

EL MODELO DE GAYO EN EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

Carlos SORIANO CIENFUEGOS*

SUMARIO: I. *Planteamiento* II. *Summa divisio obligationum* III. *Sobre la dicotomía contrato-Delito* IV. *Tertium datur* V. *Bibliografía*.

I. PLANTEAMIENTO

El libro cuarto del *Código civil federal*¹ mexicano reglamenta la materia de las obligaciones, y se encuentra dividido en tres partes, de las cuales, la primera es de carácter general, y es en la que se centra el presente estudio, en concreto, el título primero que lleva por rótulo el de ‘Fuentes de las obligaciones’.

Como primer capítulo del título referido, el texto sustantivo aborda el tratamiento de los “Contratos”, y continúa con el segundo “De la declaración unilateral de la voluntad”, el tercero “Del enriquecimiento ilegítimo”, el cuarto “De la gestión de negocios”, y el quinto “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”².

Pese a no contener una clasificación explícita de las fuentes de las obligaciones (como, por el contrario, ofrece el italiano³), el código mexicano

* Titular del Seminario de Derecho Privado en el Posgrado en Derecho de la Universidad Panamericana. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores – CONACYT.

¹ Este código rige en asuntos del orden federal, según decreto publicado en el *Diario oficial de la Federación* de 29 de mayo de 2000, al haberse interrumpido la vigencia del *Código civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal*, que estuvo en vigor desde el 1° de septiembre de 1932, conocido como *Código de 1928*, por el año de su publicación.

² Hay un capítulo sexto “Del riesgo profesional”, que además de no gozar de aplicación alguna, no guarda relación con esta exposición.

³ “1173. *Fonti delle obbligazioni. – Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico*”.

separa la fuente contractual del resto de las extracontractuales, entre las que destacan particularmente, las provenientes de conductas ilícitas.

Desde esta perspectiva, la división y secuencia de los capítulos que integran este primer título y por las que opta el legislador federal, resulta acorde con la tradición romanista de los derechos europeos continentales, e insertándose en una larga genealogía del pensamiento jurídico hacen eco, en última instancia, de la obra de Gayo⁴, al punto que nosotros también pudiéramos llamarlo *Gaius noster*, tomando prestadas las famosas palabras del emperador Justiniano⁵.

En este punto, resulta pertinente enfatizar que a diferencia de la doctrina extranjera —en cuyas obras suele destacarse, en primer lugar, la proveniencia romana de la sistemática de las fuentes de las obligaciones, como cuestión relevante que exige algún tratamiento⁶— los textos nacionales, incluido el que sin duda ha sido el más utilizado por enteras generaciones de juristas mexicanos⁷, guardan un elocuente silencio sobre los orígenes de esta clasificación⁸.

El propósito de este trabajo, y que al propio tiempo constituye su justificación, es abordar el olvidado aspecto de hasta qué punto el sistema extrínseco o expositivo de nuestras instituciones, en el caso, el de las fuentes de las obligaciones, es portavoz de una plurisecular y viva tradición romanista, que presente en las particiones y divisiones del Derecho positivo mexicano, continúa ostentándose como el modelo clásico de la disciplina jurídica.

⁴ En el desarrollo de este trabajo, se omite toda referencia a los problemas clásicos relacionados con Gayo, es decir, su nombre, su origen provincial o romano, sus relaciones con la jurisprudencia de su tiempo, su conocimiento de la obra de Pomponio... Para una visión general sobre estos aspectos, puede consultarse Orestano, Riccardo, “Gaio (Gaius)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, UTET, 1961, *sub voce*.

⁵ Const. Imperatoriam maiestatem, 6 (versión Krüger-Mommsen, Hildesheim, Weidmann, 2000).

⁶ Entre otros muchos, Breccia, Umberto, *Le obbligazioni*, Milán, Giuffrè, 1991, p. 98: “La formula accolta dal legislatore del 1942 sembra riportare in auge la summa divisio delle Istituzioni di Gaio...”; Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, pp. 10-11: “In the course of our discussion of the origins of liability we have been referring to contractual and delictual obligations. This is the summa divisio obligationum, which Gaius... introduced in his Institutes”.

⁷ Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1998, p. 111, que comienza directamente con la definición de ‘contrato’, sin hacer ninguna referencia contextual a la mención en primer lugar de esta fuente por parte del código, ni a sus orígenes.

