

La consensualidad de los contratos en el Derecho Romano

Socorro Moncayo Rodríguez*

RESUMEN: En este trabajo se analizan los esfuerzos realizados por la jurisprudencia clásica encaminados a identificar en el *consensus* un elemento esencial del contrato. Se revisa el desarrollo de los contratos con el fin de detectar como el mundo romano se va despojando paulatinamente del riguroso formalismo para dar cabida al *consensus* como fuente de obligaciones y finalmente cómo la presencia de otros factores como los *iudicia bonae fidei*, los contratos innominados y los pactos contribuyen al desarrollo de la consensualidad de los contratos.

Palabras clave: Contrato, consensualidad, convenio.

ABSTRACT: *In this paper, the efforts made by classic jurisprudence directed to identify in the consensus an essential element of contract are analyzed. The development of contracts is revised with the purpose of detecting how the roman world is slowly getting rid of the rigorous formalism to give way to the consensus as a source of obligations and finally as the presence of other factors as the iudicia bonae fidei, the not nominated contracts and the pacts contribute to the development of consensuality of the contracts.*

Key words: *Contract, consensuality, covenant.*

SUMARIO: 1. Origen y desarrollo histórico de los contratos. Surgimiento de los consensuales. 2. Aspectos que contribuyen a la consensualidad de los contratos: A. *Iudicia Bonae Fidei*. B. Contratos innominados. C. Pactos. Conclusiones.

1. Origen y desarrollo histórico de los contratos. Surgimiento de los consensuales

La noción del contrato como acuerdo de voluntades entre dos o mas personas era ajena al antiguo derecho romano y constituye sin duda el fruto de una larga evolución histórica que inicia con la realización de actos solemnes, ceremonias y rituales para dar paso al

* Investigadora de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

nacimiento de una obligación. La Roma primitiva caracterizada por costumbres toscas y rudimentarias debió utilizar procedimientos cargados de formalismos y poco numerosos para vincular a dos personas que pretendían obligarse. A través de un proceso lento y continuo, el derecho romano fue simplificando y en ocasiones abandonando las formalidades que acompañaban rigurosamente a las voluntades de las partes que se obligaban. De este modo los juristas romanos, sea por la evolución natural de su derecho, como por la incorporación de algunas instituciones del derecho común a los pueblos del mediterráneo, denominado genéricamente *ius gentium*, llegaron a tipificar en el derecho clásico cuatro clases de contratos: *re, verbis, litteris y consensus*. Clasificación que en realidad se vinculaba al tipo de obligación que se contraía, la expresión *contrahere obligationem* precisamente significa obligación contraída y el agregado *re, verbis, litteris, consensus* indica el modo en que se constituía el vínculo, que ahora traducimos calificando al acto mismo como contrato real, verbal, literal y consensual.

La forma más antigua de obligarse en el derecho romano fue a través de la pronunciación de determinadas frases solemnes, fuera por parte de uno o de ambos contratantes: *obligaciones verbis contractae*. Estos actos no podían ser modificados por los contratantes tanto en lo concerniente a la forma como en relación a los efectos que el derecho les atribuía.¹ Forman parte de esta categoría figuras muy antiguas como la *sponsio* o *stipulatio* (que se mantuvo en vigor durante toda la época clásica).

La *stipulatio* consistía en la conjugación de una interrogación solemne del acreedor al deudor con una congruente respuesta de éste último al acreedor (*spondes dari centum?, spondeo*). En principio sólo se utilizó el verbo *spondere*, más tarde se permitió el uso de otras formas verbales, admitiéndose que pudieran tener acceso también los extranjeros, conociéndose esta figura derivada de la *sponsio* como *stipulatio*.

El contenido de estos contratos podía ser muy variado adaptándose a todo tipo de necesidad, siempre que se respetara la forma, servía de base para constituir obligaciones de dar, hacer, prometer, garantizar, etc.

Es necesario puntualizar que en esta categoría de contratos la observación de la expresión verbal requerida era suficiente para el nacimiento de la obligación, siendo por tanto, poco relevante el consentimiento entre las partes para la validez del mismo.

