

SOBRE EL ASÍ LLAMADO CONTRATO REAL EN LAS INSTITUCIONES DE GAYO

[On the so-called Real Contract in the Institutes of Gaius]

Adolfo WEGMANN STOCKEBRAND*
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

En sus *Institutiones*, Gayo presenta una cuatripartición de las *obligationes ex contractu*, según la cual éstas pueden nacer *re, verbis, litteris* o *consensu* (Gai. 3,89). Al explicar en qué consiste la *obligatio re contracta*, Gayo se refiere única y exclusivamente a la *mutui datio* (Gai. 3,90), para luego dudar del carácter contractual (no así del real) de la *solutio indebiti* (Gai. 3,91), constituyendo ésta, por así decirlo, una obligación real extracontractual. En efecto, no encontramos en el manual gayano referencia alguna a otros supuestos de *re contrahere* distintos del mutuo. Esta noción de *obligatio re contracta* concuerda plenamente con otras fuentes de época

ABSTRACT

The *Institutiones* by Gaius sets forth four orders of *obligationes ex contractu*, according to which these may be concluded by *re, verbis, litteris* or *consensu* (Gai. 3,89). When explaining *obligatio re contracta*, Gaius solely refers to the *mutui datio* (Gai. 3,90), and then he hesitates whether *solutio indebiti* (Gai. 3,91) is (unlike the real one) of a contractual nature, which becomes, so to speak, a non-contractual real obligation. In point of fact, Gaius work has no references of other assumptions of *re contrahere*, apart from the mutuum. The *obligatio re contracta* notion is fully consistent with other sources of the classical period, since obligation in Roman law is specifically *contrahe re* by

RECIBIDO el 15 de diciembre de 2017 y ACEPTADO el 3 de marzo de 2018

* Doctor en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de derecho privado (derecho romano y derecho civil) en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: aawegman@uc.cl. Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1170316 *The Systematisation of Roman Law*, del cual el autor es coinvestigador.

clásica, ya que para la jurisprudencia romana se contrahe *re* una obligación específicamente por medio de la transferencia de dominio (*datio rei*) de cosas fungibles, pudiendo exigirse la restitución del valor económico de las mismas (*quanti ea res est*) a través de la *condictio*, una acción de estricto derecho. Sin embargo, esta situación contrasta con la tradición romanística posterior, que desarrolló una categoría de los contratos reales (*contractus re*) compuesta por el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda, es decir, extendida a figuras que no suponen una transferencia de dominio.

PALABRAS CLAVE

Contrato real – *obligatio re contracta* – mutuo – *mutui datio*.

delivery of fungible goods (*datio rei*), where the restitution of the economic value of those (*quanti ea res est*) may be enforced by way of *condictio*, which is a strict legal action. Nonetheless, this situation contrasts with the subsequent Roman traditions, which developed a category of real contracts (*contractus re*) made up by the mutuum, commodatum, deposit and the pledge that reaches legal concepts that do not entail the delivery of the goods.

KEYWORDS

Real contract – *obligatio re contracta* – mutuum – *mutui datio*.

INTRODUCCIÓN

La categoría de los contratos reales forma parte del patrimonio conceptual y sistemático de la tradición jurídica europea-continental¹. En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos pertenecientes a esta tradición, la entrega de una cosa (el así llamado momento real), ya sea que implique o no una transferencia de dominio, constituye el modo de perfeccionamiento de ciertos contratos estructuralmente unilaterales, de los cuales emana fundamentalmente una obligación de restitución de otro tanto del mismo género y calidad en el caso de cosas recibidas en dominio (*tantundem eiusdem generis et qualitatis*), o de las mismas cosas recibidas en mera tenencia (*res ipsa*), según el caso. Es decir, la entrega opera *contrahendi causa* (como acto constitutivo del vínculo jurídico), no *solvendi causa* (como cumplimiento de una obligación previamente contraída). Estos contratos son el mutuo (única hipótesis de transferencia de dominio), el comodato, el depósito y, en ciertos casos, la prenda. Si bien la mayoría de estos ordenamientos se limita a consagrar esta categoría contractual tácitamente, al exigir para el perfeccionamiento

¹ Así lo expresa MASCHI, Carlo Alberto, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano* (Milano, 1973), p. 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*”. Para los orígenes romanísticos –no necesariamente romanos en sentido propio– de esta categoría contractual, véase por ejemplo BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)* (Padova, 1939, reimp. 1971), pp. 7 ss.; VERDAM, P.J., *Riflessioni sulla validità della categoria dei contratti reali*, en *Studi in memoria di Emilio Albertario* (Milano, 1953), II, pp. 745 ss.; COING, Helmut, *Europäisches Privatrecht I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)* (München, 1985), pp. 469 ss.; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town, 1990, reimp. Oxford, 1996), pp. 153 ss.

de ciertos contratos la entrega de una cosa², hay casos excepcionales como el código civil chileno, que la menciona en términos explícitos en su artículo 1.443³. Los códigos civiles del área germánica representan, en este orden de cosas, una situación muy particular, ya que han suprimido la categoría en mayor o menor medida, otorgando a todas o algunas de las figuras que la integrarían el carácter de consensuales⁴. Las más recientes codificaciones civiles han seguido esta tendencia⁵.

En otros trabajos hemos intentado hacernos cargo del problema metodológico que subyace a la construcción de una categoría general del contrato y, consecuentemente, de un sistema contractual unitario dividido en categorías, a partir de fuentes jurídicas romanas⁶. En el presente, pretendemos abordar el

² Así ocurre en la mayoría de los códigos civiles, que establecen que ciertos contratos se perfeccionan mediante la entrega de una cosa, sin otorgarles explícitamente la denominación de contratos reales. Véase por ejemplo el *Code Civil* francés: art. 1875 (comodato), 1892 (mutuo), 1915 (depósito) y (desde la reforma de 2006) 2011 (fiducia); el *Codice Civile* italiano: art. 1766 (depósito), 1803 (comodato), 1813 (mutuo) y 2786 (prenda); el Código Civil español: art. 1740 (mutuo y comodato), 1758 (depósito) y 1863 (prenda).

³ "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento". Una exposición de conjunto de la categoría de los contratos reales en el derecho chileno en ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *Los contratos reales. Legislación, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, 2015).

⁴ Los §§ 488 y 607 del Código Civil Alemán (BGB) reglamentan, respectivamente, el mutuo de dinero y de cosas fungibles distintas del dinero, como contratos consensuales, puesto que la dación en mutuo constituye el cumplimiento de una obligación del mutuante, no el modo de perfeccionar el contrato. Lo mismo ocurre con el comodato (§ 598). En cuanto al depósito, la redacción del § 688 es más bien confusa; de acuerdo al tenor literal del párrafo, el depósito estaría configurado más bien como un contrato real, ya que se asume, al explicar la obligación de custodia del depositario, que la cosa ya ha sido entregada por el depositante. No obstante lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas están contestes en cuanto a que también el depósito sería un contrato consensual, lo cual no deja de causar cierta perplejidad. Al respecto véase HENSSLER, Martin, §§ 688-700, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (6ª edición, München, 2012), IV, pp. 2772 s. En cuanto al código civil general austriaco (ABGB), la normativa sobre el mutuo fue modificada siguiendo los criterios de la directiva europea 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo, lo que trajo consigo una nueva redacción del § 983, que regula el mutuo como contrato consensual. En cambio, tanto el depósito (§ 957) como el comodato (§971) continúan exigiendo la entrega de la cosa para su perfeccionamiento. El Código Civil Suizo (ZGB), por su parte, otorga carácter consensual tanto al mutuo (art. 312) como al comodato (art. 305) y el depósito (art. 472).

⁵ A modo de ejemplo, podemos citar el Código Civil peruano de 1984 y el reciente Código Civil y Comercial argentino de 2015, que tratan el mutuo, el comodato y el depósito como contratos consensuales (artículos 1648, 1728 y 1814, respectivamente, del código peruano; artículos 1525, 1533 y 1356, respectivamente, del código argentino). En cuanto a la prenda, ésta se encuentra regulada en dichos códigos como derecho real de garantía, no como contrato. Una acertada crítica a la tendencia de consensualización de los contratos reales (con especial referencia al código peruano) en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La consensualización de los contratos reales*, en *RDPUCV*, 29/2 (2007), pp. 35 ss. Véase también ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *Los contratos reales*, cit. (n. 3), pp. 45 ss. y la literatura por él citada.

⁶ WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano*, en *RChD.*, 44/2 (2017), pp. 323 ss.

problema de la –a nuestro juicio– errada atribución de paternidad de la categoría de los contratos reales (en el sentido que la conocemos hoy, esto es, compuesta por mutuo, comodato, depósito y prenda) a Gayo, verdadero *locus communis* de la manualística iusromanista, al punto de considerarse como un *dato acquisito* incontestable⁷. Por décadas, la única monografía especializada sobre el tema fue la de Carlo Alberto Maschi, en la que el romanista italiano intentaba demostrar la clasicidad del carácter real de los contratos de mutuo, comodato y depósito (no así de la prenda)⁸. Digna de destacar por su originalidad es, en este orden de cosas, la tesis de Álvaro d'Ors, quien, negando la clasicidad de la categoría de los contratos reales por una parte, pero atribuyendo su creación a Gayo por la otra, califica al maestro de época antonina (en una suerte de cuadratura del círculo) como pre-postclásico⁹.

Creemos que ninguna de las posiciones someramente descritas hace justicia a la reflexión gayana sobre la materia. En efecto, no vemos en las fuentes argumentos textuales que permitan extender el género obligacional del *re contrahere* (*obligatio re contracta*), del cual deriva el término medieval *contractus rey* el consiguiente contrato real moderno, a figuras distintas de la *mutui datio* (dación en mutuo). En las Instituciones de Gayo se aprecia una notable consistencia en el empleo del sintagma *re contrahere*, restringido al mutuo, lo cual, por lo demás, coincide con su uso por parte de un conspicuo jurista tardorepublicano como fue Quinto Mucio Escévola, y de una de las mayores luces de la jurisprudencia clásica, como fue Julio Paulo. En definitiva, en el presente artículo pretendemos demostrar que la *obligatio re contracta* o, si se quiere, el así llamado contrato real de las *Gai Institutiones*, estaba limitado –en contra de la *communis opinio* de la romanística– al mutuo, con la consiguiente exclusión del comodato, el depósito y la prenda, figuras negociales que no pueden ser consideradas como supuestos de *re contrahere* en el sentido clásico del término.