⁸ Rojina Villegas (*Derecho civil mexicano*, t. V “Obligaciones”, vol. 1 “De las obligaciones en general”, México, Porrúa, 1998, pp. 177-180), omite toda referencia previa al pensamiento de Planiol a propósito de la clasificación de las fuentes de las obligaciones, con la consecuencia de privar a su obra de una riquísima tradición.

Con vistas a la consecución del propósito, las cuestiones tratadas en las siguientes páginas harán referencia a los aspectos de la tradición gayana que permiten afirmar su supervivencia en el texto sustantivo civil, a saber la configuración del estudio de las obligaciones tomando como punto de partida sus fuentes; la consideración del contrato como fuente primordial; el concepto mismo de contrato; su contraposición conceptual respecto de otra especie definida, como son los hechos ilícitos, y, finalmente, el reconocimiento de otras fuentes no subsumibles en las dos categorías mencionadas.

II. SUMMA DIVISIO OBLIGATIONUM

El *Código civil federal* abre el tratamiento de las obligaciones con el tema de las fuentes, lo que ya es un primer aspecto en el que converge la opción del legislador mexicano con la doctrina de Gayo: no se trata solamente de un cuestionamiento referido a la procedencia o génesis de la relación de contenido patrimonial entre un acreedor y un deudor, como podría pensarse adoptando un punto de vista que partiera de un esquema lineal del antes y el después, y que comenzara por tanto presuponiendo la pregunta ¿cómo nace una obligación?

Ciertamente, la alusión al ‘nacimiento’ de una obligación está contenida en la semántica de la expresión ‘fuentes’, pero esta dimensión cronológica, diacrónica, no es desde luego la arista que desea destacar el plan expositivo de Gayo, ni por supuesto los códigos civiles que retoman su pensamiento⁹.

Comenzar el tratamiento de las obligaciones con el tema de sus fuentes se resuelve en la afirmación de un principio estructural, sincrónico, pues establece una primera, y fundamental, división entre ellas. En otras palabras, podría decirse que como premisa del estudio de este apartado del derecho patrimonial, está el hecho de que hay obligaciones que se crean con base en un contrato, y otras que no, es decir, hay una dicotomía básica entre obligaciones contractuales y obligaciones no contractuales, o extracontractuales.

La fuente sirve como criterio de clasificación de las obligaciones. En Gayo, estas cuestiones diacrónicas y sincrónicas se hacen patentes a partir de la lectura del pasaje relativo a sus *Institutiones*, advirtiendo la preponderancia de las segundas:

⁹ Sobre la génesis, evolución y bases compartidas de los códigos civiles en Latinoamérica, puede consultarse mi trabajo “Circulación de modelos y centralidad de los códigos civiles en el derecho privado latinoamericano”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, año XLVI, núm. 136, enero-abril, 2013, pp. 125-164.

*Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto*¹⁰.

En efecto, del pasaje puede afirmarse que hay un aspecto diacrónico cuando Gayo habla de que toda obligación ‘nace’ de una u otra fuente, pero lo verdaderamente importante es que tales son las primeras palabras, es decir, la afirmación introductoria al estudio de la materia (‘ahora pasemos...’), en la cual se actualiza su ‘división fundamental’.

De la misma forma que el pensamiento de Gayo, el texto civil federal comienza la reglamentación sobre las obligaciones, consagrando un primer título a sus ‘fuentes’, lo que igualmente debe entenderse como opción que obedece a criterios sistemáticos, especialmente teniendo en cuenta el fondo racionalista del proceso de codificación en la tradición romanista.

Hay, por tanto, una primera clasificación de las obligaciones, que atendiendo a su fuente, las distingue en dos especies, una contractual y otra no contractual, identificada en las *Institutiones* de Gayo con los delitos, o ‘hechos ilícitos’ en el contexto actual.

La obra de las *Institutiones* da muestra del amplio empleo del procedimiento divisorio en géneros y especies, como se lee en diversos pasajes, por ejemplo, al citar la opinión de Servio y Sabino por una parte, y Labeón, por otra, sobre el número e identidad de los *genera furtorum*, resultando cuatro para los primeros, dos para el segundo:

*Furtorum autem genera Seruius Sulpicius et Masurius Sabinus IIII esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum; Labeo duo, manifestum et nec manifestum; nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum; quod sane uerius uidetur, sicut inferius apparebit*¹¹.