Aparecieron posteriormente los contratos *litteris* que se perfeccionaban con el uso de determinadas formas escritas por las partes. Todo *paterfamilias* romano acostumbraba hacer un registro de las operaciones que realizaba en un libro denominado *codex accepti et expensi*, de manera que cuando confería un préstamo registraba el nombre del deudor y de la suma debida en la columna correspondiente a las salidas, este tipo de acto se denominaba *expensilatio* o *nomen transcripticium* y desapareció en la época clásica, apareciendo nuevos contratos literales; *singraphaey chirographae* en el periodo posclásico.

¹ No podían sujetarse, por tanto, ni a término, ni condición, Cfr. E. Volterra, , *Istituzioni di diritto privato romano*, La Sapienza Editrice, Roma, 1993, p. 454.

En estos contratos, el uso de la escritura era suficiente para generar la obligación, fue tan importante el registro que a pesar de no haberse realizado la erogación de la suma prometida al deudor, la obligación surgía con plenos efectos civiles.

Aparece otra forma de contraer obligaciones a través de un pacto no formal acompañado al mismo tiempo de la entrega de una cosa a otro sujeto para que la use, o tratándose de cosas fungibles, la consuma, obligándose a restituir la misma cosa u otra del mismo genero en caso de haberla consumido. Pertenecen a la categoría de los contratos *re*, la *fiducia* (garantía), el mutuo (préstamo de consumo), el comodato (préstamo de uso) entre otros; todos tienen en común el acuerdo de restitución de la cosa entregada. Podemos observar que en este tipo de contratos comienza a tener cierta relevancia el *consensus*, la voluntad de las partes tendiente a la restitución, sin embargo no se acepta aún que del simple acuerdo pueda nacer la obligación, esta surge sólo si al acuerdo se acompaña la entrega material de la cosa, de ahí el nombre que asumen estos contratos: *contrahere re*, asunción de una obligación por la entrega.

La voluntad como elemento esencial del contrato, finalmente asume relevancia con la introducción de los contratos consensuales, es decir aquellos que se basan en el simple *consensus* de las partes, de cualquier manera manifestado.

Estos contratos tienen un lugar especial en el “sistema contractual” romano. Gayo en las *Institutas* hace referencia en forma expresa a la diferencia entre estos y los contratos formales, *verbis* y *litteris* al afirmar:

Gai. 3. 136.

Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse.

Gai. 3. 136.

Y así decimos que en estos modos la obligación se contrae con el consentimiento, ya que no es necesaria forma alguna, ni de palabra ni de escritura, sino que es suficiente que quienes hacen el negocio, hayan convenido hacerlo.

El jurista, para destacar que en estos contratos la obligación surge del simple acuerdo entre las partes, marca con toda claridad que en ello radica la diferencia con los contratos verbales y literales, en donde la eficacia de la obligación depende de manera directa e inmediata de las expresiones verbales o del uso de la escritura referidas por el *ius civile*.

La esencialidad del *consenso* es afirmada por el mismo Gayo a propósito de la compraventa en particular, al manifestar:

Gai. 3. 139.

Emptio et venditio contrahitur cum

Gai. 3. 139.

Se contrae la compraventa cuando se

de pretio convenerit quamvis nondum pretium numeratum sit...

conviene acerca del precio, aún cuando este no se ha pagado...

En este fragmento Gayo enfatiza sobre la consensualidad de la compraventa relevando que ésta se perfecciona a partir del consentimiento de los contratantes, aún cuando no haya sido consignado todavía el pago.

Gayo visualiza una diferencia más entre estos contratos, los verbales y los literales.

Gai. 3. 137.

Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquim in verborum obligationibus alius stipulatur, alius promittat; et in nominibus alius expensum ferendo obligat, alius abligatur.

Gai. 3. 137.

