CONTRACTUM QUORUM APPELLATIONES NULLAE IURE CIVILE PRODITAE SUNT Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA EQUIDAD

Javier Belda Mercado
Universidad de Granada

Resumen: La teoría de los contratos innominados constituye una de las más notables muestras del genio jurídico romano, y, además de representar la última etapa del desarrollo del contrato romano como fuente de obligaciones, en ella se encuentra el principio que ha ejercido mayor influencia en la elaboración de preceptos fundamentales de todos los derechos modernos. El nacimiento de la obligatoriedad civil de los contratos innominados es uno de los problemas más difíciles y más controvertido en el estudio del Derecho romano.
Palabras clave: *agere praescriptis verbis, synallagma, nova negotia, condictio ob causam datorum, condictio ob rem data non secuta, obligatio ex re tradita.*

Abstract: The theory of innominate contracts constitues one of the most interesting examples of excellence in Roman Law. It represents the last phase of the Roman development of contracts as a source of obligations, and presents the principle that has had greatest influence in the elaboration of basic precepts in all modern legal systems. This principle indicates the birth of civil obligations for all innominate contracts, which is one of the most difficult problems, and at the same time, the most controversial issue in Roman law.
Keywords: *actio praescriptis verbis*, *synallagma*, *nova negotia, condictio ob causam datorum*, *condictio ob rem data non secuta*, obligation *ex re tradita.*

I. PRINCIPIO DE LA EQUIDAD

La teoría de los contratos innominados es una de los más interesantes, y representa una de las más notables muestras del genio jurídico romano, encontrándose en dicha teoría el fundamento que ha ejercido mayor influencia en la elaboración de preceptos fundamentales de todos los derechos modernos[1].

La idea central de los contratos innominados es el principio de la equidad, según el cual, una persona no debe enriquecerse injustamente en perjuicio de otro. Que un determinado negocio sea o no un *contractus*, no obstaculiza para que si ha habido cumplimiento de la prestación por una de las partes, haya en base a la equidad una causa suficiente para que nazca una obligatoriedad.

Indicar de modo preciso cómo se estableció la obligatoriedad civil de los contratos innominados no es tarea fácil. Dicha cuestión constituye uno de los problemas más difíciles de resolver y más controvertido en el estudio del Derecho romano[2].

---

[1] A través de su análisis puede advertirse cómo el Derecho, en constante evolución, avanza a través del antiguo concepto formalista y rígido, para formar un concepto nuevo, construyendo un principio jurídico de interés indudable, y termina, al final, dando pleno valor al acuerdo de las partes como forma de obligarse. La búsqueda del origen y de la evolución de la historia de estos contratos innominados ha constituido objeto de estudios recientes en la doctrina, siendo todavía materia de controversia; W.W. BUCKLAND, *"Aestimatum", Mélanges Cornil* I (1926) p. 139.

[2] Todas las dificultades emanan del gran número de interpolaciones que sufrieron los fragmentos relativos al desarrollo de la teoría de los contratos innominados, en su mayoría interpolados. La fuerza civil de los *nova negotia* emana de la jurisprudencia del Bajo Imperio; los compiladores retocan en el *Corpus Iuris* los pasajes clásicos, y con este fin fusionan las acciones otorgadas por los legisladores del Imperio con la civil bizantina. Los juristas de la época clásica parecen conceder, a favor de la parte que ejecutó el convenio, una *actio civilis*, cuando en realidad dichos juristas se pronunciaban por la acción pretoria que resultaba del hecho. En numerosas ocasiones, el legislador aparece sirviéndose indistintamente tanto de

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

Así, pues, debió irse haciendo cada vez más imperiosa la necesidad práctica de reconocer estos acuerdos, creándose así un clima propicio que culminase con el reconocimiento definitivo de estas convenciones que, por aparecer frente a aquellos contratos que durante la época clásica habían sido típicos, y tenían propio nombre, se les designará con el nombre genérico de contratos innominados, a los que Justiniano dota de tutela procesal propia, otorgándoles una acción que se denominará *actio praescriptis verbis*, y que se dirigirá a exigir el cumplimiento de lo pactado.

Es pues a partir del derecho justinianeo cuando aquellas convenciones, que en época clásica carecían de todo poder obligatorio, se van a convertir en un tipo de contrato de los reconocidos por el *ius civile*, los contratos innominados, que tendrán fuerza obligatoria, y a los que se les dota de una *actio* propia para hacerlos efectivos, la *actio praescriptis verbis.* Por tanto, la admisión en la esfera contractual de los actos innominados fue tardía, y constituye la última etapa del desarrollo de la técnica romana del contrato[3]. Aunque en los primeros siglos del Imperio se planteó por los jurisconsultos el problema de la obligatoriedad de las relaciones jurídicas nuevas, sólo por obra de la jurisprudencia bizantina se establecen las bases necesarias a fin de dar a estos convenios una acción para exigir su cumplimiento[4].Una cierta elasticidad del sistema se puede observar mediante la teoría de los *pacta adiecta*, puestos en conexión con la *natura contractus*, los cuales venían a eliminar la rigidez esquemática y a aproximar poco a poco el concepto bizantino a la figura moderna del contrato.

El otro recurso bizantino fue la aplicación, en vista de la *actio praescriptis verbis*, a una serie de negocios que sólo con muchos esfuerzos se incluirían en una de las cuatro figuras doctrinales de contrato innominado.

El *synallagma*[5], el *novum negotium* de Papiniano (D,19,5,8 y 9), y Ulpiano (D.19,5,19, D.2,14,7,2, o D.19,3,1 pr.) tiene su base en la *conventio*, pero la acción y la obligación nacen cuando sea realizado el *dare* o el *facere*. Es necesario que una de las partes haya realizado su prestación, y que esta prestación intervenga como causa de la contraprestación, consistente también en un *dare* o en un *facere*, a la cual estará obligada si la primera ha cumplido su prestación. Así, precisamente, constituyen el punto de partida de los contratos innominados los casos de *dare ob rem* (D.19,5,5 pr., *Paulus,* lib. V *Quaestionum*), o *dare sub certa lege* (D.19,5,8, *Papinianus*, lib. XXVIII *Quaestionum*).

Contratum quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt es la rúbrica textual para los contratos a los que ya los bizantinos vislumbraron un αγωγμου σύναλλαγμα[6] y los intérpretes

---

la *actio in factum* como de la *actio civilis*. Esta anomalía se subsana con el nuevo sistema, según el cual, todo pasaje clásico referente a los actos innominados, que presente tanto acciones civiles como pretorias, debe considerarse interpolado.

[3] Sobre la cuestión, P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Roma 1946, pp. 231 ss.; M. SARGENTI, "Svolgimento dell' idea di contratto nel pensiero giuridico romano", *IURA* 39 (1988-91) 25 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni in diritto romano*, Milano 1947, pp. 202 ss.; P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano. Le obbligazioni*, Milano 1979, pp. 279 ss.; G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano. Contrahere e pacisci tra il primo e il terzo secolo*, Napoli 1986, pp. 130, 146; A. BURDESE, "Recenti prospettive in tema di contratti", *Labeo* 38 (1992) 200 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Corso di Diritto romano* I, Torino 1992, pp. 160 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963, pp. 31 ss.; G. PUGLIESE, "Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano", *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano 1988) 1 ss..

[4] Por lo que se refiere al sistema contractual bizantino, permanecería todavía como un sistema rígido y cerrado, sea para los contratos nominados como innominados, tratándose siempre de esquemas fijos y bien determinados.

[5] Aristón aporta la idea de que había en el acto *do ut des* y *do ut facies* un *synallagma*, es decir, una operación que daba lugar a obligaciones civiles recíprocas: afirmaría la accionabilidad de convenciones atípicas relativas a prestaciones recíprocas condicionadas a la realización de una de las dos prestaciones, además del *do ut des*, o *do ut facies*; ello parece resultar de la mención de la *res quae non transit in alium contratum*, a nuestro parecer indicativa del objeto de la convención interpuesta entre las partes. Concesión pretoria de acciones *in factum praescriptis verbis*, en analogía a los contratos consensuales (Upiano D.13,6,3,2); Celso D.19,5,2: *Nam, quum deficiant vulgaria atque visitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.*

[6] *Contractum* habría indicado el acto recíprocamente obligatorio, del que surge el término griego *αγωγμου σύναλλαγμα*: y

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

llaman innominados[7] -sin un específico *nomen*-, con denominación que no corresponde realmente, porque alguno de los *nova negotia* respecto al esquema tradicional tuvieron un nombre[8]. Es un simple recurso de los escoliastas[9] el decir que a estas convenciones le falta un nombre especial -como *mutuum*, *commodatum*-, y les corresponde aquel general de contrato[10].