Este método divisorio, incorporado al pensamiento jurídico romano desde fines de la República¹², resulta de la máxima importancia para el desarrollo del derecho, pues habiendo fijado los conceptos (categorías, conjuntos, clases), compete al jurista proceder a su ordenación, haciendo evidentes las relaciones a que están sujetos. Es en definitiva gracias al procedimiento aludido, llamado también técnica diairética (iniciada por Platón, perfeccionada por Aristóteles, y explicada por sus comentaristas, principalmente

¹⁰ Gai. 3, 88 (versión de las *Fontes iuris Romani antejustiniani*, pars altera, Avctores, editit Baviera, Florencia, Barberà, 1940).

¹¹ Gai. 3, 183.

¹² Según Pomponio (l. s. enchir., D. 1, 2, 2, 41), *Quintus Mucius ... ius civile primum constituit generatim...*

Porfirio y Boecio), que los conceptos pueden integrarse en relaciones de géneros y especies.

¿Qué se entiende por género? Se recuerdan las propias palabras de Aristóteles a este respecto: “Género es lo que se predica respecto de lo que es de muchas cosas que difieren en la especie”¹³.

De dicho primer sentido de ‘género’ (hay otros a los que se refiere el filósofo, pero no guardan directa relación con este trabajo, o presentan sentido en su original griego), puede ofrecerse la siguiente idea complementaria: “De los entes, unos se dicen de algún sujeto, aunque no estén en ningún sujeto, como hombre se dice de un sujeto, esto es, de algún hombre, aunque no está en ningún sujeto”¹⁴. Por lo que, sigue diciendo Aristóteles, “En resumen, lo individual y numéricamente uno no se dice de ningún sujeto, aunque nada impide que esté en un sujeto”¹⁵.

Se advierte que la definición de género ya incluye la mención de la especie, dato que resulta relevante, en tanto que los conceptos que pertenecen a un mismo género, pueden ser predicados de la misma forma, salvo que difieran en la especie:

“Es idéntico en la especie todo lo que, siendo múltiple, no es diferente en la especie, como, por ejemplo, un hombre respecto de otro hombre y un caballo respecto de otro caballo; pues se llama idéntico en la especie a todo lo que está bajo la misma especie; igualmente se dice idéntico en el género a todo lo que está bajo el mismo género, como caballo respecto de hombre. Parecería, sin embargo, que el agua de la misma fuente, aunque se dice idéntica, tiene alguna otra diferencia además de los tipos mencionados. No obstante, este tipo de identidad ha de situarse en la misma clase que lo que se dice, de un modo u otro, uno en especie. Pues todo lo que es así parece ser homogéneo y cercano entre sí. En efecto, toda agua se dice idéntica en la especie a toda otra agua, porque tiene cierta semejanza; pero el agua de la misma fuente no difiere en absoluto de otra, aunque la semejanza es más fuerte; de ahí que no separemos lo que se dice de algún modo idéntico en la especie”¹⁶.

¹³ Top. I, 5, 102a, 31 (textos traducidos por García Norro, Juan José y Rovira, Rogelio, “La doctrina de las *quinque voces* en los textos de Aristóteles”, en Porfirio, *Isagoge*, Barcelona, Anthropos, 2003, texto trilingüe, con la traducción de Boecio al latín, pp. 101-108).

¹⁴ Cat. II, 1a, 20.

¹⁵ Cat. II, 1b, 5.

¹⁶ Top. I, 7, 103a, 10-24.

Con esta idea, es fácil comprender cuál es la naturaleza del género: “El género trata precisamente de significar la esencia y es lo primero que se supone de los elementos de la definición”¹⁷.

Por otra parte, a propósito de lo que constituye la especie, se traen a la memoria los siguientes pasajes de Aristóteles. En primer lugar puede reiterarse la relación de subordinación que existe entre el género y la especie: “El género se dice siempre de más cosas que la especie”¹⁸, en tanto que “Es, pues, evidente que las especies participan de los géneros, pero los géneros no de las especies; pues la especie recibe la definición del género, pero el género no recibe la de la especie”¹⁹. Y aun a riesgo de resultar reiterativos se transcribe lo siguiente: “De lo que no se predica el género, tampoco se predica la especie”²⁰.

Asimismo, como se ha determinado cuál es la naturaleza del género, es posible determinar la de la especie, basándose en esta cita: “El género se predica de todo lo que está bajo la misma especie. Además (debemos examinar), si no se predica el género respecto de lo que es, sino como accidente como lo blanco se predica de la nieve o del alma el moverse por sí; pues la nieve no es por ello blanca y de ahí que lo blanco no es el género de la nieve, ni el alma es por ello algo que se mueve, sino que accidentalmente le ocurre moverse, como al animal le ocurre a veces que camina y es caminante”²¹. De modo que no todo lo que se dice de la especie corresponde a la esencia de lo definido.

