

V

VARIA ROMANA

RE ET VERBIS (Resumen de la comunicación presentada al Congreso Internacional de Derecho Romano, en Verona, septiembre 1948).

Intento en mi comunicación esclarecer el valor de la antítesis *re-verbis*. A propósito de este tema he tenido que tratar puntos diversos que estoy seguro podrían dar lugar a largas discusiones. Pero como quiero ser sumamente breve en esta mi comunicación oral, yo ruego a los maestros y colegas que tienen la gentileza de escucharme suspendan su juicio sobre mis afirmaciones hasta que se publique y puedan leer toda la demostración que ofrezca en mi trabajo escrito. Como es natural, no puede aludir ahora a las diversas teorías, sostenidas en parte por ilustres romanistas aquí presentes y que aparecen comentadas, y eventualmente discutidas, en mi escrito; tampoco puedo referirme a los textos del Digesto, de cuyo examen crítico obtuve las conclusiones. Me tengo que limitar a exponer brevemente la vía de mi pensamiento y las conclusiones más importantes a que creo haber llegado.

Quizá no haya mucho desacuerdo en un punto: en que la famosa clasificación gayana de las obligaciones *ex contractu*, luego perpetuada por las Instituciones de Justiniano, la famosa cuatripartición *re-verbis-litteris-consensu*, constituye, como decía el egregio Bonfante, «una disgrazatissima classificazione», con un valor puramente escolástico, pero de ningún modo científico. Ahora bien: temo que nadie aceptará fácilmente que esta cuatripartición sea exclusiva de Gayo, y que no se encuentra para nada en la jurisprudencia clásica. En mi escrito rebato los argumentos contrarios presentados por Pernice, Perozzi, De Visscher, Lauria y, recientemente, por Voci. No puedo detenerme en este punto, pero los dos textos en que parece apoyarse la opinión contraria a la mía son dos textos inservibles: en

primer lugar, aquel fatigado texto de Ulpiano (Dig. 2, 14, 1, 3), donde, invocándose a Pedio, se dice que *nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat*. Texto interpolado, como todos, en mayor o menor medida, admiten; en segundo lugar, aquel texto, también conocido de la crítica, en Dig. 46, 3, 80, en el que, comentando a Mucio, dice Pomponio que toda obligación debe extinguirse de la misma manera que se formó, sea *re* sea *verbis*, ya que también la *emptio* (*sic*) y la *locatio conductio* (*sic*), que se contraen *nudo consensu*, deben *dissensu contrario solvi*. Aparte estos dos textos manipulados, en los que el miembro *litteris* no aparece—y no creo que debamos pensar en una supresión sistemática del contrato literal por manos bizantinas—y en uno de los cuales no se menciona tampoco el miembro *consensu*, no quedan más que otros argumentos indirectos privados de todo valor para negar que la cuatripartición sea una invención gayana. No basta; no sólo faltan testimonios de que la cuatripartición sea anterior a Gayo, sino que también faltan para la época posterior. La cuatripartición propiamente dicha no aparece en ningún texto. La serie *re-verbis-consensu* aparece tan sólo en cuatro textos que demuestro manipulados. Lo que sí se presenta con mucha frecuencia es la antítesis *re-verbis*. En esto debemos mucho al esfuerzo crítico de Brasiello. Pero donde yo me separo de Brasiello es al considerar el sentido de esta antítesis *re-verbis*, que para mí no tiene una aplicación tan amplia como la que Brasiello sostiene, sino que se refiere concreta y exclusivamente a un negocio muy corriente de la vida jurídica en los romanos: al mutuo *cum stipulatione*. La ampliación, como diré, es post-clásica.

La cuatripartición gayana ha producido el pernicioso efecto de que durante siglos y siglos nos hayamos acostumbrado a decir que el mutuo era un contrato real. Pero el conocimiento directo de la vida jurídica romana tal como nos la presentan, no sólo los documentos, sino los mismos textos del Digesto, donde la ausencia de *stipulatio* se hace observar siempre de un modo expreso y como algo casi anormal, demuestra que el mutuo, corrientemente, se «formalizaba» en una *cautio* estipulatoria. Existía, sí, la posibilidad de una simple entrega de dinero sin formalidad, pero ese era un mutuo amistoso, casi irrelevante para el Derecho, ya que, normalmente, y en buena parte a consecuencia de la dificultad de la prueba, no llegaba a producir la crisis del litigio, es decir, no daba lugar a reclamaciones judiciales. El mutuo importante para el proceso, el más corriente, era el mutuo profesional, el *fenus*, y éste necesariamente se formalizaba en una *cautio* estipulatoria, ya que, entre otras razones que expongo en mi escrito, necesitaba de la estipulación

para poder engendrar una reclamación de *usurae*. La distinción entre este mutuo profesional, feneraticio, y el simple mutuo amistoso, puede equipararse a la distinción que hace Cvetler, para el derecho de los Papiros, entre δάνειον y γρησις.