También en estos contratos una de las partes queda obligada respecto de la otra en virtud de la prestación que ésta debe realizar conforme el *bonum et aequum* diversamente en las obligaciones *verbis* una de las partes estipula y la otra promete y en las obligaciones literales uno se obliga por la anotación en el *expensum* y el otro queda obligado.

De este fragmento deriva que los contratos consensuales generan obligaciones para ambas partes, en tanto que los verbales y literales crean una obligación para una sola de las partes. De manera que en el pensamiento de Gayo existe una relación directa entre los contratos consensuales y la reciprocidad de las obligaciones.

Para el jurista clásico los contratos consensuales se caracterizan precisamente por generar obligaciones bilaterales, una concepción equivalente al *synallagma* (de ahí la denominación contratos sinalagmáticos), que ya Labeón había identificado en los contratos; y en este sentido no serán contratos ni las promesas, ni las *stipulationes*, ni las formas documentales (*obligaciones litteris*) por carecer de dicha reciprocidad.

Son consensuales los contratos: compraventa, locación, sociedad y mandato.²

Por otro lado es necesario observar como en el fragmento anterior Gayo utiliza la expresión “estos contratos”, al referirse a los consensuales, expresión que no aparece cuando se refiere a las obligaciones que nacen *re*, *verbis* o *litteris*, lo que podría hacer suponer que el jurista considerase como típicos o auténticos contratos, los consensuales.

² Gai. 3. 135. “Por el consentimiento se hacen las obligaciones en las compraventas, las locaciones, las sociedades y los mandatos”.

2. Aspectos que contribuyen a la consensualidad de los contratos

A. *Iudicia bonae fidei*

La aparición y desarrollo de los contratos consensuales tiene estrecha relación con la introducción de la fórmula que contenía la cláusula *ex bona fide* en el proceso civil romano.

Se distingue entre *iudicia* o *actiones stricti iuris* y *iudicia* o *actiones bonae fidei*, en los primeros el juez debe dictaminar conforme a las indicaciones estrictamente contenidas en la fórmula, respecto a las situaciones de hecho y de derecho en controversia, como las nacidas de delitos, de préstamos, de *stipulationes*, es decir, estas acciones se vinculan a obligaciones unilaterales.

En las segundas, el juez está facultado ampliamente para valorar la pretensión del demandante conforme a la buena fe y corresponden a las obligaciones bilaterales, generalmente son las acciones derivadas de los contratos consensuales.

Al respecto Gayo en las *Institutas* (4. 61.) establece: “En los juicios de buena fe aparece permitido al juez la libre potestad de estimar el monto de lo que se debe restituir al actor conforme al *bonum* y al *aequum*. En esto está comprendido que, tomada en cuenta la prestación que debiera el actor a su contrario por la misma causa, se condene al demandado sólo por el resto”.

De los *iudicia bonae fidei* se habla ya en la República, Cicerón *De. of.* 3. 17. 70. proporciona un listado de ellos, atribuyéndolo a *Quinctus Mucius Scaevola* que comprende las *actiones tutelae*, la *actio pro socio*, la *actio fiduciae*, la *actio mandati*; la *actio empti venditi* y la *actio locati conducti*. Gayo (4. 62.) agrega a las anteriores la *actio negotiorum gestio*, la *actio rei uxoriae* (para recuperar la *dote*) y la *actio depositi*. Mismas que reproduce el Edicto Tit. XIX (*De bonae fidei iudiciis*).

Es significativo que fuera de las acciones relativas a la tutela y a la *dote*, se haga referencia a los cuatro contratos consensuales, compraventa, sociedad, locación y mandato.

Contratos que, como ya señalamos, son generadores de obligaciones bilaterales, en tanto los *verbis*, *litteris* y *re* son productores de obligaciones unilaterales y, protegidos por acciones *stricti iuris*, acciones que no podrían ser aplicadas a los contratos *consensu* debido a la característica de la reciprocidad, por lo que requerían de procedimientos especiales, y estos se encuentran precisamente en los *iudicia bonae fidei*.