En los casos en que aparece el *dare*[11], éste va entendido como transmisión de la propiedad; si esto no se produce, no nace obligación a cargo de la otra parte, y si ésta no transmite la propiedad de la cosa a quien ya ha realizado su prestación, estaría obligada a restituir o a cumplir la prestación en virtud de la *actio praescriptis verbis*, mientras que por su parte, la prestación representada por el *facere* podría consistir en cualquier hecho lícito.

Al consagrarse definitivamente la teoría de los *nova negotia*[12], el Derecho romano sentó un principio amplísimo: todo acuerdo sinalagmático que no se hallare ubicado en ninguno de los

---

podría entenderse referido a su específico significado de equilibrio económico entre prestaciones recíprocas; A. BURDESE, *op. cit.*, p. 205.

[7] Stefano, jurista bizantino, tomando en consideración los textos clásicos que revelaban tratarse de convenciones sin un nombre edictal, los denominó contratos innominados; sobre la cuestión, cf. C. ACCARIAS, *Theoria des contrats innommés*, Paris 1873; E. BETTI, "Sul valore dogmatico della categoria "*contrahere*" in giuristi proculeiani e sabiniani", *BIDR* 28 (1915) 4 ss.; H.P. BEHÖRR, *Das sogenannte synallagma in den konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965, pp. 8 ss.; A. BISCARDI, "*Quod Graeci synallagma vocant*" *Labeo* 29 (1983) 137 ss.; A. BURDESE, "I contratti innominati", *Homenaje a Murga* (Madrid 1994) 63 ss.; Id., "Sul riconoscimento civile dei c.d cossidetti contratti innominati" *IURA* 36 (1985) 14 ss.; Id., "Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone", *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano 1988) 1 ss.; Id., "Osservazioni in tema di contratti innominati", *Estudios Iglesias* 1 (1986) 128 ss.; Id., "In margine ai contratti innominati", *BIDR* 88 (1985) 397 ss.; Id., "Ancora in tema di contratti innominati", *SHDI* 52 (1986) 442 ss..; P. CERAMI, *"Vulgaria actionum nomina ed agere praescriptis verbis* in D.19,5,2", *IURA* 33 (1982) 121 ss.; P. COLLINET, "L´invention du contrat innommé", *Mnemosyne Pappulia* (Paris 1950) 69 ss.; Id., "Le fr. 5 Dig. 19,5 *De praescriptis verbis et in Fact..*: Application de la Méthode critique de Decomposition des Textes", *Festschrift Koschaker I* (Weimar 1939) 70 ss.; G. DAZAROLA, *Los contratos innominados en el derecho romano*, Santiago de Chile 1954; P. DE FRANCISCI, *Storia e dottrina dei contratti innominati*, 2 vols., Pavia 1913,1916; F. GALLO, *Synallagma e conventio, cit.*, pp.160 ss.; R. SANTORO, "Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche", *La teoria contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea, Atti del Convegno di Diritto romano* (Siena 1989) 83 ss.; M. SARGENTI, "Labeone: la nascita dell´idea di contratto nel pensiero giuridico romano", *IURA* 38 (1987) 53 ss..; MC CORMACK, "Contractual Theory and the Innominate Contrats", *SHDI* 38 (1972) 131 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli 1971, pp. 98 ss.; R. SOTTY, "*Condictio incerti, actio ex stipulatu et actio praescriptis verbis*", *Sodalitas Guarino* 5 (Napoli 1984) 2478 ss.; M. TALAMANCA, "La tipicità dei contratti fra *conventio* e *stipulatio* fino a Labeone. *Contractus* e *pactum*. Tipicità e libertà negoziale nella sperienza tardo repubblicana", *Atti del convegno di Diritto romano e della presentazione della nova riproduzione della littera Florentina* (Napoli-Roma 1990) 36 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1964, p. 663.

[8] Los intérpretes están de acuerdo en designar con este nombre a un grupo de convenciones sinalagmáticas que tienen por objeto prestaciones recíprocas; no existe ningún tipo de equívoco adoptando esta expresión, consagrada por el uso y acogida por los tratadistas más relevantes. Desde el s. II d.C. en adelante, algunos juristas afirmaron el principio, que parece encontrar consenso en gran parte de los jurisconsultos clásicos, por el cual las convenciones típicas, en las cuales una parte hubiera hecho una prestación en vista de una contraprestación, habría dado lugar a una *obligatio civilis* correspondiente al acreedor; cf. D.19,5,20; P.F. GIRARD, *Manual élémentaire de Droit romain*, Paris 1929, pp. 587 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano 1987, pp. 467 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*, Roma 1949, pp. 278 ss..

[9] *BASIL.* 11,1,7, schol.1.

[10] Se fue reconociendo poco a poco valor obligatorio a convenciones que no fueron definidas con un *nomen* en alguno de los títulos del edicto pretorio dedicado a los contratos (como la *locatio*, la *emptio venditio*...).

[11] Los bizantinos consideran necesario que *subsit causa*, aludiendo a la ejecución del *dare* o del *facere*, tras poner de relieve el elemento de la voluntad, y se afirma el principio general que el simple acuerdo debía producir obligación y acción.

[12] La doctrina de la causa en la jurisprudencia romana no sólo surge en el ámbito de los contratos abstractos, sino que tendría la función de ampliar el ámbito de los contratos típicos. Frente al nacimiento y desarrollo de la práctica de los *nova negotia*, que no entraban en el esquema de ninguno de los contratos hasta ahora típicamente reconocidos por ley, Aristón reclama el concepto de causa para reconocer nuevos tipos de contratos (D.2,14,7,1: *qualora in alium contractum res non transeat subsit tamen ausa..esse obligationem*). En el caso de que la relación no entre en ninguna figura contractual reconocida, el acuerdo produce obligación *qualora subsit causa*. El jurista entiende la *causa* como fundamento jurídico de la obligación, y consiste en la ejecución de una prestación para obtener una contraprestación: causa en el sentido de que la

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

contratos reales, verbales, o consensuales, era considerado como un contrato innominado y producía acción. Una vez consagrado definitivamente este resultado, la legislación romana dio un paso adelante, se amplió de manera considerable el campo de la contratación, antes limitado a cierto y determinado número de contratos. Sin embargo, este avance no llegó hasta la consagración absoluta de la libertad contractual, porque mientras una de las partes no hubiera cumplido real y efectivamente su compromiso, no podía darse fuerza obligatoria al acuerdo.

En el sistema justinianeo, el material relativo a la tutela de los contratos innominados se recoge precisamente en D.19,5 (*De praescriptis verbis et in factum actionibus*), además de D.19,3,4 (*De aestimatoria*), y D.19,4 (*De rerum permutatione*), con referencia a los contratos, originariamente innominados, provistos de tutela, y por C.4,64, *De rerum permutatione* y de *prescriptis verbis actione*, donde la *actio praescriptis verbis* viene a ser la denominación típica de la acción a tutela de dichos contratos.

Así las cosas, sólo determinados negocios eran idóneos en el derecho clásico para establecer una relación obligatoria, no concibiéndose vínculo obligatorio que pudiera surgir fuera de ellos. A diferencia de los contratos reales, literales o consensuales, los llamados contratos innominados no consisten en figuras típicamente determinadas, pero en dicha categoría cabría un número indeterminado de relaciones no comprendidas en otros contratos, y surgidos de la ejecución efectuada por un sujeto en las confrontaciones con otro, de una convención que tendría como objeto la obligaciones recíprocas de *dare* o *facere.*

Algunas de estas relaciones, que venían planteadas en cuanto satisfacían exigencias económicas, han acabado por asumir una propia y distinta figura, y han sido designadas con una denominación propia, siendo incluidos, por su estructura, entre los contratos innominados.

En la evolución del derecho romano se afirma un principio según el cual, en el caso de que las dos partes acuerden una prestación y una contraprestación, y una de ellas efectúe la propia prestación, surge en la otra parte la obligación de cumplir o efectuar la contraprestación. Tal principio lleva al reconocimiento, junto a los contratos típicos, de contratos sin una particular denominación -innominados-[13].