Nuestro plan de trabajo exige, pues, referirse primera y someramente a la cuatripartición gayana de las *obligationes ex contractu* (I), para luego abordar la cuestión del campo semántico de la expresión *re contrahitur obligatio* en las Instituciones de Gayo (II). Lo anterior nos permitirá contrastar dicha noción con la *communis opinio* de una categoría de los contratos reales compuesta por mutuo,

⁷ Así, textualmente, PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia, *Istituzioni di diritto romano* (Torino, 2012), p. 315. El tratamiento –muy tangencial y excesivamente esquemático– de la cuestión se ha limitado casi exclusivamente a manuales, sin entrar al fondo del asunto. Plantean ciertos reparos, sin llegar empero a negar la existencia de la categoría en el derecho romano clásico, TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, 1990), pp. 547 ss. (versión resumida en ÉL MISMO, *Elementi di diritto privato romano*² [Milano, 2013], pp. 263 ss.); GUARINO, Antonio, *Diritto privato romano*¹² (Napoli, 2001), pp. 855 ss.

⁸ MASCHI, Carlo Alberto, *La categoria dei contratti reali*, cit. (n. 1), pp. 1 ss. Véase también ÉL MISMO, *Tutela, fedecommissi, contratti reali (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano, 1971), IV, pp. 690 ss.

⁹ D'ORS, Álvaro, *Réplicas Panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano*, en *RDN.*, 88 (1975), pp. 7 ss. En tales términos se había expresado ya en ÉL MISMO, *Re et verbis*, en MOSCHETTI (ed.), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29 IX 1948* (Milano, 1951), III, p. 267.

comodato, depósito y prenda (III) y extraer de ello conclusiones sobre el así llamado contrato real romano y su distinción del moderno, así como perspectivas de investigación (IV).

I. DE LA BIPARTICIÓN DE LAS *OBLIGATIONES* A LA CUATRIpartición DE LAS *OBLIGATIONES EX CONTRACTU*

1. La *summa divisio obligationum* de Gai. 3,88

La explicación del derecho de obligaciones en el manual gayano comienza, como es sabido, con la célebre bipartición de éstas según su causa (*causae obligationum*)¹⁰: las nacidas de un contrato, por una parte, y las nacidas de un delito, por la otra:

Gai. 3,88: “*Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”.

En el texto transcrito, Gayo expone la que, a su juicio, es una clasificación omnicompreensiva de las *obligationes*; de ahí el uso de expresiones tales como *summa divisio* (no simplemente *maior*) y *omnis obligatio*, las cuales claramente denotan que para el maestro de época antonina no hay alternativa más allá de estas dos *species*: toda obligación es contractual (*ex contractu*) o delictual (*ex delicto*)¹¹. Esta dicotomía vuelve a apreciarse en *sedes materiae* de las *actiones in personam* (la otra cara de la misma moneda)¹², a saber, en Gai. 4,2: acción personal es aquella mediante la cual litigamos con alguien que está obligado respecto de nosotros en virtud de contrato o de delito.¹³ Luego, no hay obligación ni, por consiguiente, acción personal, que no proceda de un contrato o de un delito¹⁴. De lo anterior

¹⁰ Así, textualmente, por ejemplo BIRKS, Peter, *The Roman Law of Obligations* (Oxford, 2014), p. 17: “*This is obviously a classification by causative events*”. Véase también FALCONE, Giuseppe, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, en CAPOGROSSI-COLOGNESI; CURSI (eds.), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare (Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010)* (Napoli, 2011), pp. 17 ss., 30.

¹¹ La bibliografía sobre esta fuente es inmensa. Para la más reciente véase, por ejemplo, PARICIO, Javier, *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, en ÉL MISMO (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, 1994), pp. 49 ss.; ÉL MISMO, *Contrato. La formación de un concepto* (Cizur Menor, 2008), pp. 28 ss.; CANNATA, Carlo Augusto, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo* (Torino, 2008), II, pp. 82 ss.; GIUFFRÈ, Vincenzo, *La definizione di ‘obligatio’ nelle ‘Gai Institutiones’*. *Un’isola che non c’è?*, en *Iura*, 64 (2016), pp. 101 ss.; FALCONE, Giuseppe, *La definizione di obligatio, tra diritto e morale* (Torino, 2017), pp. 88 ss.

¹² Véase D. 46,1,16,4 (Iul. 53 dig.), fuente de la cual se deduce que para los clásicos aquello que constituía una *obligatio* en sentido propio era el otorgamiento de una *actio in personam*, se entiende al *creditor* para exigir su cumplimiento.

¹³ Gai. 4,2: “*In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere*”. Cfr. Gai. 4,112-113, donde también se advierte la (*summa*) *divisio* entre acciones *ex maleficio* (4,112) y *ex contractu* (4,113). La misma idea se aprecia en un fragmento ulpiano, D. 5,1,57 (Ulp. 41 ad Sab.): “*Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio [...]*”.

¹⁴ Así ya SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law* (Oxford, 1951), p. 466: “*Obviously this is a classification of all possible obligations; consequently contractus must need embrace any legal act from which obligations resulted, delicts alone being excluded*”. Cfr. PARICIO, Javier, *Contrato*, cit.

se desprende una noción amplísima de *contractus*, identificado con todo acto lícito que genera obligaciones, ya que esta *causa obligationum* sólo se contrapone al hecho ilícito (el *delictum*). Algunos fragmentos jurisprudenciales tardo-clásicos conservados en el Digesto también dan cuenta de esta dicotomía contrato-delito, específicamente de Ulpiano¹⁵ y Paulo¹⁶. De esta guisa, la idea comúnmente difundida, en el sentido que para la jurisprudencia clásica el *contractus* se habría basado en el *consensus*¹⁷, constituye —no solo en lo que respecta a Gayo— un mito¹⁸.

2. La cuatripartición de las *obligationes ex contractu* en Gai. 3,89

A continuación, Gayo procede a efectuar una segunda *divisio* de las *obligationes*, ahora de las nacidas *ex contractu*, en los siguientes términos:

Gai. 3,89: “*Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*”¹⁹.

En este texto, Gayo se refiere, del mismo modo que en Gai. 3,88, a las relaciones obligatorias que nacen de un contrato (*ex contractu*), no a los *contractus* en sí. Por tanto, nuevamente discurre sobre la base de las posibles *causae obligationum*, hechos concretos que engendran obligaciones, no de figuras contractuales²⁰. Para

(n. 11), p. 34: “Así pues, aunque Gayo no incluya una definición de contrato, parece claro que tiende a configurarlo como una categoría donde se engloban todos los actos lícitos reconocidos por el *ius civile*, convencionales o no convencionales, destinados a crear un vínculo obligatorio, al margen del cual, y como contrapuesto a él, queda el ámbito de los delitos”. Una exposición más detallada de nuestra interpretación de la idea gayana de contrato en WEGMANN STOCCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, 2017), pp. 76 ss.; ÉL MISMO, *En torno a la noción de sistema jurídico*, cit. (n. 6), pp. 333 ss.; ÉL MISMO, *Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo*, en *RDP*. (Universidad Externado de Colombia), 34 (2018), pp. 19 ss.

¹⁵ D. 5,1,57 (Ulp. 41 ad Sab.), cuyo texto se transcribe, en la parte pertinente, *supra*, n. 13. Véase también D. 13,5,1,6 (Ulp. 27 ad ed.), D. 13,6,5,2 (Ulp. 28 ad ed.) y D. 50,17,23 (Ulp. 29 ad Sab.), fuentes en las cuales Ulpiano califica como contractuales relaciones obligatorias (*dos, tutela y negotiorum gestio*) que no se encuentran fundadas en el *consensus*. Cfr. WEGMANN STOCCKEBRAND, Adolfo, *Sobre la noción de contrato*, cit. (n. 14), p. 36.

¹⁶ D. 5,3,14 (Paul. 20 ad ed.): “*Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert [...]*”. Véase también D. 3,5,15 (Paul. 7 ad Plaut.) y D. 44,7,49 (Paul. 18 ad Plaut.), fragmentos en los cuales Paulo reconoce el carácter contractual de relaciones obligatorias (*negotiorum gestio* y *tutela*, respectivamente) que no están basadas en el *consensus*. Cfr. WEGMANN STOCCKEBRAND, Adolfo, *Sobre la noción de contrato*, cit. (n. 14), p. 35.

¹⁷ Véase RICCOBONO, Salvatore, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, en *Studi in onore die Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento* (Milano, 1930), I, pp. 123 ss. En opinión de SARGENTI, Manlio, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, en *Iura*, 39 (1988), p. 73, la formación de una teoría general del contrato (basada en el *consensus*) ni siquiera habría tenido lugar en época justinianea.

¹⁸ Así, textualmente, MARTINI, Remo, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, en *Iura*, 42 (1991), pp. 97 ss. Cfr. SARGENTI, Manlio, *Svolgimento dell'idea di contratto*, cit. (n. 17), p. 56.

¹⁹ La cuatripartición de que da cuenta este texto aparece también en Gai. 3,119a, a propósito de las obligaciones que pueden ser garantizadas por medio de *fideiussio*: “*Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest [...]*”.

²⁰ FALCONE, Giuseppe, *Sistematiche gaiane*, cit. (n. 10), p. 30: “[...] non sorprende che Gaio,

Gayo, como para toda la jurisprudencia clásica, que opera dentro del marco de un sistema de acciones típicas, las *obligationes ex contractu* nacen de la ejecución de determinadas actividades lícitas concretas que el ordenamiento jurídico reconoce como capaces de dar lugar a los elementos esenciales de un *nomen contractus*. Dicho en otros términos: solo ciertas relaciones obligatorias son susceptibles de ostentar un *proprium nomen contractus*²¹, y ello ocurre cuando se configuran los supuestos típicos previstos por el *ius civile*.