Aristóteles es consciente de que su propuesta científica de dividir en géneros y especies es una empresa que puede ser aplicada a cualquier conocimiento, y que debe ser exhaustiva, es decir, que la tarea de evidenciar las relaciones no debe detenerse sin antes haber llegado al último eslabón, o sea, al punto en el que ya no sea posible descubrir más relaciones: “Además, hay que considerar los géneros dividiéndolos según sus especies hasta llegar a las indivisibles”²². Y también, el siguiente pasaje: “Las especies últimas del género son más simples que los géneros (pues son indivisibles, mientras que los géneros se dividen en muchas especies diferentes)”²³.

¹⁷ Top. VI, 5, 142b, 27-29.

¹⁸ Top. IV, 1, 121b, 3.

¹⁹ Top. IV, 1, 121a, 12-15.

²⁰ Top. IV, 4, 124b, 11.

²¹ Top. IV, 1, 120b, 19-26.

²² Top. III, 6, 120a, 33-35.

²³ Met. XI, 1, 1059b, 35-37.

Construido de esta forma, el sistema de divisiones (llamado ‘árbol’²⁴ por los comentaristas de Aristóteles y durante toda la Edad Media) integra todos los géneros y todas las especies: desde el género más amplio, hasta la especie ínfima. De esta suerte, el conocimiento puede operar sintéticamente, en tanto que lo que se afirma del género, se afirma de la especie, pero no viceversa: “Los géneros se predicán de las especies, pero las especies no se predicán, en cambio, de los géneros”²⁵.

Lo anterior, a pesar de que las especies estén contenidas directamente en el género, pues basta con que el género más amplio abarque los géneros inferiores, que en este sentido, son sus especies: “Es preciso considerar también el género del género propuesto y así siempre, hasta el género más alto, y ver si es que todos los géneros se predicán de la especie y si se predicán respecto de lo que es; pues todos los géneros superiores deben ser predicados de la especie respecto de lo que es”²⁶.

La razón es simple, y es que el género abarca la especie, o sea, esta se encuentra comprendida en aquel: “El género se dice de más cosas que la especie”²⁷. Por lo mismo: “La especie se predica del individuo; el género, de la especie y del individuo”²⁸.

Un punto de vista de Aristóteles coincide con el análisis lógico de los conjuntos, cuando se prueba tanto en uno como en otro que no es dable afirmar válidamente que todo cuanto existe integra un conjunto, lo que viene a confirmar que el conocimiento científico es aproximativo, pero no idéntico, a la realidad: “No es posible que ni el uno ni el ente sean un género de los entes; pues es menester que cada una de las diferencias de cada género exista y sea una, y no es posible que las especies del género se prediquen de las diferencias propias ni tampoco el género sin sus especies, de tal modo que si el uno o el ente es género, ninguna diferencia será ni ente ni uno”²⁹.

Este criterio está confirmado, en la obra aristotélica, postulando que no hay ciencia, más que a condición de que el pensamiento abstraiga, y se coloque en un nivel distinto al de la realidad: “Otro lugar es examinar todos los casos en los que algo se dice que se atribuye o a todos o a ninguno. Pero hay que considerar las especies y no los individuos; pues entonces la investigación será más metódica y más corta. Al investigar es preciso comenzar

²⁴ El más conocido de todos es el de Porfirio, pero no es el único. Entre otros clásicos, pueden recordarse los de Séneca y Plotino.

²⁵ Cat. V, 2b, 20.

²⁶ Top. IV, 2, 122a, 3-6.

²⁷ Top. IV, 1, 121b, 4.

²⁸ Cat. V, 3a, 39.

²⁹ Met. III, 3, 998b, 22.

por las especies primeras y descender hasta las especies indivisibles”³⁰. Y completa en otra obra: “Porque, por esto, no hay definición ni demostración de las sustancias sensibles singulares”³¹.

El postulado de los conjuntos de acuerdo con el cual frente a la variedad infinita de situaciones fácticas, se alza la estructura conceptual por definición finita, también es afirmado en Aristóteles en los siguientes términos: “En el caso de lo que se predica respecto de lo que es, es evidente (que hay un límite). Pues, si la definición es posible, es decir, si la esencia es cognoscible y, si, por otra parte, no se puede recorrer una serie infinita, es necesario que los predicados esenciales sean limitados en número”³².