Cuando se efectuaba la prestación, y la contraprestación no tenía lugar, podía repetirse la prestación efectuada mediante la *condictio ob causam datorum*, pero no había acción alguna para exigir la contraprestación convenida y no efectuada. En tales casos intervino el pretor, concediendo, aparte de las acciones edictales, caso por caso, las llamadas acciones *in factum*, configuradas según la estructura de cada supuesto en particular. Tal vez por influjo helenístico, otorgó estas acciones cuando se había efectuado una de las prestaciones.

La *actio de dolo* y la *condictio ob rem* dan derecho a la parte que cumplió, ante la inejecución del obligado, para recuperar la prestación cuando era posible, o en caso de incumplimiento ilícito, para pedir la correspondiente indemnización de perjuicios, de acuerdo con lo ya expuesto. Pero con este sistema no se satisfacía el interés fundamental que había llevado a los contrayentes a celebrar el convenio, pues ni la *condictio ob rem dati* ni la *actio de dolo* servían para exigir la dación o prestación recíproca que se había estipulado. Era indispensable dotar a los contratos de

---

obligación de una parte de realizar una prestación es el fundamento de la obligación a cargo de la otra; M. GIORGIANNI, "Causa", *ED* 6 (Milano 1960); A. PALMA, "Vicende della *res* e permanenza della *causa*" *Scritti Guarino* 3 (Napoli 1984) 1489 ss.; E. BETTI, "Causa del negozio giuridico", *NNDI* 3 (Torino 1959) 32 ss.; P. BONFANTE, "Il contratto e la causa del contratto", *Scritti giuridici* 3 (Torino 1926) 125 ss.. Esta doctrina es el punto de partida para el reconocimiento de aquella categoria de contratos que se califican de innominados, en cuanto no responden a un determinado tipo.

[13] La jurisprudencia clásica, desde Labeón hasta Aristón, ha admitido, en orden a las convenciones obligatorias recíprocas, la sancionabilidad de las mismas mediante medios procesales, ambos directos al cumplimiento, prescindiendo, no sólo de la *actio doli* y de la *condictio* para la restitución de lo dado, sino también de la concesión decretal de *actiones* con fórmula *in factum concepta*, estructurada sobre una *demonstratio*, seguida de *condemnatio*, según la configuración típica planteada por Gayo (4,46).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

una sanción más eficaz, la *actio in factum*[14] para asegurar la ejecución de los contratos sin nombre; mediante el empleo de este medio, la parte que había realizado su prestación podía, en caso de incumplimiento de la otra, exigir el resarcimiento de daños e intereses.

Al concederse la actio *in factum*, se mejoró la situación del acreedor cuando la prestación consistía en un hecho, no susceptible de ser repetido. Además, el autor de un *facere* sólo podría reclamar el resarcimiento de daños o intereses causados por incumplimiento, cuando éste era el producto de su comportamiento doloso; en caso contrario, quedaba sin recurso alguno. Ahora, el citado acreedor podía obtener la correspondiente indemnización de perjuicios por la inejecución de la prestación a la que se obligó la otra parte. Al consagrarse el principio que una acción por daños y perjuicios debía otorgarse en caso de incumplimiento de la prestación prometida, también se cumplía el motivo que había dado lugar a la celebración del convenio, como era obtener la dación o el hecho recíproco estipulado.

El primer medio, constituido por Labeón, resulta constituido por una acción pretoria reconducible a la cláusula edictal de *pactis conventis*, pero concedida sobre el modelo de las acciones edictales típicas que sancionan las figuras convencionales de los contratos consensuales, al menos sobre la base de obligaciones recíprocas. Ella aparece estructurada mediante una fórmula constituida por *praescriptis verbis* en lugar y función de *demonstratio*, que contiene la descripción del hecho concreto, y seguida en la *intentio* por el *quidquid dare facere oportet ex fide bona*[15].

En nuestra opinión, durante el periodo clásico no estaban reconocidos por el *ius civile* estas convenciones, sino que simplemente se hallan protegidas, para evitar un enriquecimiento injusto, por una *condictio ob causam datorum,* que únicamente se dirigía a obtener la devolución de lo dado para el caso de que la otra parte no realizara su prestación[16]. En los supuestos en que la prestación realizada no fuera posible devolverla, se concedía la *actio doli*[17], cuando se probara que ello se debía a una intención de la parte que la recibió.

Así, observamos que no se disponía de una verdadera protección procesal otorgada a dichos negocios, sino que, por el contrario, era una mínima protección que lo único que pretendía era tratar de evitar un enriquecimiento injusto. Precisamente, la idea central de la teoría de los contratos innominados es el principio de equidad, según el cual, una persona no debía enriquecerse injustamente en perjuicio de otro. Que un determinado negocio sea o no un *contractus*, no obstaculiza para que si ha habido ejecución por una de las partes, haya en base a la equidad una causa suficiente para que nazca una obligación civil[18].

Así pues, el contrato innominado nace del convenio en el cual los dos interesados se prometen recíprocamente. Pero este convenio se hace obligatorio desde el momento en que uno de los contrayentes efectúa la prestación estipulada[19]. Parecería, en principio, que todo contrato

---

[14] D.19,5,1 (*Papinianus*, lib.VIII *Quaestionum*); D.19,5,11 (*Pomponius*, lib. XXXIX *ad Quintum Mucium*); D.19,5,10 (*Iavolenus*, lib.XIII *Epistularum*); D.2,14,7,2 (*Ulpianus*, lib. IV *ad Edictum*); D.19,5,5,2 (*Paulus*, lib. V *Quaestionum*); D.19,5,13,1 (*Ulpianus*, lib. XIII *ad Sabinum*); D.19,5,24 (*Africanus*, lib. VIII *Quaestionum*); D.19,5,22 (*Gaius*, lib. X *ad Edictum provinciale*); D.19,4,1,1 (*Paulus*, lib. XXXII *ad Edictum*); D.19,5,13 pr. (*Ulpianus*, lib. XXX *ad Sabinum*); D.13,6,5,12 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*).

[15] La mayor parte de los autores se inclinan por ver en los contratos innominados una creación de los compiladores, negando su posible existencia en época clásica, y que existiera una acción de carácter civil que tutelara estas acciones no reconocidas por el *ius civile* del periodo clásico.

[16] G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano,* Padova 1986, p. 645.

[17] C. ACCARIAS, *op. cit.*, p. 408; P. MONIER, *Manuel de Droit romain*, Paris 1954, p. 185; E. VOLTERRA, *op. cit.*, p. 536.

[18] Cf. D.2,14,7,2 (*Ulpianus*, lib. IV *ad Edictum*). Ello debió plantear graves problemas de orden práctico, por lo que el pretor, en su función supletoria de suplir las lagunas de derecho que se le plantearan, concedía *actiones in factum* quizás decretales, dado que no parece haber huella de las mismas en el edicto; E. VOLTERRA, *Istituzioni, cit.*, p. 537, n.1.

[19] En realidad, en el caso de los contratos innominados, parecería que la obligación nacería unilateralmente, en cuanto que una de ellas, la relativa a la contraprestación, sólo nace cuando la contraprestación ha sido ya realizada. Quizás este carácter,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

innominado era unilateral, obligando solamente al contrayente que no ha cumplido aún. Pero en realidad, estos contratos son bilaterales o sinalagmáticos, engendran obligaciones recíprocas[20].

Como hemos dicho, en la compilación justinianea[21] es atribuida tal eficacia a los acuerdos acerca de una prestación y una contraprestación lícita, en el sentido de que hecha por una de las partes una prestación en vista de la contraprestación, surge para la otra parte la obligación de su cumplimiento[22]. El derecho justinianeo, junto a contratos con un nombre propio, reconoce como relación obligatoria los acuerdos que la doctrina bizantina denominó contratos innominados[23].

La tesis avanzada por Aristón, nos llevaría a la aplicación en los casos considerados de la fórmula de *actio quae incertum petimus*, o *condictio incerti* sólo sucesivamente incluida en el edicto, y utilizada para solicitar un *incertum* por *stipulatio*.

De esta manera, acciones pretorias y civiles coexisten en las fuentes, sobre presupuestos de hecho no idénticos y entre contraste de opiniones, en el pensamiento jurisprudencial o en la praxis de época clásica.

Numerosos son los testimonios ulpianeos en tema de convenciones obligatorias atípicas: algunas de ellas contienen el reconocimiento de *actiones in factum*, así por ejemplo D.13,6,5,12 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*), en alternativa a la *actio locati*, ó D.43,26,8 (*Ulpianus*, lib. LXXI *ad Edictum)*, en alternativa a la *actio mandati.*

---

sobre todo en los casos de permuta afín a la compraventa, no habría sido tenido en cuenta por los bizantinos, y por tanto habrían visto en aquella hipótesis una *obligatio ultro citroque*, una relación procesal bilateral, atribuyendo a la *actio praescriptis verbis* el carácter de acción de buena fe.

