bien sistemático y escolástico que práctico, porque la praxis bancaria

podía seguir exigiendo la protección de los negocios bancarios como abstractos, problema al que se refiere C. 4, 18, 2 que mantiene la posibilidad de un *constitutum* abstracto cuando se pacte expresamente. Es decir, se crea un negocio que lleva el nombre de *constitutum* pero mantiene el carácter y disciplina del *receptum* abstracto.

De ahí que el interrogante de Collinet acerca de si el *r.* había penetrado en la praxis oriental, parezca ocioso si consideramos que no era la denominación jurídica sino el carácter abstracto lo que la praxis bancaria había impuesto tanto en Oriente como en Occidente.

Sin embargo el testimonio histórico de Justiniano es verídico en el sentido literal, de la palabra: *recepticia actione cesante*, ya que la praxis postclásica había rehusado esta *a.* escogiendo para los negocios de banca la *a. ex stipulatu* y la *a. d. p. constituta*, en las cuales se podía encontrar ahora la adecuada protección para un negocio que las partes podían construir bien como abstracto o bien como causal.

5. PACTA LEGITIMA

Se designan así los pactos reconocidos por constituciones imperiales y tutelados mediante una *a.*: la *condictio ex lege*. Tales pactos originan una relación obligatoria.

Unicamente por influencia de la antigua clasificación escolástica de las obligaciones persisten estos pactos diferenciados de los *contractus*, porque Paulo (D. 13, 2, 1); *si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est*, tiene idea clara de que son constitutivos de *obligationes*, dada la equiparación de las constituciones imperiales a las fuentes del d. civil.

Pueden clasificarse como pactos legítimos el *compromissum*, el pacto de constitución de dote y el pacto de donación.

A) *Compromissum*.

Ya nos hemos referido a él al tratar del *r. arbitrii*. Baste añadir que un examen de las fuentes permite constatar que es autónomo respecto a las estipulaciones penales que le acompañan con carácter accesorio y con el efecto de asegurar que las partes observen la decisión arbitral que tiene carácter definitivo: C. 2, 55, 1.

En d. postclásico la *poena* se convierte en elemento típico del *compromissum*: no depende ya de las formalidades de la *stipulatio*, sino de la *conventio* de las partes (C. Th. 15, 4, 9, de Arcadio y Honorio, 395; C. 2, 55, 5 pr., del 530).

Justiniano declara la obligatoriedad de una *conventio de compromissum* avalado por el juramento de las partes y del *arbiter*, y la validez del compromiso cuando las partes se hayan adherido por escrito a la decisión arbitral y no la hayan impugnado en el plazo de los seis días posteriores a su emanación. Para su cumplimiento, cada una de las partes puede demandar con una a.

El compromiso jurado es abolido en la Nov. 82, 11, 1 de Justiniano. La parte que rehusa someterse al fallo arbitral debe pagar la pena e iniciar el juicio ante el juez ordinario, el cual debe percibir del demandante la cantidad en que la pena consiste y darla al demandado.

B) Pacto de constitución de dote.

Una constitución de Teodosio II y Valentiniano (C. Th. 3, 13, 4; C. 5, 11, 6), del 428 ordena que el simple pacto de constituir la dote, aunque no se realice en forma de *dotis dictio* o *stipulatio* vincula al que se compromete a constituir la, en el sentido de que puede ser demandado si no cumple. En esta constitución imperial se usa en sentido técnico la palabra *pollicitatio*.

C) Pacto de donación.

Una constitución de Justiniano (C. 8, 53, 35; 5, 2, 7, 2) del 530 declara que el p. mediante el cual una persona se obliga a hacer una donación a otra crea un vínculo obligatorio sancionado por una a. para coaccionar a la *traditio* de la cosa objeto de la donación.

Algunas fuentes (FV. 314; C. Th. 8, 12, 4 y otras) mencionan una constitución de Antonino Pío, cuyo contexto es difícil reconstruir, que según una discutida hipótesis, parece admitir la obligatoriedad del pacto de donación entre ascendientes y descendientes.