Estas acciones tienen su origen en el comercio internacional, se crean para proteger los contratos del derecho de *gentes*, que recibían protección por parte del pretor peregrino.³

³ Cfr. M. García Garrido, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1993, pp. 185-186.

Permiten al juez tener en consideración las obligaciones recíprocas entre los litigantes para estimar el monto de lo que se debe restituir.⁴

El demandado no requería interponer la *exceptio doli mali*, ni ninguna otra excepción basada en la equidad, puesto que se entendían implícitamente incorporadas y el juez las tomaba en consideración.

El juez también tenía en cuenta los pactos convenidos por las partes tanto en el momento de la celebración del contrato (*in continenti*) como los posteriores que modifiquen las obligaciones contraídas (*ex intervallo*).

Atendiendo a la reciprocidad de las obligaciones, la iniciativa procesal podía ser tomada por cualquiera de las partes que intervinieron en el contrato correspondiente, tratándose de contratos sinalagmáticos existía la posibilidad de que nazcan acciones para cada una de las partes contratantes.

En base a la buena fe el juez podía valorar de manera más flexible la responsabilidad del demandado y las pretensiones del actor, con la finalidad de estimar pecuniariamente la condena.

El demandado estaba facultado para cumplir su obligación, realizando la prestación convenida hasta antes de la sentencia, con lo que venía absuelto por el juez.

Lo anterior implica que el juez podía revisar y analizar el contenido del contrato, buscando la intención de los contratantes a la luz de los principios de buena fe y de la lealtad a la palabra manifestada por las partes mismas en sus recíprocas relaciones jurídicas. En esta perspectiva los *iudicia bonae fidei* privilegian el acuerdo, el consenso entre las partes, del cual derivan las respectivas obligaciones, sin importar la solemnidad de las expresiones verbales o de la escritura. La introducción de los contratos consensuales fue posible cuando el pretor peregrino admite este tipo especial de formulas, dando paso a los *iudicia bonae fidei*.

B. Contratos innominados

Si bien en las *Institutas* de Gayo se realiza una clasificación taxativa de los contratos y fuera de estos cualquier otro acuerdo no constituiría obligaciones, careciendo por tanto de acciones para su tutela, entre el siglo II y III d. C., se admitieron algunas instituciones dieron la tutela del derecho civil a otros acuerdos que no formaban parte del grupo de los contratos típicos, si estaban justificados por una adecuada causa.

⁴ El juez compensaba previamente lo que el demandado pudiera hacer valer ante el actor en virtud de las obligaciones recíprocas, *Cfr.* A. D'Ors, *Derecho privado romano*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, p. 509.

Esta practica nos es remitida por un fragmento de Ulpiano, en el que se refiere a los juristas de vanguardia Aristón y Mauriciano:

D. 2. 14. 7. pr.

Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteris similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tanem causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem, ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συναλλαγμα esse et hinc nasei civilem obligationem, et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: essi enim contractum, quod Aristo συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.

D. 2. 14. 7. pr.

Algunos de los convenios del derecho de gentes generaron acciones, algunas excepciones 1. Aquellos que generaron acciones no conservan el nombre de convenios, sino que asumen el nombre propio del contrato: así la compraventa, la locación, la sociedad, el comodato, el depósito y todos los demás similares contratos. 2. Pero aún cuando el negocio no se resuelve en otro contrato, sin embargo subsista una causa, justamente Aristón contestó a Celso que existe de todos modos una obligación, así por ejemplo si te he dado una cosa con la finalidad de que tu me dieses otra, o si te he dado una cosa para que tu hicieses otra cosa: esto es un sinalagma, y de ello nace una obligación civil. Y así considero que justamente Juliano haya sido corregido por Mauriciano en el siguiente caso: te he dado el esclavo Stico con el fin de que manumitieses el esclavo Pánfilo: tu lo has manumitido; el esclavo Stico fue vindicado. Juliano escribe que el pretor debe conceder una acción *in factum*; Mauriciano sostiene que es suficiente una acción civil incierta, es decir, *praescriptis verbis*: en efecto subsiste un contrato, que Aristón llama sinallagma, y de él nace esta acción.