[20] Al igual que la *stipulatio: spondes centum mihi dare?*, este punto representa la supervivencia de principios clásicos, en los cuales la *obligatio* nacía de la *datio* y es, como aquélla, un residuo de las más antiguas concepciones, por la cual la obligación nacía por el hecho de haber recibido (*Empfangshaftung*), más tarde por la forma, y excepcionalmente, en el Derecho romano, por el simple acuerdo en los cuatro esquemas de contratos innominados.

[21] En la compilación se afirma el principio que cuando dos personas se hayan puesto de acuerdo sobre una prestación y una contraprestación lícita, y uno de los dos haya observado un comportamiento que se había estipulado previamente, surge para la otra parte el deber de cumplir la contraprestación. Los contratos que alcanzan así su validez son aquellos que la doctrina bizantina recoge bajo la categoría de contratos innominados.

[22] En D.19,5,5 (*Ulpianus*, lib. V *Quaestionum*), se prevé la cuatripartición de las convenciones obligatorias atípicas en las figuras de *do ut des*, *do ut facies*, *facio ut des* o *facio ut facies*, planteándose el problema de la acción a utilizar en los distintos casos: para la hipótesis de *datio* (*rei, non pecuniae*) *ut rem accipiam*, puede ser sustancialmente genuino en armonía con D.19,4,1,2 (*Ulpianus*, lib. XXXII *ad Edictum*), el reconocimiento del nacimiento de la *civilis obligatio* sancionada con acción directa a hacer valer el cumplimiento de la contraprestación de *dare rem*, en alternativa a la acción para repetir cuanto ha sido prestado; Cf. D.19,4,1,3 (*Paulus*, lib. XXXII *ad Edictum*): *do ut des*; D.19,5,6 (*Neratius*, lib. I *Responsorum*): Se trata de hipótesis de *do ut facias*, en el cual, partiendo de la *datio* ya realizada, el autor reconoce la posibilidad de hacerlo por una pretensión deducida en la *intentio civilis incerti*, presumiblemente dirigida al *quidquid paret N.m N.m A.a A.a dare facere oportere*, presentada en Gayo 4,131 como *intentio* de fórmula *qua incertum petimus*, e identificable con la fórmula de la aristoniana *actio civilis incerti* en D.2,14,7,2 (*Ulpianus*, lib. IV *ad Edictum*); para un caso sustancialemente de *facio ut des*, (*manumissio ut des*), consistente en la *manumissio* de un esclavo efectuada en correlación con la *datio* de un esclavo resultado en propiedad de terceros, Giuliano no acoge la opinión aristoniana de la posibilidad de *actio civilis*, sólo admitiendo *in factum a pretore actionem dandam*; D.2,14,7,2. En caso de *manumissio ut des*, se precisaba el recurso a la *actio in factum*, que debe presuponer mínimamente una sustitución histórica, para el caso considerado, de la *condictio civilis incerti*, como precedente de la *actio praescriptis verbis* pretoria; ello no quita que Aristón parece haber *do ut des* y *do ut facies*, sino también de *facio ut des* o *ut facias*, por lo cual se recurre a acciones decretales pretorias; cf. D.19,5,7 (*Papinianus*, lib. II *Quaestionum*), como ejemplo de *do ut manumittas*. Se interpondría la *praescriptis verbis* para obtener el resarcimiento del interés patrimonial a la ejecución de la prestación, salvo, en ausencia de dicho interés, el interponer la *condictio* para la mera restitución de lo dado; cf. D.17,1,54 pr. (*Papinianus*, lib. XXVI *Qaestionum*). El reconocimiento de una *actio praescriptis verbis* de buena fe, dentro del *agere praescriptis verbis* labeoniano, que parece consistir en la concesión decretal de buena fe, por analogía con los contratos típicos de acciones edictales a tutela de los contratos consensuales, se habría debido fundar sobre el previsto cambio sinalagmático de dos prestaciones, en la que una consistiría en manumitir. El caso es presentado como hipótesis de *do ut facies.*

[23] En el derecho justinianeo se forma de manera consistente una categoría de contratos innominados. Requisito para la tutela judicial de una parte, en su pretensión sobre la otra, era que esta última hubiese cumplido su prestación, obteniendo el acreedor medios judiciales a su disposición.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

II. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONTRATOS INNOMINADOS. LIBERTAD CONTRACTUAL

El fundamento del principio de autonomía privada es la libertad de contratación, o más genéricamente, la libertad de iniciativa y de determinación del contenido de los negocios jurídicos.El principio de autonomía de la voluntad, que domina en los ordenamientos actuales[24], no se expresó de igual forma en el Derecho romano, precisamente porque en éste sólo tiene la consideración de contrato el convenio reconocido por el derecho civil, y provisto por éste de una acción[25]. Pero a medida que se evoluciona jurídicamente, y aparecen nuevas relaciones de orden jurídico, se encuentran los juristas frente a convenciones que no constituyen un contrato, y respecto de los cuales deben decidir si les reconocen o no validez, aceptando posteriormente que la prestación de una de las partes es causa suficiente para obligar a la otra, naciendo de esta manera los llamados contratos innominados.

Después de la época arcaica, en la cual rige un sistema de tipicidad negocial basada en el uso de formas verbales, solemnes, a través de las cuales se revelan los efectos obligatorios y reales del acto, y donde precisamente la obligatoriedad[26] radica en la creación de un vínculo efectivo o potencial, de sujeción de la persona del obligado, a partir del s.IV a.C se puede empezar a hablar de tipicidad contractual[27], con referencia a figuras típicas de actos convencionales o exclusivamente obligatorias, que se traducen en asunción de responsabilidad, caracterizadas por el uso de una determinada forma verbal (*sponsio* e *stipulatio*), o literal (propia del *nomen transcriptitium*), o bien de una estructura real o consensual que responde a una específica causa o función económica-social, cuya eficacia vinculante es sancionada por el pretor mediante la concesión de acciones con fórmula concebida *in factum*.

De esta manera, surge un sistema de contratos basado sobre una tipicidad causal, que va más allá del uso de formas verbales o escritas. En el reconocimiento de tales figuras encuentra fundamento la concreta individualización, perteneciente a la última época republicana, de los tres modos respectivamente, *verbis, litteris* y *re*, de contraer obligaciones. Tal reconocimiento de nuevas figuras contractuales representa históricamente, dentro del periodo considerado, el modo en el cual se afirma una más amplia libertad contractual, dentro de esquemas determinados.

A final de la República, con la creación de nuevas figuras y la expansión de la libertad contractual, hace que se reconozcan convenciones que se apoyan sobre el cambio de prestaciones, que constituyen los llamados contratos innominados, en cuanto estarían privados de tutela edictal típica. Por tanto, el significado de libertad contractual se refiere, en cambio, a los contratos

---

[24] El Derecho moderno de las obligaciones se rige por el principio de libertad contractual, consistente en que cualquier acuerdo tiene fuerza obligatoria, al igual que los contratos definidos especialmente por las leyes; esto es, toda convención lícita destinada a producir obligaciones es calificada como contrato. En el Derecho romano este principio fue desconocido; el simple acuerdo de voluntades no tenía fuerza obligatoria.; la convención era la base del contrato, pero no el contrato mismo. Para que pudieran surgir obligaciones eran necesarios otros requisitos, como que estuviera prevista de acción.

[25] *Cf.* I.3,13; D.2,14,1,3 (*Ulpianus*, lib. IV *ad Edictum*); *Paraph.* Teofilo 3,13,2.

[26] Al principio, la obligatoriedad civil del acuerdo nacía cuando el consentimiento se expresaba *verbis* o *litteris*. Al evolucionar la legislación romana, se amplía el concepto restringido de contrato, y se reconoce la categoría contractual de algunos convenios que se perfeccionaban *datio rei*. Estas convenciones forman el grupo de los contratos reales; hasta aquí el principio de que "el simple acuerdo de voluntades, el simple pacto, no basta para crear una obligación civil". La fuerza coercitiva del convenio dependía del cumplimiento de ciertas formalidades o del cambio patrimonial. El rigor de dicha norma se atenúa cuando el derecho reconoce que el simple consentimiento de las partes basta para que nazcan relaciones jurídicas entre ellas -contratos consensuales-. Desgraciadamente, el Derecho romano, al admitir el *solo consensu* como acto creador de obligaciones, no llegó hasta la autonomía de la voluntad, puesto que para que el acuerdo de voluntad fuese obligatorio, era necesario que la ley así lo declarase, otorgándole una *actio*.