Este negocio era un contrato unitario, pero compuesto de dos aspectos o momentos: la *numeratio* y la *stipulatio*. La antítesis *re-verbis* sirvió a la jurisprudencia clásica para entenderse en una rica problemática a que esta duplicidad de aspectos se ofrecía; entre otras hipótesis: si la *numeratio* no llegaba a realizarse, la *obligatio* nacía *verbis*, pero quedaba paralizada por una *exceptio doli*; si, en cambio, la *stipulatio* resultaba ineficaz, la *obligatio* nacía, en todo caso, por la *numeratio*, esto es: *re*.

La crítica que de este negocio *re et verbis* han realizado varios autores, principalmente el malogrado Gino Segré, adolece, en mi opinión, de un defecto: parte del preconcepto de que en tal contrato se encerraban dos, uno real y otro verbal. Como ya hemos dicho, ésta no era la manera de ver de los clásicos, pues para ellos la antítesis *re-verbis* no aludía a tipos contractuales, sino concretamente a la distinción entre *numeratio* y *stipulatio* en aquel negocio único que es el *fenus*; tan único, que la *stipulatio* posterior no producía en él efectos novatorios.

Estos críticos que combatieron el monstruo inexistente de un contrato bifronte, que encerraba dos contratos en uno, estaban también bajo el influjo de la consabida cuatripartición gayana.

Gayo alteró, pues, el valor de la antítesis *re-verbis* al aprovechar esta antítesis para, combinándola con la antigua clasificación de las causas de la *actio certae creditae pecuniae* (*pecunia data, expensilata, stipulata*)—esto ya lo intuyó Pernice—y añadiendo el cuarto miembro, heterogéneamente compuesto, de las obligaciones *consensu*, crear su «disgraziatissima classificazione».

Así se explica que Gayo fuera capaz de enumerar todos los contratos consensuales, y aun excesivamente llenar el cuadro de los literales—ya que los síngrafos y quirógrafos no eran propiamente fuentes de obligación—, en tanto se mostraba incapaz de llenar un cuadro completo de los contratos reales y verbales. En las fuentes post-clásicas, el cuadro de los contratos reales se aumenta con el depósito, etc., y el de los verbales también ha sido completado por los tratadistas modernos; pero el hecho es que Gayo no sabe mencionar, para una y otra categoría, respectivamente, más que el mutuo—al que se asimila tímidamente el pago de lo indebido—y la *stipulatio*. Precisamente porque

numeratio y *stipulatio* eran los términos a que concretamente se refería la antítesis *re-verbis*.

De este modo, el mutuo se convirtió en un contrato puramente real y la *stipulatio*, que era una «forma» contractual, se convirtió en una clase de contrato típico. Dos errores que han pesado sobre la doctrina durante siglos y siglos.

Los post-clásicos conocían y amaban a Gayo, precisamente porque veían en él el ideal escolástico que ellos anhelaban. Muchos textos retocados por ellos lo fueron precisamente para reflejar eruditamente la cuatripartición, aunque de manera parcial. Para ellos, consecuentemente, el mutuo *cumstipulatione* es un contrato ambiguo (*re et verbis*), algo así como un contrato doble.

En la misma época post-clásica se observa otra tendencia a entender la antítesis *re-verbis*, no ya en referencia a la cuatripartición gayana, sino aplicada ampliamente a la distinción entre modos implícitos y modos explícitos de manifestar la voluntad en un negocio jurídico. Pero en este momento los *verba* no son ya las palabras de la vieja *stipulatio*, sino preferentemente la declaración redactada en un documento. Que esta segunda tendencia más natural y espontánea sea occidental y la otra, más erudita, sea oriental, no sabría decir con seguridad.

Yo no sé hasta qué punto un romanista acostumbrado a especular siempre con el esquema de la pegadiza cuatripartición gayana sea capaz de desembarazarse de ella, pero yo aconsejaría a los jóvenes romanistas que no han adquirido ese hábito que prescindieran en ese caso de la guía de Gayo para poder ver el Derecho clásico con mayor nitidez. Porque Gayo, *Gaius noster*, a pesar de vivir en el siglo II, era, en cierto modo, tanto por sus aficiones como por sus esquemas escolásticos, una mentalidad post-clásica. Por eso Gayo no es siempre una fuente segura para mostrarnos el verdadero pensamiento de los clásicos. Todo esto independientemente del problema de los glosemas del Gayo veronés, evidente en algunos casos.

Otra cosa aconsejaría yo todavía a los más jóvenes: que se apartasen del caos del concepto de la *obligatio* y del concepto del *contractus*, y partieran, en cambio, del concepto fundamental del *creditum*, considerado, sobre todo, desde el punto de vista de su sanción procesal. Nuestro *fenus*, en la forma de *numeratio* documentado en *cautio* estipulatoria, es precisamente el negocio típico del *creditum*.

A. D'ORS.