Estas actividades lícitas que engendran obligaciones *ex contractu* pueden ser agrupadas en cuatro *genera*, independientes entre sí (eso es lo propio de los géneros; de lo contrario, se trataría de *species* de un único *genus*)²², que son los expuestos en Gai. 3,89: las obligaciones que nacen de la entrega de una cosa transfiriendo el dominio quirritario sobre ella (*re*)²³, según el sentido de *re contrahere* que analizaremos en detalle a continuación; de una promesa formal verbal (*verbis*)²⁴; de la anotación de un traspaso ficticio de dinero en el libro de cuentas del acreedor con el consentimiento del deudor (*litteris*)²⁵; o del acuerdo de voluntades entre las partes (*consensu*)²⁶. Estos supuestos de hecho constituyen respectivamente el fundamento (la *causa*) de la obligación y, con ello, en cierta forma la relación jurídica misma. Empleando una expresión de Voci, podemos decir que la relación obligatoria está en la *datio*, en los *verba*, etc.²⁷. En síntesis: transferencia de dominio, promesa formal verbal, anotación en cuenta y acuerdo de voluntades consisten en los actos lícitos, independientes entre sí, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico para engendrar una obligación contractual²⁸, de modo

anziché indugiare su un enunciato che descriva in termini astratti cosa è un obligatio, abbia direttamente affrontato, sul piano dei concreti comportamenti dei soggetti agenti, le cause che danno vita ad un'obligatio". Véase también BRASIELLO, Ugo, *Obligatio re contracta*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante* (Milano, 1930), II, pp. 541 ss.; ÉL MISMO, *In tema di categorie contrattuali*, en *SDHI*, 10 (1944), pp. 101 ss.; DALLA MASSARA, Tommaso, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica* (Padova, 2004), pp. 351 ss. para la *obligatio re contracta* en especial.

²¹ Así lo expresa Ulpiano en 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*". Sobre la noción de *nomen contractus* véase también D. 19,3,1pr. (Ulp. 32 ad ed.); D. 19,4,1,2 (Paul. 32 ad ed.); D. 19,5,1pr. (Pap. 8 quaest.); D. 19,5,3 (Iul. 14 dig.).

²² Esta es, en cambio, la estructura dialéctica de I. 3,13,2: "[...] *Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus*". Aquí, todas las categorías contractuales son especies de un mismo género: el contrato-convencción. Cfr. PT 3,13,2.

²³ Gai. 3,90. Sobre la limitación del *re contrahere* a la transferencia de dominio y, por tanto, a la *mutui datio*, véase *infra*, II.

²⁴ Gai. 3,92 ss. Se trata de la *sponsio/stipulatio* y la *dotis dictio*.

²⁵ Gai. 3,182 ss. Se trata de la *expensilatio* o *nomen transcripticium*.

²⁶ Gai. 3,135 ss. Se trata de la *emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas* y el *mandatum*. A esto puede agregarse la *conventio pignoris*, también nacida *consensu*, como el propio Gayo afirma en su monografía sobre la fórmula de la acción hipotecaria, por ejemplo en D. 22,4,4 (Gai. l.s. form. hyp.).

²⁷ VOCI, Pasquale, *La dottrina romana del contratto* (Milano, 1946), p. 71.

²⁸ Cfr. HARKE, Jan Dirk, *Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht* (Berlin, 2013), p. 38.

que los distintos géneros de *obligatio ex contractu* no pueden remontarse a una causa común a todos²⁹.

Gayo no define cada clase de obligación *ex contractu*, sino que las explica a partir de los supuestos de hecho de los cuales emanan (sus *causae*). Y comienza, precisamente, con la obligación contraída *re*, que pasamos a analizar.

II. *RE CONTRAHITUR OBLIGATIO VELUT MUTUI DATIONE*

1. *Re*: por medio de una *datio rei*

El vocablo latino *res* es polisémico. En la compilación justiniana puede aparecer empleado tanto en su sentido más genérico de cosa, objeto, como también –entre otros significados– como patrimonio, cuestión litigiosa, controversia jurídica, asunto, negocio, una circunstancia fáctica, un comportamiento concreto, etc.³⁰. Lo mismo puede decirse de su uso por parte de Gayo³¹. Ahora bien, el uso de la forma ablativa *re* (literalmente: por medio, a través, por causa de una cosa), cuando se refiere a la constitución de una relación obligatoria, ha de tener un significado más restringido, que permita distinguir claramente la *obligatio re contractae* de las *obligationes verbis, litteris y consensu contractae*. En efecto, estos tres géneros de *obligatio ex contractu* nacen de actos, hechos, comportamientos de un sujeto (promesa formal verbal, anotación en cuenta, manifestación de voluntad) y, por ende, *re* en un sentido amplísimo del término, sin que por ello constituyan supuestos de *re contrahere*³². Tampoco puede entenderse el *re contrahere* como la constitución informal de una *obligatio*, toda vez que ello permitiría distinguir el contrato real del verbal y el literal (ambos formales), pero no sería suficiente para diferenciarlo del contrato consensual, figura informal por antonomasia. De lo anterior se colige que la expresión *re contrahitur obligatio* que encontramos en los textos necesariamente deberá tener un significado técnico-jurídico específico, que vaya más allá de la mera materialidad del acto constitutivo del vínculo obligacional³³.

²⁹ Esta idea aparece con claridad en Gai. 3,182, al distinguir la causa de las obligaciones delictuales (*quarum omnium rerum uno genere consistit*) de las contractuales: “*Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, ueluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus*”. En el mismo sentido D. 44,7,4 (Gai. 3 res cott.): “*Ex maleficio nascuntur obligationes, ueluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam uerbis et consensu*”.

³⁰ VIR V, pp. 100 ss.; HEUMANN, Hermann Gottlieb; SECKEL, Emil, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹ (Jena, 1926), pp. 511 ss.

³¹ Véase BECKER, Christoph, *Die ‘res’ bei Gaius – Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht* (Köln/Berlin/Bonn/München 1999), pp. 35 ss.; BALDUS, Christian, *I concetti di res in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all’editto del praetor urbanus*, en *AUPA*, 55 (2012), pp. 43 ss.

³² En esto, por tanto, rechazamos la interpretación amplísima de *re contrahere* propuesta por LIEBS, Detlef, *Römisches Recht*⁶ (Göttingen, 2004), pp. 244 ss., 245: “*Realverträge sind (zum Teil) ‘getätigte’ Verträge*”.

³³ En este sentido ya MASCHI, Carlo Alberto, *La categoria dei contratti reali*, cit. (n. 1), pp.

Como es sabido, las fuentes jurídicas romanas nos informan sobre una tripartición del contenido de la obligación en *dare*, *facere* y *praestare*³⁴. En lo que respecta al *dare* (*oportere*), éste se presenta tanto en un sentido amplio de entregar, conceder³⁵, como en uno más restringido, que podríamos calificar de técnico-jurídico, y que se identifica con la transferencia de propiedad civil sobre una cosa³⁶. Como elegantemente expone Paulo, *non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt*³⁷; esto es, no se cumple una obligación de dar (*dare oportere*) sino en la medida que quien recibe la cosa se hace dueño de ella. Lo dicho significa que la *datio rei* se consuma en un *nostrum facere*: si la cosa debida ha sido entregada mas no transferida en propiedad, corresponde ejercer la *actio* respectiva para hacer valer la pretensión de cumplimiento, puesto que la prestación de *dare* no ha sido correctamente ejecutada. De ahí que la *datio rei* deba ser vista como la entrega efectivamente translativa de dominio, y no simplemente como la actividad desplegada por el *dans* en sí; se trata, como acertadamente afirma Pastori, de la combinación entre un comportamiento personal concreto (la entrega) y un efecto jurídico específico (la transferencia de la propiedad)³⁸. Dicho en otros términos, la *datio rei* representa un comportamiento jurídicamente calificado: el acto de entrega translativa de dominio.

En el orden sistemático de las Instituciones de Gayo, el tratamiento en particular de los distintos géneros de *obligationes ex contractu* comienza con la descripción del primero de ellos, la *obligatio re contracta*, en los siguientes términos:

Gai. 3,90: “*Re contrahitur obligatio uelut 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 eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*”.

En las Instituciones de Gayo, el fragmento citado es, junto con Gai. 3,89 y Gai. 3,119a³⁹, el único en que aparece la expresión *re contrahitur obligatio*; el

86 ss.; ÉL MISMO, *Tutela, fedecommessi, contratti reali*, cit. (n. 8), pp. 769 ss.

³⁴ Así, textualmente, en Gai. 4,2 (fuente citada *supra*, n. 13); D. 44,7,3pr. (Paul. 2 inst.): “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*”.

³⁵ Así por ejemplo encontramos *dare responsa* en D. 1,2,2,47 (Pomp. l.s. enchir.); *dare vocationem* en D. 2,12,9 (Ulp. 7 de off. proc.); *dare liberam facultatem* en D. 35,2,1pr. (Paul. ad leg. Falc.); *dare actionem* en Gai. 4,112, D. 14,6,1pr. (Ulp. 29 ad ed.) y D. 16,1,2,1 (Ulp. 29 ad ed.); *dare bonorum possessionem* en D. 38,15,2,2 (Ulp. 49 ad ed.); *dare sententiam* en D. 49,1,19 (Mod. l.s. de en. cas.); *dare in matrimonium* en D. 50,1,37,2 (Call. 1 cognit.), etc.

³⁶ Fuentes explícitas en este sentido, que abarcan desde el siglo I. a.C. hasta el III d.C., son, por ejemplo, Gai. 2,204; 4,4; D. 17,1,47,1 (Pomp. 3 ex Plaut.); D. 22,1,4pr. (Pap. 27 quaest.); D. 32,29,3 (Lab. 2 post. a Iav. epit.); D. 45,1,75,10 (Ulp. 22 ad ed.); D. 50,17,167pr. (Paul. 49 ad ed.). Véase GROSSO, Giuseppe, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*² (Torino, 1955), pp. 19 ss.; PASTORI, Franco, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano* (Milano, 1985), pp. 131 ss.

³⁷ D. 50,17,167pr. (Paul. 49 ad ed.).

³⁸ PASTORI, Franco, *Concetto e struttura*, cit. (n. 36), p. 139.

³⁹ Texto citado en la parte pertinente *supra*, n. 19.

maestro antonino no volverá a emplearlo nunca más en esta obra, aunque reserve para otras figuras, como la *solutio indebiti*⁴⁰ y los *nomina arcaria*⁴¹ nomenclaturas similares, aunque no idénticas, como veremos más adelante. Pues bien, como puede apreciarse del texto transcrito, *re contrahitur obligatio* (o *re contrahere*) presenta en el manual gayano un significado muy acotado, a saber, la constitución de una relación obligatoria por medio de una *datio rei*. En efecto, de manera muy precisa, Gayo enseña que la *obligatio re contractase* constituye por medio de la dación en mutuo: *re contrahitur obligatio velut mutui datione*. Luego, el contrato real romano se identifica con el mutuo (*mutuum*), y no cabe duda que la *mutui datio* supone la adquisición en propiedad por parte del mutuuario de las cosas fungibles entregadas por el mutuante, vale decir, una *datio* en sentido técnico-jurídico: “[...]unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit”⁴². Así las cosas, la forma ablativa *re*, empleada respecto de la constitución de una relación obligatoria por hecho lícito (*re contrahere*), significa específicamente por medio de la transferencia del dominio.