[27] F. GALLO, *Synallagma e conventio*, *cit.*, pp. 23 ss.; M. TALAMANCA, "La tipicità dei contratti", *cit.*, pp. 36 ss..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

innominados, en cuanto habilita a las partes a llevar a cabo contratos con finalidad práctica, también no previstos por la ley, y su reconocimiento se basaría en la condición que el contrato innominado vaya encaminado a realizar intereses dignos de tutela, según el ordenamiento jurídico.

El sujeto, al cual se le reconoce tal autonomía, realiza el negocio en función del propio interés, siendo aquella misma el instrumento que la ley le concede para perseguir los fines prácticos que mejor respondan a ese interés.

III. TUTELA PROCESAL DE LAS CONVENCIONES OBLIGATORIAS ATÍPICAS EN ÉPOCA CLÁSICA: SOBRE EL *AGERE PRAESCRIPTIS VERBIS*

El derecho clásico habría conocido, a través del tiempo, dos medios procesales distintos a tutela de dichas convenciones, diferenciados en los presupuestos de aplicación -simple convención- o necesidad de cumplimiento de una de las partes, en la estructura de la fórmula (constituida en un caso de *praescriptio loco demonstratione)*, a la cual se le une una *intentio ex fide bona*, seguida de una *condemnatio*; en el otro caso, una *intentio incerta*, con una *condemnatio cum taxatione*[28]. Esto confirmaría la tesis según la cual, para la tutela de los contratos innominados, a fin de reclamar el cumplimiento de la prestación debida, subsisten en el derecho clásico dos acciones concretas[29]:

a) una acción decretal pretoria, perteneciente a Labeón, por concederse en analogía a las acciones edictales típicas de los *iudicia bonae fidei*, previstas en el edicto para hipótesis contractuales típicas, con fórmula que contendría *praescriptis verba* en lugar y función de *demonstratio*, y sucesiva *intentio* en el *quidquid dare facere oportet ex fide bona.*

b) por otro lado, una acción edictal civil, reconocida a partir de Aristón sobre la base de la ejecución de la prestación, a partir de la cual se reclama, e *intentio incerta* en el *quidquid dare facere praestare oportet*, sólo eventualmente precedida de *praescriptio*, y seguida de una *condemnatio cum taxatione*[30].

Apreciamos por tanto en las fuentes una clara contraposición entre las acciones civiles, que habrían sido reconocidos a tutela de los contratos innominados, por algunos juristas, en especial por Aristón, y acciones pretorias *in factum*. Existencia de dos distintas acciones: una *praescriptis verbis*, en el *quidquid praestare oportet*, y la otra *civilis incerti*, en el *quidquid dare facer oportet*, según que la prestación debida consista o no en un puro hecho, como tal no susceptible de constituir objeto de *locatio*. Por tanto, del contrato innominado nacían dos acciones de diverso carácter: la *actio praescriptis verbis* y la *condictio*.

La *actio praescriptis verbis*[31] sería una acción *in factum, civilis*, de buena fe[32], directa al cumplimiento de la contraprestación o a la ejecución del acto, o al menos el *id quod interest* por el

---

[28] R. SANTORO, "Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche", *cit*, pp. 83 ss..

[29] A propósito de ello, habría que tener en cuenta la gama de medios diferentes y análogos que los magistrados proponen para uso de los particulares, para la satisfacción más adecuada a sus fines e intereses; A. BURDESE, *op. cit.*, p. 406.

[30] Paulo D.19,5,5,2.

[31] *Actio praescriptis verbis*, en el sentido justinianeo, una *incerti civilis actio*, la cual *ex bona fide oritur*, y se presta para narrar en el *libellus conventionis* el hecho sobre el cual se funda la pretensión jurídica, que es un *incertum*, y reclamar la condena del convenido, obteniendo así una contraprestación o el resarcimiento del daño: la acción decretal pretoria presentaría una fórmula constituida por *praescriptio loco demonstratio*, seguida de *intentio* en el *quidquid dare facere praestare oportet ex fide bona*, y consiguiente *condemnatio* infinita. La *actio praescriptis verbis* es una acción de buena fe, que tiende a indemnizar al demandante de los perjuicios que le causase la inejecución del contrato; E. CUQ, *Institutions juridique des romains*, Paris 1902.

[32] Los compiladores de Justiniano consideran la *actio praescriptis verbis* como acción típica, imprimiéndoles el carácter de acción de buena fe; J. PARICIO, "Sobre el origen y naturaleza de los *bonae fidei iudicia*", *Estudios Reimundo Yanes* (Burgos 2000) p. 195; B. BIONDI, "*Iudicio bonae fidei*", *Annali Seminario giuridico Università di Palermo* (1920) 277 ss.; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia,* Napoli 1964, pp. 194 ss.; P. KRÜGER, "Zur Geschichte der Entschung dei

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

incumplimiento de la contraprestación. La *actio praescriptis verbis* había sido para los clásicos, más que una acción típica, un modo de proceder[33]; los mismos clásicos se habrían expresado a menudo no en términos de *actio*, sino de *agere praescriptis verbis.*

La acción fue calificada también como *civilis*[34], porque correspondía al derecho civil; *incerta*, porque se reclamaba un *incertum*, o sea, *quidquid dare facere praestare oportet*; *in factum* o *utilis*, porque no era propuesta en el edicto, sino concedida por el pretor caso por caso.

Kaser[35] confirma el carácter de acción pretoria, de acción decretal *in factum* a tutela de los contratos innominados, y la genuinidad de su denominación en las fuentes como *actio in factum civilis* o *actio praescriptis verbis*, o *actio civilis incerti*[36], donde la *demonstratio*[37] de la fórmula contendría la descripción del *factum,* seguida de una *intentio incerta in ius concepta*, en el *quidquid ob eam rem N.m N.m A.o.A.o, dare facere oportere ex fide bona*[38], por estar basada la *bona fides* sobre un *oportere* del *ius civile.*

Por su parte, Misera[39] confirma la genuinidad de la *actio civilis* o *actio civilis incerti,* o *id est praescriptis verbis*, a tutela de los contratos innominados[40]. Se trataría de una acción no edictal en cuya fórmula contendría una *demonstratio* descriptiva mediante *praescripta verba* del caso en cuestión, y una *intentio* en el *quidquid ob eam rem N.m N.m A.A dare facere oportet ex fide bona.*

En una hipótesis de *do ut facias*, y precisamente de *do ut manumittas*, habrían admitido la concesión de una *actio in factum*, no en cambio de una *actio civilis incerti* con *intentio* concebida *ex fide bona*, por estar demasiado apartada de los tipos contractuales reconocidos.

No sólo podía entablarse la *actio praescriptis verbis* en los casos de contratos reales innominados, sino más bien el *praescriptis verbis agere* servía en general como complemento del sistema de las acciones contractuales. Se habló, por tanto, de *agere* y de *actio praescriptis verbis*, y a las convenciones a las cuales se les atribuye tutela civil, fueron denominadas *contractus.*

Cuando los formularios tradicionales para interponer demanda no eran suficientes para autorizar una *actio*, y sin embargo se tenía la seguridad de que existía un *dare facere oportere ex fide bona*, entonces se concedía, para el caso concreto que se tratara, una fórmula[41] cuya

---

bonae fidei iudicia", *ZSS* 2 (1890) pp.185 ss..; G. GROSSO, "Ricerche intorno all'elenco dei *bonae fidei iudicia*", *RISG I* (1928) 3 ss.. La *actio praescriptis verbis* se considera de buena fe, se le califica de *bonae fidei iudicia*: C. ACCARIAS, *op.cit.*, p. 26; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei cit.*, pp. 161 ss..

[33] M. MARRONE, *Istituzioni, cit.*, p. 165.

[34] En la acción edictal civil, la fórmula era sólo eventualmente precedida de *praescriptio*, y constituida por *intentio* en el *quidquid paret dare facere oportere*, seguida de *condemnatio cum taxatione.*

[35] M. KASER, *"Ius honorarium* e *ius civile*", *ZSS* 101 (1984) pp.95 ss..

[36] M. SARGENTI, "Labeone: la nascita dell'idea di contratto", *cit.*, pp. 58 ss..