Se piensa⁵ que este fragmento hubiese podido sufrir algunas interpolaciones, sin embargo el pensamiento de Ulpiano resulta de gran claridad y coherencia, plantea la existencia de un acuerdo entre las partes que no se identifica con los tipos de acuerdos reconocidos por el derecho civil o el derecho de gentes, a pesar de esta circunstancia, es

⁵ Cfr. G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli editore, Torino, 1994, p. 405.

decir de no constituirse en uno de los contratos que tiene un nombre propio, es susceptible en opinión de Aristón de generar una obligación, siempre que subsista una causa, la cual puede consistir en que alguien dé una cosa para recibir otra. Mauriciano en un caso en el que Juliano había propuesto al pretor otorgar una *actio in factum*, considera en cambio que corresponda una *actio civilis incerti*.

Los dos juristas se basan en el mismo argumento que dicho acuerdo sea un *synallagma*, figura a la que ya Labeón había equiparado al contrato. Los juristas Aristón y Mauriciano extienden la figura a aquellas situaciones en las que las partes habían acordado prestaciones recíprocas y una de ellas se había verificado dando vida a un nuevo contrato atípico.

Este fragmento pone de manifiesto la importancia del elemento voluntad, al reconocer que simples convenios entre las partes, aún cuando carezcan de acciones propias para su protección, constituyan substancialmente nuevas figuras que modifican el contenido de las categorías típicas y que encuentran fundamento en el acuerdo de las partes. Ejemplos de estos contratos atípicos son la permuta y el *aestimatum* entre otros.

Los bizantinos tomando como referencia la cita de Ulpiano, arriba mencionada, en donde habla de las convenciones que asumen un nombre como contratos y las contrasta con aquellas que carecen de nombre, introdujeron la expresión “*anonimon synallagma*”, es decir, contratos sin nombre, de ahí que los compiladores elaboraron la categoría de los contratos innominados; los cuales según un fragmento de Paulo⁶ se dividen en cuatro clases: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*.

C. Pactos

La preocupación de los juristas romanos por reconocer a la *conventio* de las partes, mayor relevancia y autonomía se manifiesta, a más de la extensión de los contratos típicos con la configuración de los nuevos contratos que ya enunciamos en el apartado anterior, en la precisa y concreta valoración substancial y procesal del contenido concreto de los particulares acuerdos, que las partes celebraban de manera independiente o vinculados a relaciones jurídicas preexistentes, es decir, los pactos.

En las diferentes etapas que conforman el derecho romano, no existe una noción unívoca de los pactos, constituyen una categoría en constante evolución que inicia desde las XII Tablas, se enriquece con el trabajo del pretor, las elaboraciones doctrinarias de la jurisprudencia clásica, las contribuciones mediante las constituciones imperiales hasta su incorporación en la compilación justiniana, creándose por los compiladores una teoría de los pactos, que posteriormente será objeto de estudio y ampliaciones por los juristas bizantinos y medievales.⁷

⁶ D. 19. 5. 5. *Aut enim do tibi, ut des, aut do, ut facias, aut facio, ut des, aut facio, ut facias...*(Porqué o te doy para que des, o doy para que hagas, o hago para que des o hago para que hagas...)

⁷ Cfr. E. Volterra, *op. cit.*, p. 572.

Una primera alusión al reconocimiento de los pactos aparece en la Ley de las XII Tablas (Quinto siglo antes de Cristo) en los fragmentos I. 6-7. que reproduce Cicerón (*ad Herennium* 2. 13. 20.). *Rem, ubi, pacunt, orato; ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto*, la palabra *pacunt* aquí significa, si se avienen, si llegan a un arreglo, se concluya, si no se avienen, si no llegan a un arreglo se presenten en el comicio o en foro, expongan la causa antes del medio día.

Debido al carácter excesivamente formal del antiguo proceso civil romano resulta difícil pensar que las XII Tablas reconocieran efectos directos al pacto celebrado por los contendientes, haciéndole surgir una obligación, es más factible que le atribuyese efectos procesales poniendo fin al pleito.