6. LOS PACTOS EN EL DERECHO ROMANO VULGAR

En el Derecho vulgar el fenómeno quizás más interesante en relación con los pactos, indicado por Riccobono hace años y recientemente por Levy y Kaser, es la progresiva desaparición del contraste existente entre *stipulatio* y *pactum*. La transformación de la *stipulatio* en un documento la aproximó mucho más al pacto, tanto que se hizo problemática la posibilidad de mantener separados ambos negocios, ya que también los pactos podían redactarse en un escrito y así ocurría en los casos más impor-

tantes. En algunos supuestos la única diferencia consistía en que el documento estipulatorio contenía la cláusula *καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησεν* (-σα) = *et interrogatus spondit (t)*, que no aparece en el documento que contenía el pacto. Y como indica Levy, a fin de cuentas, Justiniano llega esencialmente a la misma disolución de la *stipulatio* y a su equiparación con el *pactum*, disolución ya alcanzada antes por el Derecho vulgar en Oriente y Occidente.

7. LOS PACTOS EN LA CONCEPCIÓN BIZANTINA

De modo paralelo a la evolución amplificativa del concepto de *contractus*, diversos fenómenos como la supresión del pretor como órgano jurisdiccional, la creciente importancia atribuida a los pactos desde el punto de vista judicial y sustantivo, la tutela de algunos de ellos mediante acciones civiles, la creación de nuevas figuras de obligación no incluidas en los *contractus* pero con su misma eficacia, contribuyen a atenuar gradualmente la diferencia entre p. y contratos, aunque la generalización de la categoría contractual sobre la base del convenio constitutivo de obligación no llevó a una sistemática completa de las fuentes de las obligaciones sino que perduraron inexplicablemente ciertos residuos del sistema clásico en su noción restrictiva del contrato, más bien por afanes escolásticos que por corresponder a exigencias jurídicas concretas.

Para los bizantinos *pactum* es sinónimo de *conventio*. Simultáneamente tienden a considerar los contratos como *pacta*. Esta doctrina que aflora ya en los textos interpolados de la compilación justiniana es ampliamente desarrollada en los escolios a los Basílicos y encuentra una vasta formulación en la *μελέτη περὶ φίλων συμφόρων*, *meditatio de nudis pactis*, obrilla griega anónima de la época de Constantino Nonómaco, emperador contemporáneo del patriarca Miguel Cerulario, del siglo XI.

Los glosadores amplían estas concepciones que penetran en la doctrina del d. común hasta los pandectistas.

Se distinguen los p. vestidos de los *nuda pacta*. Los primeros son convenios confirmados por el d. positivo y generadores de obligación. Dentro de ellos se incluyen los pactos agregados (*p. adiecta*), los *p. pretorios* y los *p. legitima* configurados por la tardía legislación imperial.

Según algunos autores en los pactos vestidos se incluirían también los contratos, por la idea de que el p. puede ser *vestitum, re, verbis, litteris, ex solo consensu* o incluso *interventu rei*, como en los contratos innominados. Esta última opinión bastate secundada en la teoría y praxis del XVII y XVIII es formulada por Schneidewin (en latín *Oinotomus*), jurista alemán del siglo XVI.

De acuerdo con estas doctrinas posteriores los *nuda pacta* no producirían obligaciones civiles sino naturales, opinión bien fundada desde el punto de vista dogmático, como indica Riccobono.

* * *

La evolución de los pactos en sus múltiples facetas y consecuencias se refleja tanto en la doctrina del contrato, en el proceso del formalismo al consensualismo, como en la formación y decadencia de la *stipulatio*, donde aflora, sobre los *verba*, la convención.

Por otra parte —de acuerdo con Alvaro d'Ors— las teorías posteriores sobre los pactos, prueba de hasta que punto «un tratamiento antihistórico del Derecho romano no logra tampoco desembarazarse del orden históricamente concreto que intenta superar», han sido abandonadas a consecuencia del estudio y reconstrucción del Derecho romano según un método histórico.

Para redactar esta lección se han tenido en cuenta primordialmente las obras enumeradas a continuación, de las que, en ocasiones, se transcriben párrafos y expresiones:

LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (1956).

MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur* (1958).

D'ORS, *Elementos de derecho privado romano* (1960).

VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* (1961).

FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. I. Le garanzie personali* (1962).