[37] Los juristas idearon entonces reemplazar la *demonstratio* por la *praescriptio*, o sea, por una claúsula incluída en la fórmula, en la cual se exponían los hechos que engendraba la obligación; C.2,4,6 (… se ha de dar la acción civil, que en las palabras expresadas indica la cosa que se hizo (... *utilis actio... quae praescriptis verbis rem gestem demonstrat, danda est*). La acción estaba pues basada, establecida, en el conjunto de los hechos expuestos en la *praescriptio*, y de ahí el nombre de *actio praescriptis verbis* (Celso D.19,5,2; Paulo D.19,5,5,2; Papiniano D.19,5,7; y Ulpiano D.19,5,8; D.19,5,13; D.19,5,17,1,2,3,5; D.19,5,18; D.19,5,19 pr.; D.19,5,19,1); B. BRUGI, *Istituzioni di Diritto romano*, Torino 1926, p. 367; P. COLLINET, "Le fr.5 Dig. 19,5 *De praescriptis verbis* et in F.Act", *cit.*, pp. 70 ss..

[38] Por tanto, habría sido llamada por los clásicos, con referencia a la estructura formularia, *in factum*, y quizás también *praescriptis verbis*; A. BURDESE, "In margine ai contratti innominati", *cit.*, pp. 399 ss..

[39] MISERA, "Julian, Afrikan D.19,5,24 ein Beitrag zu *agere prescriptis verbis*", *Sodalitas Guarino* 6 (1984) 2591 ss..

[40] Vid. Ulpiano D.19,5,15: ... *Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquid: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis..*; Africano D.19,5,24...*Quare tutius esse, praescriptis verbis in factum actionem dari, praesertim quum illud quoque convenisset, ut quod amplius praestitum esset, quax ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum ius est causam pecuniae creditae excedat*; Ulpiano D,2,14,7,2.

[41] En el edicto pretorio pudieron ser propuestos aún fórmulas completas, para las cuales, a una *intentio* en el *praestare oportere* se habrían podido asociar distintas *demonstrationes*, dando así lugar a una *actio praescriptis verbis* para los contratos innominados, mientras la *condictio* se habría sustituido, a partir de Aristón, por la *actio praescriptis verbis* para

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

demonstratio se concebía *in factum*: *quae praescriptis verbis rem gestat demonstrat*: en el principio de dicha fórmula se inscribía la correspondiente discusión de las partes con arreglo al hecho controvertido *in factum*, con el fin de poder condenar al demandado a *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona intentio iuris civilis*.

Este modo de proceder se llamaba *praescriptis verbis agere*[42], y posibilita hacer uso de él en todos los casos en que no habiendo duda de la existencia de una obligación, sin embargo no estaba claro cúal fuera la naturaleza jurídica del hecho que a la misma servía de fundamento; aquí era preciso demandar la entrega de la prestación contraria por la vía *praescriptis verbis*, porque para estos contratos no existía una categoría fija y determinada, no había un molde formado ya *ab antiguo* (como lo había para el depósito, el comodato o la prenda). Pero lo mismo tenía lugar en todos los demás casos en que las categorías jurídicas resultaban demasiado rígidas para abarcar toda la riqueza inagotable de hechos que la vida jurídica presentaba.

La *actio praescriptis verbis*[43] viene a ser en tal modo una clase de *actio generalis*[44] para toda convención a la cual, en defecto o en la duda de la acción a emplear, se podrían atribuir efectos constitutivos de obligaciones. La *actio praescriptis verbis*[45], o las acciones pretorias *in factum* con función análoga, iban dirigidas al cumplimiento.

Del contrato innominado, sobre el supuesto que ello concerniese al cambio de prestaciones recíprocas, y al menos una de las partes hubiera realizado la suya, nacía una acción civil, directa a obtener la contraprestación, denominada *civilis in factum* o *praescriptis verbis* o *incerti*[46], porque en ella, el hecho de la pretensión era descrito por una *praescriptio*, a diferencia de la *actio in factum* pretoria[47].

El pretor habría concedido, en hipótesis próximas a aquellos contratos con prestaciones recíprocas típicamente reconocidas, a través de acciones edictales, una *actio in factum*[48], a veces calificadas como *actio in factum civilis* o *actio civilis incerti*[49], y con referencia a la cual se hablaría a partir de Labeón, de *agire praescriptis verbis*[50] de la fórmula contendría la descripción

---

los contratos innominados, dirigidos a un *incertum* del mismo tipo; R. SOTTY, *op.cit.*, p. 409.

[42] P. CERAMI, *op. cit.*, pp. 121 ss.; *cf.* Marciano D.19,5,25, o la posibilidad de *agere praescriptis verbis: dare* para obtener la repetición; reconocimiento de *agere praescriptis verbis* para hacer valer un *oportere ex fide bona*.

[43] PH. MEYLAN, "Origine et nature de l' *action praescriptis verbis*", *Mélanges Gerardin* (1907) pp. 21 ss.; CH.F. VON GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, Milano 1891, p. 491; P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid 1978, p. 291; P. HUVELIN, *Droit romain*, Paris 1929, p. 105.

[44] M. MARRONE, *op.cit.*, p. 665.

[45] La sola mención de la *actio praescriptis verbis* se encuadra por ejemplo en los fragmentos de Ulpiano D.4,3,9,3 (hipótesis próxima al secuestro); D.10,2,20,3 (en hipótesis próxima a la permuta); D.16,3,1,9 (hipótesis próxima al arrendamiento); D,17,2,44 (hipótesis próxima a la sociedad); D.18,1,50 (posibilidad de reconocer la *actio venditi*); D.19,5,17 (hipótesis próxima al comodato); e igual ocurriría con D.19,5,18, respecto al secuestro, o D.19,5,19 pr., en el caso de mandato.

[46] CH.F. VON GLÜCK, *Commentario alle Pandette, cit.*, p. 487.

[47] P. DE FRANCISCI, *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominat, cit.*, p. 235.

[48] Dicha acción habría sido seguramente concedida quizás después de influencias helenísticas, una vez que una de las partes hubiera realizado su propia prestación.

[49] M. KASER, *Derecho privado romano*, 1982, p. 210; E. CUQ, *Institutions, cit.*, p. 445; V. ARANGIO RUIZ, *Diritto romano, cit.*, p. 317; E. VOLTERRA, *Istituzioni, cit.*, p. 536.

[50] Pomponio D.19,5,11: acción concedida sobre el modelo de acción civil típica con fórmula que contendría en la *demonstratio-praescriptio*; según R. SOTTY, *op.cit.*, pp. 2478 ss., el *agere praescriptis verbis* se habría caracterizado por *praescriptis verba*, en función de *demonstratio*, seguida de *intentio* directa al *praestare oportere*, y se habría afianzado a partir de Aristón, para requerir el cumplimiento de prestaciones para hacer al acreedor una *actio civilis*, identificada con la *condictio incerta*, con fórmula que contendría una *intentio* en el *quidquid paret N.m N.m A.a A.a dare facere oportet*, y sólo eventualmente precedida de *praescriptio*; la descripción del hecho concreto, seguido de una *intentio*, como aquella de la acción sobre la cual es modelada, concebida *in ius* en el *quidquid... oportet ex fide bona*, y Celso, en D.19,5,2 habría indicado en el recurso a la *praescripta verba* el instrumento técnico formulario para la extensión de las acciones contractuales típicas sinalagmáticas; Juliano D.43,26,19,2 y Ulpiano D.43,26,2,2. A propósito de la mención de la *actio in factum praescriptis verbis*, se trataría de una acción no directa al cumplimiento de la contraprestración pactada, sino una acción directa a la restitución de lo dado, y por tanto, diversa en el fundamento sustancial, de la *actio civilis incerti*,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

del *factum*, seguido de una *intentio en el quidquid ob eam rem N.m N.m A.a A.a dare facere oportet ex fide bona*, por considerarse por tanto *in ius concepta*, por estar la *bona fides* basada sobre un *oportere del ius civile*. Junto a la *actio praescriptis verbis*, directa a obtener la ejecución del contrato, encontramos la *condictio*, para obtener la restitución de lo dado[51], la cual tiene verdaderamente el aspecto de una acción directa a obtener la resolución del contrato mismo. Que la *condictio* haya sido conservada se demuestra porque se encuentra no sólo en textos genuinos, sino también en textos interpolados.