2. La *mutui datio* como (única) causa de *obligatio re contracta*

La explicación gayana de la *mutui datio* corresponde a la estructura clásica del negocio, como lo demuestra un fragmento muy similar de Paulo⁴³, al punto que Nelson y Manthe hablan de una suerte de definición escolar transmitida de generación en generación⁴⁴. La *mutui datio*, fundamento del mercado romano del crédito⁴⁵, consiste en la entrega translaticia de dominio que hace el *dans* al *accipiens* de una cierta cantidad de dinero (*pecunia numerata*) o de una determinada cantidad de otras cosas fungibles (*res, quae pondere numero mensura constant*, en el lenguaje de los clásicos)⁴⁶, que por regla general (pero no necesariamente) son

⁴⁰ Gai. 3,91. Texto citado *infra*, II.5.

⁴¹ Gai. 3,131. Texto citado *infra*, II.4.

⁴² En el mismo sentido D. 12,1,2,2 (Paul. 28 ad ed.): “*Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non fiat tuum, non nascitur obligatio*”. Cfr. VARR., ling. lat. 5,179.

⁴³ D. 12,1,2,1 (Paul. 28 ad ed.): “*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*”. Por ello, no entendemos la postura de SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianeae* (Milano, 2002), p. 490, quien, sin dar mayores explicaciones, afirma que la definición gayana “*presenta invece una struttura completamente diversa da quella posta quasi in apertura della pars de rebus del Digesto (Paul., 28 ad ed. in D.12,1,2,1)*”.

⁴⁴ NELSON, H.L.W.; MANTHE, Ulrich, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar* (Berlin, 1999), p. 81.

⁴⁵ Para el *mutuum* como *causa credendi* véase por ejemplo D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 ad ed.); D. 12,1,2pr.-1 y 3 (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. 14,6,1pr. (Ulp. 29 ad ed.); D. 16,1,17pr. (Afr. 4 quaest.); D. 17,1,34pr. (Afr. 8 quaest.); D. 17,1,48pr. (Cel. 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. 24,1,50pr. (Iav. 13 epist.); D. 26,7,16 (Paul. 7 ad Sab.); D. 31,85 (Paul. 4 resp.); D. 42,5,24,2 (Ulp. 63 ad ed.); D. 45,1,126,2 (Paul. 3 quaest.).

⁴⁶ Fuera de Gai. 3,90, Gayo emplea esta expresión en Gai. 2,196; 3,175; D. 18,1,35,5 (Gai. 10 ad ed. prov.); y D. 23,3,42 (Gai. 11 ad ed. prov.). Expresiones casi idénticas aparecen

también consumibles⁴⁷, con cargo de restituir la misma cantidad de dinero o de bienes fungibles distintos del dinero (*tantundem eiusdem generis*)⁴⁸. En esto radica la famosa (y controvertida) etimología *mutuum = quod ex meo tuum fit*⁴⁹. De ahí que con Viard podamos afirmar que el contrato de mutuo consiste esencialmente en la *datio* misma⁵⁰. La obligación de restitución es hecha valer por medio de la *condictio*⁵¹, una acción *in ius concepta* de estricto derecho (esto es, la *condemnatio* se encuentra limitada al simple valor de la cosa: *quanti ea res est*), de lo que deriva la imposibilidad de cobrar intereses, para lo cual se recurría a la combinación *mutuum cum stipulatione*⁵². Actividad lícita concreta que causa la obligación es, pues, la transferencia de la propiedad civil sobre la(s) *res* del mutuante al mutuario: la relación obligatoria es contraída *re* (*re contrahitur obligatio*) por medio de un *dare rem* (Gai. 3,89-90). Es por eso que Paulo señala que sin traspaso de la propiedad no nace la obligación crediticia: *si non fiat tuum, non nascitur obligatio*⁵³. Por la misma razón, no es válida la dación en mutuo de cosas ajenas⁵⁴. Lo mismo cuenta para el caso que al mutuante no le esté permitido transferir el dominio de las cosas entregadas, como ocurre con el *pupillus* que presta dinero *sine tutoris auctoritate*⁵⁵.

La estructura comercial aquí esbozada implica que antes del así llamado momento real el (futuro) mutuante no contrae obligación alguna o, lo que es lo mismo, el (futuro) mutuario no tiene derecho a exigir la entrega de los bienes

también en el ya citado D. 12,1,2,1 (Paul. 28 ad ed.); D. 13,3,1pr. (Ulp. 27 ad ed.); D. 35,2,30,3 (Maec. 8 fideic.); Ulp., Fr. Vindob. 2,1 (= FIRA *pars altera*, p. 306).

⁴⁷ Sobre la distinción entre ambas categorías de bienes véase RUFNER, Thomas, *Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensura constant* (Berlín, 2000), pp. 32 ss.; VARVARO, Mario, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili* (Torino, 2008), pp. 24 ss.

⁴⁸ Cfr. D. 12,1,2pr.-1 (Paul. 28 ad ed.); D. 44,7,1,2 (Gai. 2 res cott.); I. 3,14pr.; Gai Ep. 2,9,1.

⁴⁹ Gai. 3,90 *in fine*; D. 12,1,2,2 (Paul. 28 ad ed.) (texto citado *supra*, n. 42). VOCI, Pasquale, *Istituzioni di diritto romano*⁶ (Milano, 2004), p. 431 (n. 3) habla a este respecto de una "fantasiosa etimología".

⁵⁰ VIARD, Paul-Émile, *La 'mutui datio'. Contribution à l'histoire du fondement des obligations à Rome. Première partie* (Paris, 1939), p. 42: "Le contrat de prêt est essentiellement une datio. Le transfert constitue à lui seul la base de l'obligation". Sobre la estructura de la *mutui datio* véase también GIUFFRÉ, Vincenzo, *La 'datio mutui'. Prospettive romane e moderne* (Napoli, 1989), pp. 13 ss.; JUNG, Byoung-Ho, *Darlehensvaluation im römischen Recht* (Göttingen, 2002), pp. 52 ss.

⁵¹ Véase por ejemplo Gai. 4,17b; 4,41; 4,50; D. 12,1,9pr. (Ulp. 26. ad ed.). Esta acción es denominada en las fuentes *actio certae creditae pecuniae* cuando se trata de dinero, o *condictio certae rei* (o *triticaria*) respecto de otros bienes fungibles. Para la reconstrucción de la fórmula véase por todos LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (Leipzig, 1927), pp. 232 ss.; MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*² (Padova, 1999), pp. 48 ss.

⁵² Véase por ejemplo D. 2,14,4,3 (Paul. 3 ad ed.); D. 12,1,40 (Paul. 3 quaest.); D. 19,5,24 (Afr. 8 quaest.).

⁵³ D. 12,1,2,2 (Paul. 28 ad ed.). Para la constitución de la relación obligatoria por medio de *traditio brevi manu* (es decir, sin una entrega material propiamente tal) véase D. 12,1,9,9 (Ulp. 27 ad ed.); D. 17,1,34pr. (Afr. 8 quaest.).

⁵⁴ D. 12,1,2,4 (Paul. 28 ad ed.): "In mutui datione oportet dominum esse dantem [...]".

⁵⁵ Cfr. Gai. 2,82; 2,84; UE 11,27.

fungibles de que se trate. Por consiguiente, el (futuro) mutuante tampoco puede exigir la restitución de la cosa por medio de la *condictio*, por la sencilla razón de que no se puede devolver aquello que aún no ha sido recibido. De ahí que el cumplimiento del acuerdo consistente en realizar una *mutui datio* (la convención mutuaría) solo sea exigible si éste ha tenido lugar bajo la forma de una *stipulatio (in faciendo)*, lo que significa que dicha obligación nació *verbis*⁵⁶. Como se dijo, objeto del mutuo son los bienes fungibles: *mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant*. Por eso recurre Gayo al dinero –bien fungible por antonomasia– y otros bienes particularmente importantes para la economía romana, como ejemplos. La fungibilidad del objeto de la *mutui datio* es inseparable de la finalidad económica del negocio, que solo se satisface plenamente cuando el mutuario adquiere el dominio (...*ut accipientium fiant*) de las cosas recibidas (normalmente dinero): *quia tunc nummi, qui mei erant, tui funt*⁵⁷. La entrega de bienes fungibles, con cargo de restituir no el *tantundem eiusdem generis*, sino la *res ipsa*, si bien es teóricamente posible, no se corresponde con la finalidad económico-práctica del negocio y, por consiguiente, no configura un *mutuum*⁵⁸. Siguiendo a Von Lübtow, podemos afirmar que la transferencia de propiedad en el mutuo no es una mera construcción teórica de los romanos, sino una consecuencia necesaria de la función que desempeña este negocio en el tráfico jurídico⁵⁹. De esta manera, la *mutui datio* se constituye en paradigma de las *causae credendi* (causas crediticias), cuyas acciones (la *condictio* y otras construidas según su modelo) se encuentran recogidas en el título XVII *de rebus creditis* (según la reconstrucción de Lenel) del edicto del pretor⁶⁰.

Consecuencialmente, del texto gayano se deriva una idea muy restrictiva de *re contrahere* y, por tanto, de *obligatio re contracta*, limitada, como se ha dicho, a la *mutui datio* en cuanto *source-type*⁶¹. Fuera de este fragmento y de Gai. 3,89 (sobre la cuatripartición de las *obligationes ex contractu*) y Gai. 3,119a (sobre las obligaciones que se pueden garantizar mediante *fideiussio*), las *Institutiones* no

⁵⁶ D. 45,1,68 (Paul. 2 ad ed.). Cfr. TALAMANCA, Mario, *Istituzioni*, cit. (n. 7), p. 540. Lo dicho, en todo caso, no significa subestimar la importancia del acuerdo de voluntades en el mutuo. En efecto, una *datio* puede tener distintas *causae*, por lo cual no siempre obliga a la restitución (*ut obligatio constituatur*); esto es, no toda *datio* opera *credendi causa*. En este sentido, véase especialmente D. 12,1,19pr. (Iul. 10 dig.); D. 12,1,32 (Cels. 5 dig.); D. 44,7,3,1 (Paul. 2 inst.). Como enseña Ulpiano en D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 ad ed.), hay un *creditum* cada vez que damos una cosa con miras a que posteriormente nos sea restituida (en género o especie): “[...] *nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur* [...]”. Sobre la así llamada *conventio mutui* véase SACCOCCIO, Antonio, *Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo in diritto romano*, en FIORI (ed.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* (Napoli, 2011), 4, pp. 349 ss.