En la misma Ley encontramos otra referencia a los pactos, en VIII. 2. reportada por Festo: *Se membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*, si alguien amputó un miembro, y no se avienen, se aplique el talión. Aquí el *pactum* trataba de evitar la aplicación de una norma específica, creando *ex novo* una situación jurídica que viene a sustituir a una situación jurídica preexistente⁸, en la que el autor de un delito estaba condenado a sufrir el talión, mediante el pacto evitaba las consecuencias que la misma ley había establecido.

Los pactos hasta aquí reseñados no tenían una vida autónoma, sino que surgían entre las partes en función de relaciones jurídicas ya preestablecidas.

Siguiendo estos principios el pretor reconoce eficacia al pacto celebrado por las partes contendientes en un juicio o que de algún modo pudieran iniciar una controversia, conviniendo renunciar al ejercicio de la acción, como el *pactum de non petendo*, por el cual el acreedor de una obligación convenía con el deudor no requerirle la prestación debida o bien aplazar dicho pago. Este pacto no estaba dirigido a crear una nueva relación obligatoria, más bien quería evitar los efectos de un proceso, el pretor reconocía el contenido del pacto otorgando en beneficio del demandado, una *exceptio* tendiente a evitar su condena.

Tenían el efecto de modificar la relación jurídica preexistente aquellos pactos que se insertaban en el ámbito de los contratos protegido mediante *iudicia bonae fidei*, donde el juez gozaba de amplios márgenes de libertad para realizar su valoración discrecional, tomando en consideración todos los acuerdos tomados por las partes, incluidos los pactos. Aquí el objeto de los pactos no era el de no ejercer tal acción o no ejercerla durante cierto tiempo, sino modificar los efectos obligatorios, aumentándolos o disminuyéndolos.

Es necesario distinguir en este tipo de pactos entre aquellos que eran acordados *ex continenti*, es decir, en el momento de la celebración del contrato y aquellos denominados

⁸ En estos casos la palabra *pactum* deriva de *pacisci*, que está relacionado con *pax*, por lo que debemos traducir literalmente en: hacer las paces. En este mismo sentido más adelante Ulpiano recordará el significado de *pactum*, D. 2. 14. 1. 1. *Pactum autem a pactione dicitur, inde etiam pacis nomen appellatum est* (Más dícese pacto, de pacción; de donde también se deriva el nombre de paz).

pacta ex intervallo que eran incorporados por las partes posteriormente a la celebración del mismo.

Los primeros al introducirse en el momento de la conclusión del negocio jurídico principal se entendían incorporados en el mismo y el juez deberá tomarlos en consideración al realizar la valoración con la finalidad de emitir la condena o la absolución. El pretor extendía, pues, a estos pactos la acción correspondiente al contrato principal⁹. Entre estos tenemos el *pactum de retro-vendendo*, el *pactum commisorium* y el *pactum de non praestando evicitione* entre otros.

Los segundos, es decir, los pactos agregados a los contratos de buena fe, *ex intervallo*, no gozaban de acción, el pretor les concedió protección a través de una *exceptio* a favor del demandado.

En términos generales el pretor había señalado en su edicto:

D. 2. 14. 7. 7.

Ait praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, principium neque quo Fraus cui eorum fiat, facta erunt servabo.

D. 2. 14. 7. 7.

Dice el pretor: Mantendré los pactos convenidos que no se hubieren hecho ni con dolo malo, ni contra las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, edictos de los príncipes y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos.