La parte que había cumplido su prestación, en el caso de que la otra parte no siguiese a su vez la contraprestación, podía reclamar la restitución de lo que había dado mediante una *actio iure civilis*, probablemente designada originariamente con el término de *condictio ob rem dati re non secuta*[52]. Y más tarde con aquél de *condictio causa data causa non secuta*[53]. Fundamento de esta *actio* es la *datio* hecha a fin e obtener la contraprestación, la cual no había sido realizada. La *condictio* faculta al que ha realizado la prestación para resolver el contrato en el caso de inejecución de la otra parte, y exigir la restitución de la cosa dada. Es la acción que permite reclamar la cosa que ha sido entregada con el fin de obtener la cosa, que no fue entregada. Es la acción de repetición (*condictio*), de una cosa que se transfirió con la intención de obtener una contraprestación (*ob rem*) cuando esa contraprestación no es llevada a cabo por la otra parte. Necesariamente la prestación debe consistir en la entrega de una cosa, y este requerimiento supone que una cosa ha sido dada en vista de una contraprestación.

El principio de enriquecimiento sin causa constituye el fundamento de esta acción. Existe enriquecimiento injusto cuando una persona recibe algo del patrimonio de otra sin causa jurídica. El sujeto gravado por dicho enriquecimiento injusto tiene contra el que se lucra una *actio*, una *condictio*, para reclamar la restitución de lo que sin razón jurídica adquirió.

Como se ve, dicha relación entre las partes no es considerada todavía como vínculo contractual que generase una *obligatio*, tanto es así que falta un medio judicial con el cual la parte que cumpla pueda obligar a la otra a cumplir la contraprestación.

Dado su objeto -repetición de cuanto se había dado-, la *condictio ob rem dati non secuta* no era aplicable en el caso en que alguno hubiese realizado una prestación consistente en un *facere*. En el caso de convención *facio ut des*, o convención *facio ut facies*, si una parte realiza el *facere* y la otra rechazaba el *dare* o *facere*, se podría actuar con la *actio doli*[54].

Se tiene la posibilidad de revocar la voluntad o de repetir la prestación íntegra *re* con la llamada *condictio ex poenitentia*[55]: por dicha acción, se autoriza en ciertos casos de excepción al que ha trasferido la propiedad de la cosa para recuperarla por desistimiento unilateral del contrato.

---

perteneciente a Aristón, para la hipótesis *do ut des* o *do ut facies*, además de la *actio in factum prascriptis verbis* concedida por Labeón en hipótesis afines a figuras de contratos consensuales; Marciano D.19,5,25, para una hipótesis de cambio, que recuerda la permuta, entre *opera fabriles* de esclavos. Se menciona en el texto (en una frase infinitivo sin sujeto) la posibilidad de *agere praescriptis verbis*. Se podría atisbar un fundamento genuino con el reconocimiento del *agere praescriptis verbis* para hacer valer un *oportere ex fide bona*, en contraposición al reconocimiento de una obligación de mera restitución sancionada con una *condictio*.

[51] B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1956, p.500; C. ACCARIAS, *Précis, cit.*, p. 415.

[52] F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona 1960, p.499; C. SANFILIPPO, *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli 1955, p. 246; P. HUVELIN, *op.cit.*, p. 102; P. MONIER, *op. cit.*, p. 185; V. ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 317; la *condictio ob rem dati* en el derecho justinianeo pasó a denominarse *condictio causa data non secuta*; la hipótesis se otorgó también a la hipótesis de *facio ut des* y *facio ut facies*.

[53] Sobre todo merece observación una singularidad, que después de acordada una *actio* civil al acreedor para obtener el cumplimiento de la promesa por parte del otro contrayente, no obstante se le otorga el *ius poenitentia*, esto es, la facultad de repetir mediante la *condictio causa non secuta* su prestación hasta que el deudor no haya cumplido su obligación.

[54] E. VOLTERRA, *Istituzioni, cit.*, p. 536.

[55] A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1957, p. 549; C. SANFILIPPO, *Istituzioni, cit.*, p. 247.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

IV. EL CONTRATO EN LABEÓN.- POSICIONES DOCTRINALES: UNA SIMPLE CONTRAPOSICIÓN ENTRE ACCIONES CIVILES Y ACCIONES PRETORIAS *IN FACTUM* PARA TUTELA DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS

Labeón tiene una importancia considerable en el desarrollo histórico de la institución que estudiamos, al ser el primero en sancionar los *nova negotia* con una *actio in factum*[56].

Más tarde, numerosos legisladores siguieron la huella de Labeón, y admiten la acción de hecho como sanción de los contratos innominados[57], en hipótesis de contratos de mandato, compraventa[58], comodato[59], sociedad, depósito, y de esta manera se generaliza dicha acción como elemento protector de los *nova negotia*. Labeón califica el *contractum* como *ultro citroque obligatio*, como el "acto de un obligarse recíproco"[60], y llegando al testimonio labeoniano de acción a tutela de convenciones innominadas, parece cierto que aquél habría reconocido figuras típicas de contrato considerándolas tuteladas mediante una *actio praescriptis verbis*, como se manifiestan Labeón (D.18,1,80,3), y Ulpiano (D.18,1,19), viendo en ellas un *convenire* o *consentire* de las partes, como se dice respectivamente en D.18,1,79 y D.19,5,17,1[61].

Definición labeoniana[62] contenida en D.50,16,19, de *contractum* como *ultro citroque obligatio*[63], con referencia a una obligación recíprocamente asumida[64], como una bilateralidad de efectos, lo que se traduce en un vínculo recíproco de las partes contratantes, no diverso del *obligari alterum alterum*, que se vuelve a encontrar en Gayo 3,137, en referencia a los contratos consensuales. Pertenece a Labeón la accionabilidad de convenciones obligatorias atípicas, y ello aparece reconocido sobre la base de la bilateralidad de las obligaciones recíprocas[65].

En este sentido, debemos hacer alusión al estudio de posiciones doctrinales, en el sentido de una simple contraposición entre una acción civil, que habia sido reconocida a tutela de los contratos innominados por algunos juristas, en especial Aristón, y acciones pretorias *in factum*.

Al pensamiento de Labeón en tema de tutela de convenciones atípicas parece adherirse Aristón, según cuanto resulta de D.2,14,7,2. Aquí, en referencia al comentario al *edictum de pactis*, seguido de la consideración de las *conventiones iuris gentium*, sancionadas unas por *actiones* y otras por *exceptiones*, Ulpiano, adhiriéndose a la opinión de Aristón, afronta el problema de la naturaleza y relevancia de convenciones obligatorias innominadas, viendo Aristón en ellas un *sinallagma*, lo cual enlaza con la definición labeoniana de D.50,16,19.

Aristón parece desarrollar el término *synallagma*, -que resulta de las fuentes adoptado sólo por Labeón en D.50,16,19- en el sentido de ir más allá de la rigurosa bilateralidad de efectos

---

[56] F. GALLO, *Synallagma e conventio, cit.*, p. 71; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983, pp. 127 ss.; P. VOCI, Rec. a Santoro, "Il contratto nel pensiero di Labeone", *IURA* 34 (1983) 128 ss..

[57] A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani, cit.*, pp. 98 ss.; A. BURDESE, "Sul concetto di contratto", *cit.*, p. 18; Id., "Ancora sul concetto di contratto nel pensiero di Labeone", *SHDI* 51 (1985) 475 ss..

[58] D.18,5,6 (*Paulus*, lib. II *ad Edictum*).

[59] D.13,6,5,12 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*).

[60] M. SARGENTI, *op. cit.*, p. 27; A. GUARINO, "Il contratto secondo Labeone", *Labeo* 29 (1983) 327 ss..

[61] Labeón identificaba el concepto de contrato sobre la base de la bilateralidad, en referencia a los contratos consensuales o bilaterales típicos del *ius gentium*.

[62] *Vid.* A. BISCARDI, "*Quod Greci synallagma vocant*", *cit.*, pp. 137 ss.; A. BURDESE, *Manuale di Diritto privato romano*, Torino 1964, p. 561; H.P. BENÖHR, *Das sogenannte synallagma, cit.*, pp. 8 ss.; subsiste la duda si Aristón intentaba referirse, además de a la hipótesis de *do ut des*, y *do ut facies*, también a las otras de *facio ut des* o *facio ut facies*.

[63] A.O. ALBANESE, "*Agere, gerere e contrahere* in D.50,16,19. Congetture su una definizione di Labeone", *SHDI* 38 (1972) 245 ss..