⁵⁷ D. 17,1,34pr. (Afr. 8 quaest.).

⁵⁸ Así, textualmente, Paulo en D. 12,1,2pr. (Paul. 28 ad ed.): “*Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus* [...]”. Cfr. D. 12,1,18,1 (Ulp. 7 disp.).

⁵⁹ VON LÜBTOW, Ulrich, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und geltenden Recht, mit Beiträgen zur Delegation und Novation* (Berlin, 1965), p. 15.

⁶⁰ Cfr. D. 12,1,2,1 (texto citado *supra*, n. 43) y 3 (Paul. 28 ad ed.).

⁶¹ VIARD, Paul-Émile, *La ‘mutui datio’*, cit. (n. 50), p. 57.

contienen más referencias a este *genus obligationis*. Todo lo que Gayo tenía que decir sobre su contrato real, fue dicho aquí: para él, la *mutui datio* es la única causa de *obligatio re contracta*⁶².

3. *Velut*

Una atenta exégesis de la fuente gayana impone el deber de hacerse cargo del hecho que ésta contiene la partícula *velut*. En los diccionarios aparece –como *velut* o *veluti*– comúnmente traducida como por ejemplo. Esto significaría que el mutuo es mencionado como un mero ejemplo de causa de *obligatio re contracta*, cuando en realidad habría otro(s) que fue(ron) por completo preterido(s), porque, como se ha dicho, Gayo no vuelve a emplear el sintagma *re contrahere* respecto de ninguna otra figura negocial. Sin embargo, no hay que olvidar que esta partícula también admite ser traducida, según su contexto, en un sentido similar al castellano a saber, que por cierto no supone necesariamente la indicación de un caso a título meramente ejemplar⁶³. De esta perspectiva, es perfectamente lícito traducir la frase *re contrahitur obligatio velut mutui datione* contenida en Gai. 3,90 como sigue: se contrae una obligación real (por la cosa), a saber, por la dación en mutuo, en vez de se contrae una obligación real (por la cosa), por ejemplo, por la dación en mutuo.

Creemos que esta es la traducción más adecuada del pasaje, que por lo demás coincide plenamente con un fragmento procedente del cuarto libro del comentario de Pomponio a Quinto Mucio Escévola, en el cual, a propósito del así llamado principio de simetría (*prout quidque contractum est, ita et solvi debet*)⁶⁴, se utiliza la partícula *velut(i)* con relación a la *mutui datio*, único supuesto de *re contrahere* mencionado en el texto:

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. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*”.

Aquí, Q. Mucio explica que las obligaciones contraídas *rese* extinguen igualmente *re* ([...] *cum re contraxerimus, re solvi debet* [...]), para lo cual recurre al caso del mutuo de dinero ([...] *veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae*

⁶² Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 14), pp. 115 ss.

⁶³ Ya hicieron notar esta diferencia BETTI, Emilio, *Sul significato di 'contrahere' in Gaio e sulla non-classicità della denominazione 'quasi ex contractu obligatio'*, en *BIDR*, 25 (1912), p. 66; FERRINI, Contardo, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, en *Opere* (Milano, 1929), III, p. 81; VOGLI, Pasquale, *La dottrina romana*, cit. (n. 27), p. 121; MAGDELAIN, André, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur* (Paris, 1958), p. 96 (n. 219); MASCHI, Carlo Alberto, *La categoria dei contratti reali*, cit. (n. 1), p. 249; ÉL MISMO, *Tutela, fedecommissi, contratti reali*, cit. (n. 8), p. 725.

⁶⁴ Sobre este principio, en particular respecto de esta fuente, véase especialmente KNÜTEL, Rolf, *Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im römischen Recht*, en *ZSS*, 88 (1971), pp. 67 ss.; FIORI, Roberto, *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, en CASCIONE; MASI DORIA (eds.), *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna* (Napoli, 2007), III, pp. 1965 ss.

tantundem solvi debeat): si la obligación ha nacido por la *datio* de una cantidad cierta de dinero, ha de extinguirse por la restitución del *tantundem*. La semejanza entre el texto gayano y el muciano-pomponiano salta a la vista: si el primero señala que *re contrahitur obligatio velut mutui datione*, el segundo dice *cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus*. Si bien autores como Santoro ven en la referencia explícita al mutuo un glosema⁶⁵, el fragmento no plantea dudas razonables en cuanto a que ya Q. Mucio haya identificado el *re contrahere* con la *mutui datio*, aunque fuera implícitamente⁶⁶. El texto original (anterior a la muy probable intervención pomponiana, agregando los contratos consensuales y el consiguiente *dissensus* o *contrarius consensus* como modo de extinguir las obligaciones)⁶⁷ debió tratar las causas de *certum dare oportere*, por lo cual necesariamente tenía que referirse (explícita o implícitamente) a la *mutui datio*, y –lo que es más importante para nosotros– sólo a ella. En efecto, el *mutuum* es el único supuesto contractual de nacimiento *re* de un *certumdare oportere* (*re dare oportere*). Como expone Cicerón en una célebre *oratio*, la *pecunia*, y, con ello, la constitución de un *certam pecuniam dare oportere*, puede ser (según su causa) *data*, *stipulata* o *expensa lata*⁶⁸, esquema en el que solo caben la *mutui datio* (*re dare oportere*), la *stipulatiocerti* (*verbis dare oportere*) y la *expensilatio* (*litteris dare oportere*), figuras que coinciden con los tres primeros *genera* de Gai. 3,89. Luego, la partícula *velut(i)* utilizada en la fuente muciano-pomponiana en ningún caso puede tener por objeto ofrecer un ejemplo, ya que en el esquema de Q. Mucio (como en el de Cicerón), no hay supuestos de *re dare oportere* más allá del *mutuum*.

4. El *nomen arcarium* como causa de *obligatio re contracta*

Otro testimonio precioso para comprender la noción gayana de *obligatio re contracta*, y que coincide plenamente con Gai. 3,90, lo ofrece un fragmento dedicado a explicar la estructura del *nomen transcripticium*, esto es, la *obligatio litteris contracta*, distinguiéndola de paso del *nomen arcarium*:

Gai. 3,131: “*Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur. in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praeberere*”.

El fragmento citado contiene una referencia indirecta a la *mutui datio* como causa de *obligatio re contracta*. En efecto, al distinguir el *nomen transcripticium*

⁶⁵ SANTORO, Raimondo, *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, en *AUPA.*, 55 (2012), pp. 605 ss.

⁶⁶ En este sentido BURDESE, Alberto, *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, en *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* (Napoli, 2001), I, p. 321; KNÜTEL, Rolf, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht* (Köln/Graz, 1968), p. 12.

⁶⁷ Al respecto, véase especialmente CANNATA, Carlo Augusto, *La ‘distinctio’ re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow* (Berlin, 1970), pp. 443 ss.

⁶⁸ CIC., *Pro Rosc. com.* 4,13; 5,14: *Pecunia petita est certa; cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit.*

(que se constituye *litteris*, es decir, mediante la anotación de un traspaso ficticio de dinero en el *codex accepti et expensi* del acreedor con el consentimiento del deudor) del *nomen arcarium*, Gayo afirma que este último, que consiste en una efectiva transferencia de dinero (*numeratio pecuniae*), no nace *litteris* (*non litterarum obligatio consistit*), sino *re* (*numeratio autem pecuniae rei facit obligationem*), de modo que la anotación en cuenta no tiene efectos constitutivos de la relación obligatoria (ésta ya ha nacido con la *datio pecuniae*), sino meramente probatorios (*qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere*). Aunque no se diga así en términos explícitos y directos, no cabe la menor duda de que el *nomen arcarium* representa, específicamente, un mutuo de dinero, por lo cual la expresión *numeratio autem pecuniae rei facit obligationem* debe entenderse relativa a la *mutui datio*⁶⁹. En otras palabras: la obligación (de restitución) es hecha (contraída) *rea* través de la dación en mutuo: *re contrahitur obligatio mutui datione*. Por lo demás, el uso del verbo *facere* en vez de *contrahere* para explicar la constitución de una *obligatio ex contractu* no es extraño al lenguaje gayano⁷⁰.

5. La *solutio indebiti* como causa de *re obligari* no contractual

Inmediatamente después de explicar que la *obligatio re contracta* se constituye por medio de una *mutui datio*, Gayo agrega que la *solutio indebiti*, el pago de lo no debido, es también una causa de obligación real, aunque pone en entredicho su naturaleza *ex contractu*:

Gai. 3,91: “*Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conditione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*”.

Se configura un supuesto de *solutio indebiti* cada vez que una persona cumple por error (*qui per errorem solvit*) algo indebido (*indebitum*), ya sea porque la obligación que se cree cumplir no llegó a nacer en absoluto, o porque habiendo existido se ha extinguido, o porque no puede exigirse el cumplimiento en virtud de una oponibilidad de una *exceptio perpetua*⁷¹. Las fuentes muestran claramente que la jurisprudencia clásica identificaba la *solutio indebiti* con el pago erróneo de obligaciones inexistentes de *darerem*, de modo que el pago indebido suponía

⁶⁹ Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 14), pp. 130 ss. Testimonios epigráficos de *nomina arcaria* en TPSulp. 60-65 (= CAMODECA, Giuseppe, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* (TPSulp.). Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii [Roma, 1999], I, pp. 151 ss.). Véase también GRÖSCHLER, Peter, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden* (Berlin, 1997), pp. 76 ss.

⁷⁰ De hecho, Gayo recurre a él a propósito de todos los géneros de obligación contractual. Así, textualmente, en Gai. 3,92: “*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione [...]*”; Gai. 3,128: “*Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis [...]*”; y Gai. 3,135: “*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*”.

⁷¹ Véase, además de Gai. 3,91, por ejemplo, D. 12,6,1,1 (Ulp. 26 ad ed.); D. 12,6,26,3 (Ulp. 26 ad ed.) (= FV 266); D. 12,6,65,9 (Paul. 17 ad Plaut.).

una efectiva transferencia de dominio. En efecto, todos los fragmentos jurisprudenciales contenidos en D. 12,6 (*de conditione indebiti*) parten de la base de que obligación que se creía cumplir consistía en un *dare oportere*. De ahí que Gayo se refiera en términos claros a las obligaciones de dar (*si paret eum dare oportere*) y no a las de hacer.