Por otro lado, el pretor reconoce los efectos de ciertos pactos confiriéndole *acciones in factum*, conocidos con el nombre de pactos pretorios, se trata de convenios que al no fundarse en las causas previstas por el *ius civile* no constituyen contratos. Los pactos pretorios a diferencia de los precedentes pactos, poseen mayor tutela procesal, pues aquellos daban origen sólo a una excepción o bien si eran incorporados *ex continenti*, el juez debía tenerlos presentes para la condena o absolución. Los pactos pretorios en cambio cuentan con una acción *in factum* con la que pueden iniciar un juicio en contra de la persona que no cumpla la prestación.¹⁰

Surge de este modo el pacto de *constitutum debiti proprii* cuando el acreedor y el deudor o *constitutum debiti alieni*, si el acreedor y un tercero acuerdan el pago de una deuda preexistente en un día o lugar determinado, era una especie de novación informal tutelada por la *actio de pecunia constituta*.

⁹ Al respecto Ulpiano afirma en D. 2. 14. 75. Antes bien, a veces forma la misma acción, como en los juicios de buena fe; porque solemos decir que los pactos convenidos se contienen en los juicios de buena fe. Más esta se ha de entender así, que si los pactos subsiguieron inmediatamente estén comprendidos también por la parte del deudor.

¹⁰ Estos pactos fueron llamados en la edad media pactos vestidos en contraposición de los simples pactos o *pactos nudos*.

Parecido a este era el *receptum argentarii* por el cual el banquero se comprometía a pagar a una persona la deuda de su cliente, si no cumplía podía ser demandado en juicio mediante la *actio recepticia*.

Posteriormente surgen los pactos legítimos que son aquellos reconocidos por las constituciones imperiales mediante el otorgamiento de una acción, la *condictio ex lege*. Estos acuerdos hacen surgir auténticas obligaciones entre las partes por ejemplo: la promesa de constitución dotal sancionado por una constitución de Teodosio II y Valentiniano (C. Th. 3. 13. 4. C = 5. 11. 6.). La simple promesa de constituir la dote, aún cuando no haya observado la forma de la *stipulatio* o de la *dictio dotis* origina una obligación para aquel que la haya ofrecido, pudiendo ser requerido en juicio.

En el derecho justiniano no encontramos grandes cambios a lo establecido en el derecho clásico y posclásico en torno a los pactos; siguiendo los lineamientos marcados en esos periodos se incrementa el número de pactos tutelados procesalmente, por ejemplo, el pacto arral que era el acuerdo de intercambiar cosa por precio acompañado por la entrega del arra, si las partes no cumplen una pierde el arra dada, la otra debe restituir el doble del arra recibida, las acciones que tutelaban esta figura eran la *condictio sine causa* y la *actio empti*.

De lo expuesto podemos decir que la diferencia entre *pacta* y *contractus* en el derecho romano es atenuada gradualmente a través de una creciente relevancia atribuida a los pactos, mediante la tutela primero de excepciones, después de acciones *in factum* y posteriormente la elaboración de nuevas figuras obligatorias por obra de las constituciones imperiales. El derecho justiniano fue receptor de los avances técnicos del derecho clásico y posclásico sin introducir cambios considerables. Fueron los juristas bizantinos que generalizando el concepto de pacto lo identifican con el convenio y distinguen los pactos desde la perspectiva de los efectos que se les reconocen en pactos legítimos y pactos nudos. De igual modo definieron los contratos como convenios o pactos que contaban con una propia denominación y eran tutelados por el derecho, en tanto, que los contratos innominados eran pactos carentes de nombre.

Estos conceptos fueron objeto de estudio y elaboraciones teóricas por los glosadores e introducidos al derecho común y finalmente en las modernas codificaciones.

Conclusión

A manera de colorialio podemos decir, que el sistema contractual del derecho moderno en nuestra tradición jurídica es el resultado de un largo proceso evolutivo, en el cual encontramos en los diferentes periodos en que se divide el desarrollo del derecho romano la tendencia constante de otorgar siempre un mayor reconocimiento jurídico a la voluntad de las partes contratantes hasta alcanzar esa autonomía que la caracteriza como el elemento esencial del cual deriva la constitución de todo efecto jurídico obligatorio o real.

Bibliografía

D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.

GARCÍA GARRIDO, M., *Diccionario de jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1993.

PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli editore, Torino, 1994.

VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, La Sapienza Editrice, Roma, 1993.