[64] También *agire praescriptis verbis* en D,18,1,79 (*Iavolenus, lib.* V *ex Posterioribus Labeonis*); D.18,1,50 (*Ulpianus, lib.* XI *ad Edictum*); D.19,5,17,1 (*Ulpianus, lib.* XXVIII *ad Edictum*); D.19,5,20 pr. (*Ulpianus, lib.* XXXII *ad Edictum*); D.19,5,19 pr. (*Ulpianus, lib.* XXXI *ad Edictum*).

[65] D.19,5,1,1; D.18,1,80,3; D.18,1,79; D.18,1,50; D.19,5,17,1; D.19,5,20 pr.; D.19,5,19 pr.; D.19,5,5,2.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

contractuales definida en aquel pasaje, para fundamentarla de manera más amplia sobre una correspondencia de prestaciones, y reconocer el nacimiento de la obligación en la hipótesis de realización de una de las prestaciones[66].

Habíamos visto que Labeón partía del reconocimiento de situaciones para tutelarse mediante *actio in factum*, sobre el modelo de fórmulas a tutela de los contratos consensuales típicos, y Aristón, desarrollando el concepto labeoniano de contrato, parece haber reconocido, en hipótesis de convenciones obligatorias que implican una reciprocidad de prestaciones, la posibilidad de interponer *actio civilis* con *intentio incerta,* posiblemente definida en el lenguaje gayano como *condictio incerti*, directa al cumplimiento de la contraprestación[67].

Así pues, Aristón habría individualizado en el *edictum de pactis* el fundamento de la tutela de las convenciones obligatorias atípicas, mediante una *praescriptio pro actore* añadida a la fórmula *in ius concepta*, de donde se deduce un *oportere ex fide bona*, de una *actio* definida por tanto al mismo tiempo como *in factum* y *civilis* correspondiente al acreedor[68].

Ello debía plantear graves problemas de orden práctico, por lo que el pretor, en su función supletoria, ante cada caso concreto de éstos que se le plantearon, concedía *actiones in factum* quizás decretales, dado que no parece haber huellas de las mismas en el edicto.

La doctrina de Aristón representa un paso adelante sobre el reducido ámbito de los contratos típicos. Pero cuando el pretor empieza a reconocer poco a poco nuevas figuras de relaciones contractuales, y cuando, como en el Derecho moderno, cualquier acuerdo de voluntad que presente los requisitos de la ley es de por sí productora de efectos jurídicos, *qualora subsit causa*, la función práctica de la doctrina de Aristón desvanece, y este jurista pasará a la historia de la doctrina jurídica por haber dado un impulso vigoroso a la ampliación de la categoría de contratos.

En definitiva, no todo acuerdo de voluntad es productor de efectos jurídicos, sino *qualora subsit causa*; Aristón entendía la causa como ejecución de una prestación; hoy día va entendida en sentido más amplio, pero siempre es requerida.

Como conclusión, podemos decir que la doctrina de la causa no va eliminada en nuestro ordenamiento, sino que, como requisito del contrato, va reconducida a sus orígenes y a las funciones que tenía el derecho y la jurisprudencia romana, o sea, limitada a los contratos atípicos. Así pues, el fundamento de la doctrina de Aristón es que *in alium contractam res non transeat*, o sea, que la relación no entre en el esquema de algún contrato típico.

V. ANALOGÍA DE LOS *NOVA NEGOTIA* CON LOS CONTRATOS REALES. FUENTE DE OBLIGACIONES *EX RE TRADITA*

Y terminamos con un breve alusión de la analogía justinianea entre los *nova negotia* y los contratos reales, lo cual se debe a lo que podríamos llamar lastre histórico. En las Pandectas, los llamados contratos innominados, y sobre todo la figura del *do ut des*, a la cual pertenece la

---

[66] Ello aparece precedida de una fórmula, no necesariamente precedida de una *praescriptio pro actore*, y constituida por *intentio incerta* en el *quidquid paret N.m N.m A.o A.o dare facere oportet.*

[67] D.19,5,22: Aristón reconocía suficiente la *actio civilis incerti*, a cuya mención se le añadiría la calificación posterior de *actio praescriptis verbis*, introducida *id est.* Aristón parece fundamentar el concepto de contrato -*synallagma*- sobre la idea de equilibrio de las prestaciones correspondientes, requiriendo la ejecución de una de ellas, consistente tanto en un *dare* como en un *facere.* D.19,5,20; D.19,4,2,1. Aristón, en tema de permuta, parece separarse de la opinión sabinianea, que la identificaba con la venta, considerándola como una fórmula próxima a ella, con el reconocimiento de dejarla accionable mediante *actio in factum* directa a un *oportere ex fide bona*, o bien el objeto de tal *oportere* podría estar constituido, en vista de la garantía de quien efectúa la *datio* de un esclavo, acerca de la ausencia en él de vicios, del *praestare*, además del *dare facere.* Se habla de una proximidad de la permuta a la *emptio;* C. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 246.

[68] R. SANTORO, "Il contratto nel pensiero di Labeone", *cit.*, pp. 127 ss..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264

permuta, son concebidos como una ampliación de la categoría de los contratos reales[69], lo que quiere decir que la entrega de la cosa hace que la obligación se denomine *re contracta*.

En este sentido, los contratos innominados fueron todos figuras afines a los contratos reales, al menos en el sentido de que la obligación del deudor surgía por efecto de una prestación hecha precedentemente por el acreedor. Si estas figuras no fueron incluidas entre los contratos civilísticos, fue por razones eminentemente históricas, y más concretamente, por el hecho de que las cuatro categorías de contratos estaban ya plenamente formadas[70].

Toda la fuerza obligatoria de los negocios innominados emana, como en los contratos reales, de haber realizado uno de los contrayentes la prestación convenida. Por esta razón, algunos romanistas han asimilado aquellos a los contratos reales: para nosotros, este criterio es criticable, pues ambas instituciones sólo tienen en común el modo de perfeccionarse. Entre las diferencias más importantes entre ellas, vemos que la prestación en los contratos reales consiste en la entrega de una cosa material, al tiempo que en los contratos innominados, la prestación puede consistir tanto en una *dare* como en un *facere*, según la categoría a la que pertenezca el negocio realizado.

Si de algún modo era posible llegar a exigir su cumplimiento, solicitando para ello una *actio in factum* al pretor, que discrecionalmente podía o no concederla, era siempre previo requisito de haber efectuado la *traditio*, es decir, la entrega real y efectiva de la cosa por una de las partes[71].

Ya en épocas muy anteriores a Justiniano se exigía la entrega de la cosa por una de las partes para que naciera la permuta, aún sin ser todavía considerado como contrato. Posiblemente, Justiniano se limitó a encuadrar esta situación en la categoría de contrato, con todas las ventajas que ello comportaba, creando para ello los contratos innominados.

Subsiste como requisito esencial la *traditio*, que ya venía exigiéndose con anterioridad. Justiniano, al reconocerlos como contratos, decidió de forma indirecta que aquellos se configuraran análogamente a los contratos reales. Esto explica que los contratos innominados fueran de naturaleza real en el Derecho romano. De ahí que la permuta se considere como un contrato de naturaleza análoga a la de los contratos reales: necesita como requisito *sine qua non*, para que nazca como tal contrato, es decir, para que surja una obligación, una *datio* del objeto convenido por una de las partes permutantes. Po ello, en los contratos innominados, mientras la prestación debida no ha sido ejecutada, el acreedor puede elegir entre la acción para la ejecución y la repetición de la cosa dada[72].

---

[69] *Vid.* C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, Milano 1973.

[70] A. GUARINO, *op.cit.*, p. 548.

[71] Dicha exigencia quedó claramente reflejada en Paulo D.19,4,1,2, y C.4,64,3 (*Diocletianus et Maximianus*).

[72] En D.19,4,1, Paulo individualiza en la permuta un negocio *do ut des*, que requiere para su conclusión una *datio*, y hace surgir una *ex re tradita, obligatio*, mientras los contratos consensuales surgirían sobre la base del mero consenso, creando una acción no para repetición de lo dado, sino dirigida al interés del transmitente a tener la cosa en contrapartida; parece tratarse por tanto de una *actio civilis incerta*; cf. D.19,4,1,3. Así, mientras la *emptio venditio* se contrae sobre el mero consenso, la permuta nace sólo *ex re tradita*; parece deducirse del texto que ambos juristas hablan en sentido propio de permuta, como figura de convención atípica productora de obligaciones al parecer civil, sobre la *datio* de una de las cosas, que para ser productora de efectos debe haber determinado la transmisión de la propiedad a favor del *accipiens*; V. ARANGIO RUIZ, *Diritto romano, cit.*, p. 318.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0264