Ahora bien, en el fragmento citado, Gayo enseña que el *accipiens* que recibe un pago indebido se obliga igualmente (*quoque*, esto es, al igual que el mutuario) por la cosa (*re*) y, por consiguiente, se le puede exigir la restitución a través de la *condictio*, como si hubiese adquirido por causa de mutuo (*ac si mutuum accepisset*). Las similitudes entre ambas figuras saltan a la vista: tanto la *mutui datio* como la *solutio indebiti* suponen una transferencia de dominio (*datio rei*), la cual engendra una obligación restitutoria de estricto derecho (limitada al *quanti ea res est*) que se hace valer por medio de la misma acción: la *condictio*. La diferencia fundamental entre una y otra radica, en cambio, en que mientras el *mutuum* constituye un *contractus* y, por ello, la *obligatio* del mutuario es *re contracta*, la obligación del *accipiens* no parece derivar de un contrato (*sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere*), porque quien da una cosa por causa de pago, más bien quiere extinguir una obligación que contraerla (*quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*). Desde esta perspectiva, por tanto, la *solutio indebiti* no pareciera constituir un contrato, a pesar de tratarse de un acto lícito que engendra obligaciones, lo que se corresponde con la noción gayana de *contractus* que se deduce de Gai. 3,88. Por lo mismo, Gayo es más bien cauto y se limita a plantear sus aprensiones sobre el carácter contractual de la *solutio indebiti*, sin llegar a afirmar su naturaleza extracontractual en términos categóricos en sus *Institutiones*⁷².

En lo que concierne al objeto de nuestro estudio, resulta fundamental el hecho que Gayo califica la *solutio indebiti* en términos explícitos y directos (en esto no tiene dudas ni aprensiones) como causa de una obligación real, aunque, como vimos, no se atreva a hablar de *obligatio re contracta*. Por ello, el maestro antonino recurre a una expresión más genérica, como es *re obligatur*: Si en Gai. 3,90 decía que se contrae una obligación real, a saber, por la dación en mutuo (*re contrahitur obligatio velut mutui datione*), aquí se limita a decir que el *accipiens* se obliga *re* (*re obligatur*) a la restitución de lo recibido por concepto de pago indebido, evitando recurrir al uso del verbo *contrahere*. Dicho de otro modo, en la *solutio indebiti* el *accipiens* se obliga *re*, pero no contrae una obligación *re* (no constituye un supuesto de *re contrahere*). Luego, el carácter real de la obligación del *accipiens*, que lo asimila en términos prácticos a la posición jurídica del mutuario (contra uno y otro se ejerce la misma acción y están obligados a lo mismo en caso de condenación: el pago del *quanti ea res est*) no viene dado por su naturaleza contractual (que el propio Gayo pone en duda), sino por el hecho de que aquél se obliga en virtud

⁷² Sí lo hace, en cambio, en sus *res cottidianae*, obra en la cual la *solutio indebiti* se encuadra dentro de la difusa categoría de las *variae causarum figurae*. Véase D. 44,7,5,3 (Gai. 3 res cott.). En detalle sobre esta cuestión, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *En torno al carácter (cuasi)contractual de la solutio indebiti en las Institutiones de Gayo*, en REHJ., 39 (2017), pp. 85 ss.; ÉL MISMO, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 14), pp. 97 ss., 151 ss.

de un acto de transferencia de dominio, al igual que el mutuario: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur [...] ac si mutuum accepisset*. Y ya hemos visto que para Gayo la *obligatio re (contracta)* se identifica única y exclusivamente con la *mutui datio*⁷³.

Consecuencialmente, y recurriendo a terminología moderna, podemos afirmar que, así como el mutuo es la causa de obligación real contractual (contrato real) del derecho romano clásico, el pago de lo no debido es la causa de obligación real extracontractual.

6. La *obligatio re contracta* según Paulo

Hasta ahora nos hemos concentrado –acorde con el objeto de nuestro estudio– en textos contenidos en las Instituciones de Gayo. No obstante, creemos imprescindible analizar también un texto ajeno a Gayo, en concreto, un fragmento de la compilación justiniana que brinda suficientes luces acerca de la clasicidad de la noción gayana de *obligatio re contracta* que venimos explicando, y que reza como sigue:

D. 2,14,17pr. (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*”.

Lo primero que debemos destacar sobre esta fuente es que se trata del único texto fuera de la tradición gayano-justiniana en el cual aparece la expresión *obligatio re contracta*. Del contenido del fragmento resulta que el *re contrahere* clásico se identifica con la *mutui datio*, a pesar de que esta figura no aparece mencionada en términos explícitos. En efecto, Paulonos informa que no se contrae una obligación real sino en la medida que algo ha sido dado: [...] *re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*. Luego, la constitución *re* de una relación obligatoria supone una *datio rei*. Ahora, si bien es cierto que el *mutuum* no es mencionado, no cabe duda de que el jurista tardo-clásico está hablando específicamente de la *mutui datio*. Del tenor del texto se desprende inequívocamente que de aquello que se trata es de una obligación contractual (se emplea el verbo *contrahere*), constituida a través de una *datio rei*, que da lugar a una obligación de restitución, unilateral (solo se obliga quien recibe lo dado) y de derecho estricto, ya que se encuentra limitada al *quanti ea res est*, excluyéndose expresamente del ámbito de la acción la posibilidad de demandar una cantidad mayor a la dada: *Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem*.

En otros términos: Paulo se refiere a la entrega translaticia de dominio de una cierta cantidad de bienes fungibles, que da lugar a la obligación del *accipiens* de restituir otro tanto del mismo género, y donde el pacto de pedir una cantidad superior a la transferida (demandar veinte, cuando en realidad se han entregado solo diez) no se encuentra amparado por la acción del *dans*. Pues bien, existe un solo contrato que reúne todas las características recién enunciadas, y no es otro que el mutuo. En efecto, el mutuo supone una transferencia de dominio (*mu-*

⁷³ Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *En torno al carácter (cuasi)contractual*, cit. (n. 72), pp. 95 ss.

tui datio) de una cierta cantidad de bienes fungibles (*res, quae pondero numero mensura constant*), que opera *credendi causa*, esto es, hace nacer en el *accipiens* la obligación de restituir otro tanto del mismo género (*tantundem eiusdem generis*), y que se protege por medio del ejercicio de una acción estrictamente restitutoria (la *condictio*, con *condemnatio* limitada al *quanti ea res est*), por lo que no admite el pacto de intereses, como sería el caso de prestar diez y luego exigir al mutuario la restitución de veinte.

Es dable admitir que para Paulo era tan evidente que al explicar la estructura de la *obligatio re contracta* se estaba refiriendo al *mutuum*, que no estimó imprescindible hacer una mención expresa de esta figura; sus lectores no necesitaban tal explicación, ya que ninguna otra *obligatio contracta* cumple con las características esbozadas en el fragmento citado. De hecho, no se ha conservado texto alguno, dentro o fuera de la compilación justiniana, en el cual Paulo emplee la expresión técnica *obligatio re contracta* respecto de figuras distintas del mutuo. Asimismo, hay que tener presente que la cuestión central tratada aquí no era el *re contrahere*, sino que este viene a colación indirectamente, a propósito de la ineficacia, desde la perspectiva del *actor*, del pacto de intereses (*usurae*): los pactos añadidos (*pacta adiecta*) a un contrato protegido por una *actio* de derecho estricto como la *condictio* solo benefician al *reus*, ya sea porque la acción se encuentra limitada al simple valor de lo dado y el juez, a diferencia de en los *iudicia bonae fidei*, carece de margen de apreciación de la prestación debida y, por consiguiente, no se encuentra facultado para ampliarla según los términos del *pactum*; o bien, por medio de la posibilidad de oponer una *exceptio pacti conventi* si el acreedor demanda el pago de los diez efectivamente dados en vez de los nueve pactados⁷⁴. Lo dicho, por lo demás, corresponde a la simetría –propia del *re contrahere*– entre la cantidad dada y aquella cuya restitución se puede exigir, como ya enseñaba Quinto Mucio (*ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat*).

En conclusión: la *obligatio re contracta* de Paulo se identifica única y exclusivamente con la *mutui datio*, lo que confirma la clasicidad de la noción gayana: *re contrahitur obligatio (velut) mutui datione*.

III. ¿COMODATO, DEPÓSITO Y PRENDA COMO CONTRATOS REALES EN LAS INSTITUCIONES DE GAYO?

Del comodato (*commodatum*), el depósito (*depositum*) y la prenda (*pignus*) como causas de una *obligatio re contracta* en sentido propio, es decir, como supuestos de *re contrahere*, no hay rastro alguno en las fuentes jurídicas romanas, ya sea dentro o fuera de la compilación justiniana. En efecto, el único texto

⁷⁴ En el mismo sentido D. 12,1,11,1 (Ulp. 26 ad ed.): “*Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse*”. Cfr. BRASIELLO, Ugo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 20), p. 583: “*Pei classici che si potesse contrarre un’obligatio re oltre la somma trasmessa egualmente non era ammissibile*”; TALAMANCA, Mario, *Istituzioni*, cit. (n. 7), p. 541: “[...] *l’obbligazione sorge nei limiti in cui è avvenuta la datio*”.

clásico del cual podría llegar a creerse —equivocadamente, a nuestro juicio— que la categoría romana del *re contrahere* incluía no solo al mutuo, como se desprende de Gai. 3,90, sino que también a estas tres figuras, procedería del mismo Gayo, mas no de sus *Institutiones*, sino que de sus *res cottidianae*⁷⁵. En esta obra, Gayo afirma categóricamente que la obligación real se contrae por medio de la dación en mutuo (*re contrahitur obligatio mutui datione*)⁷⁶, para luego señalar que el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio también se encontrarían obligados *re*, pero sin emplear el verbo *contrahere*, sino recurriendo a expresiones más genéricas como *reobligatur* (respecto del primero, al igual que en Gai. 3,91 sobre la *solutio indebiti*) o *re tenetur* (para los otros dos)⁷⁷.

Como no cabe duda de que Gayo reconocía el carácter contractual del *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*⁷⁸, la razón por la cual el jurista evita utilizar el verbo *contrahere* (y, por consiguiente, la construcción *re contrahitur obligatio*) para estas tres figuras, como asimismo, que se centre en la posición de los respectivos deudores que son demandados de restitución y no en la constitución de la relación jurídica misma, no puede ser la misma que en Gai. 3,91. En cambio, creemos que el motivo radica más bien (como hemos intentado demostrar en un trabajo monográfico sobre el contrato real romano)⁷⁹ en que las fórmulas de las *actiones commodati, depositi y pigneraticia in factum conceptae* fueron construidas según el modelo de la *condictio* y, por consiguiente, la posición jurídica del comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio, contra el cual se ejerce, respectivamente, una acción honoraria de comodato, depósito o prenda, es análoga a aquella en la cual se encuentra el mutuario o el falso acreedor en supuestos de pago de lo no debido, ya que todos están obligados a restituir el simple valor de las cosas recibidas en dominio (*mutuum y solutio indebiti*), posesión *ad interdicta* (*pignus*) o natural (*commodatum y depositum*), según el caso⁸⁰. Asimismo, cabe señalar que

⁷⁵ En esta sede no podemos hacernos cargo de la cuestión —todavía abierta— de la autoría gayana de las *res cottidianae*, que creemos es efectiva. Para la opinión del autor sobre este punto nos remitimos a WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 14), pp. 99 ss., y la literatura ahí citada.

⁷⁶ D. 44,7,1,2 (Gai. 2 res cott.).

⁷⁷ D. 44,7,1,3-6 (Gai. 2 res cott.): 3. “*Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur [...]*”. 5. “*Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur [...]*”. 6. “*Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur [...]*”.

⁷⁸ Véase Gai. 2,50; 3,206-207; 4,33; 4,47; D. 20,1,4 (Gai. l.s. form. hyp.); D. 22,4,4 (Gai. l.s. form. hyp.). Yerran, pues, en este sentido, ya ROTONDI, Giovanni, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. Le due formule classiche dell'actio depositi*, en *Scritti giuridici* (Milano, 1922), II, pp. 39 ss.; más recientemente PASTORI, Franco, *Il comodato in diritto romano* (Bologna, 1995), pp. 152 ss., quienes justifican la reducción del *re contrahere* a la *mutui datio* en el hecho que Gayo solo habría considerado los contratos civiles, lo que supone, por tanto, la falsa creencia de que el depósito y el comodato no lo eran.

⁷⁹ WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 14), pp. 183 ss., 218 ss.

⁸⁰ Sobre las así llamadas *konditionenartige Klagen* (acciones honorarias construidas según el modelo de la *condictio*) véase por todos PERNICE, Alfred, *Laboe. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (Halle, 1873, reimp. Aalen, 1963), I, pp. 429 ss.; KASER, Max, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, 1935), pp. 65 ss.

el verbo *teneri* (*actione tenerio*, aquí, *re tenetur*) es propio de los casos en los cuales corresponde el ejercicio de una acción *in factum concepta* en vez de una civil.

En otras palabras: en la medida que el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio reciben una cosa y, por ello, se obligan a la restitución de la misma (*res ipsa*), y, en caso de no hacerlo espontáneamente, el respectivo acreedor puede ejercer contra ellos una acción honoraria estrictamente restitutoria, construida según el modelo de la *condictio*, sería posible llegar a afirmar que, en un sentido amplísimo del concepto, se encuentran obligados *re*, mas en ningún caso que se contrae *re* una relación obligatoria (*re contrahitur obligatio*), ya que este *genus obligationis* exige estructuralmente una transferencia de dominio (*datio rei*), la cual no concurre en ninguno de estos supuestos. Solo en este extremadamente débil y atécnico sentido del término, podría decirse que el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio se obligan *re*, como el mutuario⁸¹. Gayo, por cierto, se cuidó mucho de no confundir las cosas, lo cual se aprecia en la forma en la cual se expresa para referirse al mutuo (*re contrahitur obligatio mutui datione*), muy distinta de la utilizada para las otras tres figuras. De *obligationes re contractae*, así, en plural, no hay rastro alguno en el corpus gayano ni en ningún otro texto de época clásica.

Por tanto, lo cierto es que, al margen de la interpretación que pueda darse al fragmento de las *res cotidianae*, no se ha conservado fuente jurídica clásica alguna en la cual se utilice el sintagma *re contrahere* o alguna de sus derivaciones (*obligatio re contracta*, *re contrahitur obligatio*) respecto de contratos distintos del mutuo; la *mutui datio* es la única causa de obligación real contractual y, por ende, el único contrato real, mencionado explícitamente como tal por los juristas romanos. De ahí que, a nuestro parecer, carezcan de suficiente fundamento las opiniones según las cuales la explicación de la *obligatio re contracta* contenida en las Instituciones de Gayo se habría conservado incompleta. En efecto, el absoluto silencio de Gayo respecto de otros eventuales supuestos de *re contrahere* no puede ser visto como un vacío o laguna en el texto⁸². Para los clásicos –entre ellos Gayo– el sintagma *re contrahere* significaba, específicamente, la constitución de una relación obligatoria (ordenada a la restitución) por medio de *datio rei* en el sentido técnico-jurídico del término. La mera concurrencia de un acto de entrega en el nacimiento de la *obligatio* no tenía una significación jurídica concreta, ya que la *traditio* podía traer consigo la transferencia de dominio sobre la cosa entregada, constituir a alguien en poseedor *ad usucapionem*, *ad interdicta*, o en simple *possessor naturalis* de la misma. De ahí que para la jurisprudencia clásica no tuviera sentido alguno crear una categoría de *obligationes ex contractu* según el criterio de que éstas nacieron por medio de la entrega de una cosa: jurídicamente hablando –que es lo que

⁸¹ WUBBE, Felix, *I contratti reali alla fine della repubblica*, en MILAZZO (ed.), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Napoli, 1990), p. 119: “*depositario, comodatario e creditore pignoratizio potrebbero, a partire dal momento in cui ricevono la cosa, essere considerati debitori, obbligati re in un senso debolissimo di tale espressione*”. Cfr. ÉL MISMO, *Gaius et les contrats réels*, en TR, 35 (1967), pp. 504 ss.

⁸² Eso cree, en cambio, QUADRATO, Renato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvi* (Napoli, 1979), p. 69.

importaba a los *prudentes*— la constitución de una relación obligatoria por medio de la entrega de una cosa no significaba nada en concreto, por lo que no podía bastar como criterio clasificatorio de las obligaciones contractuales⁸³. Fuera del hecho que tanto el mutuo, como el comodato, el depósito y la prenda suponen como acto constitutivo la entrega de una cosa, no hay entre estas figuras nada más en común, lo que es muy poco para configurar una categoría contractual propiamente dicha, si sus supuestos elementos son tan heterogéneos⁸⁴.

Si hubiesen existido *obligationes re contractae* más allá de la nacida de *mutui datio*, Gayo al menos habría debido mencionar (por motivos estrictamente didácticos) que la *datio rei* no era un requisito indispensable en esta categoría. Lo anterior, porque de existir contratos reales para los cuales basta una entrega no translaticia de propiedad, el mutuo constituiría la excepción (uno de cuatro) y el comodato, el depósito y la prenda, la regla general (tres de cuatro). De ser así las cosas, no resultaría lógico que Gayo haya limitado su exposición del *re contrahere* a un caso excepcional, como sería el *mutuum* (Gai. 3,90), omitiendo toda información sobre los casos que constituirían la regla general, lo que no haría más que confundir a sus alumnos sobre la verdadera extensión de la categoría contractual en estudio. Asimismo, no hay que olvidar que Gayo incluye como causa de *re obligari* a la *solutio indebiti* (Gai. 3,91), esto es, un supuesto no contractual, pero que, al igual que la *mutui datio*, tiene a la base una *datio rei* en sentido estricto, como ya se vio. En este orden de cosas, se daría la curiosidad que Gayo habría evitado mencionar supuestos de *re contrahere* propiamente tales, pero se tomó el tiempo para detenerse en un tema que evidentemente lo complicaba, como era la contractualidad del pago de lo no debido, afirmando, empero, su carácter de fuente de una obligación real, como el mutuo.

Lo cierto es que el tratamiento del *re obligari* en general y del *re contrahere* en especial en las Instituciones de Gayo, presenta una perfecta coherencia. Del análisis de esta obra en concordancia con otras fuentes de época clásica, resulta que no hay argumentos que sustenten la opinión de que el maestro antonino sí se habría referido explícitamente al *commodatum*, el *depositum* y, tal vez, al *pignus*, como causas de una *obligatio re contracta*, pero que dichos fragmentos se habrían perdido, tal vez por culpa de un copista descuidado (o mal intencionado), lo que supone la omisión de aproximadamente una página completa del palimpsesto veronés⁸⁵. En tal hipótesis no hayamos más que una conjetura sin base textual o, incluso, una *petitio principii*, consistente en imputar (sin pruebas) a un amanuense desconocido el haber preterido textos (de los que no hay rastro alguno) que nos habría gustado

⁸³ En este sentido ya PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*² (Roma, 1928), II, p. 32: “La frase: *contratto che si fa colla cosa (re) non significa infatti nulla; ed è enorme in ogni caso riassumere in un’unica categoria per il modo di perfezionamento contratti che si perfezionano colla trasmissione del dominio e contratti che si perfezionano dando una cosa, di cui il dante conserva la proprietà e il possesso o sempre o agli effetti almeno dell’usucapione come nel pegno*”.

⁸⁴ Ya había hecho notar este inconveniente SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, cit. (n. 14), p. 469: “[...] otherwise the contracts assembled in this group have nothing in common”.

⁸⁵ En este sentido, sin ofrecer pruebas consistentes, MASCHI, Carlo Alberto, *Tutela, fedecommissi, contratti reali*, cit. (n. 8), pp. 720 ss. Cfr. ÉL MISMO, *La categoria dei contratti reali*, cit. (n. 1), pp. 88 ss.

encontrar en el manual gayano, solo porque coincidirían con nuestra moderna idea de contrato real, a pesar de que las fuentes, luego de una exégesis detallada, nos enseñan más bien lo contrario: que la jurisprudencia clásica conoció una única causa de *obligatio re contracta*, a saber, la *mutui datio*. De hecho, el propio Maschi se ve obligado a reconocer que esta supuesta omisión por parte del malvado o negligente copista carece por completo de justificación⁸⁶. De esta guisa, nos parece un anacronismo, un constructo retrospectivo falso, calificar de enigma⁸⁷ el hecho que en las *Gai Institutiones* no se haya mencionado al comodato, el depósito y la prenda como contratos reales, ya que ello concuerda plenamente con el testimonio de las fuentes, lo que debiera dejarnos tranquilos. La realidad es que, según lo que nos informan los textos jurisprudenciales conservados, ningún jurista de época clásica identificó jamás alguna de estas tres figuras con el *re contrahere*; tal calificación estuvo siempre reservada, única y exclusivamente, al mutuo. En esto, Gayo no constituye una excepción: *re contrahitur obligatio (velut) mutui datione*.

CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

En el presente trabajo hemos intentado demostrar que de las *Institutiones* de Gayo –y, en general, de las fuentes jurídicas de época clásica– se desprende una estructura de la *obligatio re contracta* que se caracteriza por la constitución de una relación obligatoria por medio de *datio rei* en sentido técnico-jurídico, la que se hace valer a través de la *condictio*, en cuanto acción personal estrictamente restitutoria. Hechos lícitos generadores de obligaciones, vale decir, contratos según la noción gayana, que no se fundamentan en la transferencia de la propiedad sobre una cosa, no representan supuestos de *re contrahere* y, por consiguiente, no son susceptibles de ser calificados como causas de una *obligatio re contracta*. Así las cosas, el contrato real romano (si queremos utilizar terminología moderna) se reduce al mutuo. El comodato, el depósito y la prenda, figuras hasta cierto punto afines al mutuo (únicamente en cuanto se celebran mediante la entrega de una cosa –aunque no translaticia de dominio– y el deudor contrae una obligación estrictamente restitutoria que se hace valer por medio de una acción honoraria construida según el modelo de la *condictio*), sólo podrían llegar a ser consideradas como fuentes de *re obligari* en un sentido extremadamente débil y atécnico del término, al punto que, de hecho, ningún jurista clásico –tampoco Gayo– llegó a emplear jamás el sintagma *re contrahere* con respecto a alguna de estas tres figuras.

En consecuencia, podemos afirmar que la atribución al derecho romano clásico en general y a Gayo en especial de la categoría de los contratos reales, tal y como la conocemos hoy en día (es decir, compuesta por mutuo, comodato, depósito y prenda) representa un constructo retrospectivo falso. Un estudio diacrónico del origen de esta categoría sistemática podría extenderse, en el mejor de los casos, hasta la doctrina de los *vestimenta* y el *contractus re* en la tradición del *ius commune*, y luego, por esta vía, hasta el derecho bizantino del siglo VI d.C.,

⁸⁶ MASCHI, Carlo Alberto, *Tutela, fedecommissi, contratti reali*, cit. (n. 8), p. 731.

⁸⁷ Así, textualmente, WUBBE, Felix, *Gaius et les contrats réels*, cit. (n. 81), p. 503.

con las Instituciones de Justiniano como su fuente primordial. En efecto, en esta obra parece desdibujarse la noción clásica de *obligatio re contracta*, a juzgar por el enunciado de la rúbrica del título catorce de su libro tercero: *quibus modis re contrahitur obligatio*, sobre los modos –así, en plural– en los cuales se contrae una obligación por la cosa, para luego pasar a explicar la obligación contraída, respectivamente, por el mutuario, el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio, todas calificadas *re(re obligatur)*⁸⁸, aunque siga empleándose la expresión técnica *re contrahitur obligatio* únicamente respecto de la *mutui datio*, según el modelo de las *res cottidianae*⁸⁹. Quizá aquí la partícula *velut(i)*, a diferencia de en las Instituciones de Gayo, tenga por objeto presentar al *mutuum* simplemente como un ejemplo de *obligatio re contracta*; de ahí el uso del plural en la rúbrica. Luego, puede ser que aquí se encuentre el germen de nuestra categoría de los contratos reales. Pero esta es ya otra historia, que pretendemos estudiar en un próximo trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- BALDUS, Christian, *I concetti di res in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del praetor urbanus*, en *AUPA*, 55 (2012), pp. 41-74.
- BECKER, Christoph, *Die 'res' bei Gaius – Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht* (Köln/Berlin/Bonn/München, 1999).
- BETTI, Emilio, *Sul significato di 'contrahere' in Gaio e sulla non-classicità della denominazione 'quasi ex contractu obligatio'*, en *BIDR.*, 25 (1912), pp. 65-88.
- BIRKS, Peter, *The Roman Law of Obligations* (Oxford, 2014).
- BRASIELLO, Ugo, *Obligatio re contracta*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante* (Milano, 1930), II, pp. 539-587.
- BRASIELLO, Ugo, *In tema di categorie contrattuali*, en *SDHI.*, 10 (1944), pp. 101-149.
- BURDESE, Alberto, *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, en *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* (Napoli, 2001), I, pp. 315-353.
- BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)* (Padova, 1939, reimpr. 1971).
- CAMODECA, Giuseppe, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.)*. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii (Roma, 1999), I.
- CANNATA, Carlo Augusto, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow* (Berlin, 1970), pp. 431-455.
- CANNATA, Carlo Augusto, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo* (Torino, 2008), II.

⁸⁸ I. 3,14,2-4:2. “*Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur [...]*”. 3. “*Praeterea et is apud quem res aliqua deponitur re obligatur, et actione depositi, qua et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur [...]*”. 4. “*Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia [...]*”.

⁸⁹ I. 3,14pr.: “*Re contrahitur obligatio veluti mutui datione [...]*”.

- COING, Helmut, *Europäisches Privatrecht I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)* (München, 1985).
- DALLA MASSARA, Tommaso, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica* (Padova, 2004).
- D'ORS, Álvaro, *Re et verbis*, in MOSCHETTI (ed.), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29 IX 1948* (Milano, 1951), III, pp. 265-303.
- D'ORS, Álvaro, *Répliques Panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano*, in *RDN.*, 88 (1975), pp. 7-26.
- FALCONE, Giuseppe, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in CAPOGROSSI-COLOGNESI; CURSI (eds.), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare (Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010)* (Napoli, 2011), pp. 17-52.
- FALCONE, Giuseppe, *La definizione di obligatio, tra diritto e morale* (Torino, 2017).
- FERRINI, Contardo, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, in *Opere* (Milano, 1929), III, pp. 81-203.
- FIORI, Roberto, *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, in CASCIONE/ MASI DORIA (eds.), *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna* (Napoli, 2007), III, pp. 1955-1974.
- GIUFFRÈ, Vincenzo, *La 'datio mutui'. Prospettive romane e moderne* (Napoli, 1989).
- GIUFFRÈ, Vincenzo, *La definizione di 'obligatio' nelle 'Gai Institutiones'. Un'isola che non c'è?*, in *Iura*, 64 (2016), pp. 101-126.
- GROSSO, Giuseppe, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*² (Torino, 1955).
- GRÖSCHLER, Peter, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden* (Berlin, 1997).
- GUARINO, Antonio, *Diritto privato romano*¹² (Napoli, 2001).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La consensualización de los contratos reales*, in *RDPUCV.*, 29/2 (2007), pp. 35-60.
- HARKE, Jan Dirk, *Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht* (Berlin, 2013).
- HENSSLER, Martin, §§ 688-700, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁶ (München, 2012), IV, pp. 2771-2816.
- HEUMANN, Hermann Gottlieb; SECKEL, Emil, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹ (Jena, 1926).
- JUNG, Byoung-Ho, *Darlehensvaluierung im römischen Recht* (Göttingen, 2002).
- KASER, Max, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, 1935).
- KNÜTEL, Rolf, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht* (Köln/Graz, 1968).
- KNÜTEL, Rolf, *Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im römischen Recht*, in *ZSS.*, 88 (1971), pp. 67-104.
- LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (Leipzig, 1927).
- LIEBS, Detlef, *Römisches Recht*⁶ (Göttingen, 2004).
- MAGDELAIN, André, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur* (Paris, 1958).
- MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*² (Padova, 1999).

- MARTINI, Remo, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, en *Iura*, 42 (1991), pp. 97-109.
- MASCHI, Carlo Alberto, *Tutela, fedecommessi, contratti reali (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)* en *Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano, 1971), IV, pp. 667-774.
- MASCHI, Carlo Alberto, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano* (Milano, 1973).
- NELSON, H.L.W./MANTHE, Ulrich, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar* (Berlin, 1999).
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *Los contratos reales. Legislación, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, 2015).
- PARICIO, Javier, *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, en ÉL MISMO (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, 1994), pp. 49-61.
- PARICIO, Javier, *Contrato. La formación de un concepto* (Cizur Menor, 2008).
- PASTORI, Franco, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano* (Milano, 1985).
- PASTORI, Franco, *Il commodato in diritto romano* (Bologna, 1995).
- PERNICE, Alfred, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (Halle, 1873, reimp. Aalen, 1963), I.
- PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*² (Roma, 1928), II.
- PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia, *Istituzioni di diritto romano* (Torino, 2012).
- QUADRATO, Renato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii* (Napoli, 1979).
- RICCOBONO, Salvatore, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, en *Studi in onore die Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento* (Milano, 1930), I, pp. 123-173.
- ROTONDI, Giovanni, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. Le due formule classiche dell'actio depositi*, en *Scritti giuridici* (Milano, 1922), II, pp. 1-55.
- RÜFNER, Thomas, *Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensura constant* (Berlin, 2000).
- SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee* (Milano, 2002).
- SACCOCCIO, Antonio, *Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo in diritto romano*, en FIORI (ed.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* (Napoli, 2011), 4, pp. 345-418.
- SANTORO, Raimondo, *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, en *AUPA*, 55 (2012), pp. 553-618.
- SARGENTI, Manlio, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, en *Iura*, 39 (1988), pp. 24-74.
- SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law* (Oxford, 1951).
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, 1990).
- TALAMANCA, Mario, *Elementi di diritto privato romano*² (Milano, 2013).
- VARVARO, Mario, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili* (Torino, 2008).

- VERDAM, P.J., *Riflessioni sulla validità della categoria dei contratti reali*, en *Studi in memoria di Emilio Albertario* (Milano, 1953), II, pp. 743-764.
- VIARD, Paul-Émile, *La 'mutui datio'. Contribution à l'histoire du fondement des obligations à Rome. Première partie* (Paris, 1939).
- VOCI, Pasquale, *La dottrina romana del contratto* (Milano, 1946).
- VOCI, Pasquale, *Istituzioni di diritto romano*⁶ (Milano, 2004).
- VON LÜBTOW, Ulrich, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und geltenden Recht, mit Beiträgen zur Delegation und Novation* (Berlin, 1965).
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, 2017).
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano*, en *RChD.*, 44/2 (2017), pp. 323-346.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *En torno al carácter (cuasi)contractual de la solutio indebiti en las Instituciones de Gayo*, en *REHJ.*, 39 (2017), pp. 85-110.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo*, en *RDP*. (Universidad Externado de Colombia), 34 (2018), pp. 19-49.
- WUBBE, Felix, *I contratti reali alla fine della repubblica*, en MILAZZO (ed.), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Napoli, 1990), pp. 109-121.
- WUBBE, Felix, *Gaius et les contrats réels*, en *TR.*, 35 (1967), pp. 500-525.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town, 1990, reimp. Oxford, 1996).