Para completar la exposición del pensamiento del Estagirita, sólo restaría agregar qué es lo que dice acerca de la diferencia específica y del accidente.

Sobre la diferencia Aristóteles indica que puede ser entendida en diversos sentidos: “Se llama diferente todo cuanto es otro, siendo de alguna manera lo mismo, y no sólo por el número, sino por la especie o por el género o por analogía”³³.

Asimismo, puede determinarse cuál es la función que cumple en el procedimiento de división, al decir que: “Es preciso que el género se separe de los otros y que la diferencia separe a los que están en el mismo género”³⁴. Por tanto, su función es la de creación de especies: “Del género y las diferencias surgen las especies”³⁵, o el pasaje equivalente: “Toda diferencia específica, unida al género, forma una especie”³⁶.

Corresponde a la diferencia, integrar junto con el género la esencia de las realidades definidas: “Es menester que una definición venga definida por el género y las diferencias”³⁷. E incluso lo señala como advertencia metodológica: “Nunca, pues, la diferencia pertenece a lo que se da por accidente, como tampoco el género, porque no es posible que la diferencia pertenezca y no pertenezca a algo”³⁸.

³⁰ Top. II, 2, 109b, 13-16.

³¹ Met. VII, 15, 1039b, 27-29.

³² Anal. Post. I, 22, 82b, 37 - 83a, 1.

³³ Met. V, 10, 1018a, 12-13.

³⁴ Top. VI, 3, 140a, 27-29.

³⁵ Met. X, 7, 1057b, 7.

³⁶ Top. VI, 6, 143b, 9-10.

³⁷ Top. VI, 4, 141b, 25.

³⁸ Top. VI, 6, 144a, 23-27.

Finalmente, del accidente se recuerdan únicamente las siguientes ideas: “Se llama accidente a lo que pertenece a algo y se dice de ello con verdad, aunque no por necesidad ni en la mayoría de los casos”³⁹.

Como se observa, la delimitación de lo que resulta accidental es igualmente difícil que el resto de los conceptos, sobre todo porque: “Un accidente es algo que, aunque no es nada de esto, ni definición, ni propio, ni género, pertenece a la cosa”⁴⁰.

Habiendo examinado los conceptos fundamentales del procedimiento divisorio, como método propio de la sistematización de las instituciones, debe enfatizarse la aseveración de Aristóteles de que la definición (integrada por género y diferencia, y creadora de la especie) es la explicación de la esencia de las cosas, lo cual acentúa el carácter sincrónico del pasaje citado de las *Instituciones* de Gayo (3, 88) transcrito líneas arriba.

En efecto, el género, en el caso, la obligación, debe comprenderse, como primer elemento de la definición, y simultáneamente representa la esencia de aquello que se define y que puede ulteriormente dividirse en especies, en el caso, las que provienen de un contrato, y las de un delito (o hecho ilícito, en la nomenclatura moderna).

Que este procedimiento divisorio en géneros y especies haya sido incorporado al pensamiento jurídico romano, específicamente con el propósito de crear sistemas expositivos es una cuestión fuera de toda duda⁴¹, aun desde la óptica de los propios contemporáneos, de lo cual constituye un valioso testimonio el siguiente pasaje de Marco Tulio Cicerón:

Hic Brutus: Ain tu?, inquit. Etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existimo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno. Quod nunquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. Hic enim adtulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ad ea quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur.— Dialecticam mihi videris dicere, inquit.— Recte, inquam, intelligis⁴².

³⁹ Met. V, 30, 1025a, 14.

⁴⁰ Top. I, 5, 102b, 4-5.

⁴¹ Entre la doctrina, véase especialmente Talamanca, Mario, “Lo schema ‘genus-species’ nelle sistematiche dei giuristi romani”, en *Colloquio italo-francese sulla filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)*, II, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1977.

⁴² Brut., 152-153 (versión, The Loeb Classical Library, Cambridge, Ma., Harvard University Press, 1939; se transcribe una traducción al español de Manuel Mañas Núñez, Madrid, Alianza Editorial, 2000: “Entonces Bruto interrumpió: ‘¿Hablas en serio? ¿Pones a

Consecuentemente, puede afirmarse que en el empleo de la expresión ‘*summa divisio*’ por parte de Gayo, esta cumple una función didáctica y tendencialmente sistemática, es decir, estructural y no simplemente genética, de suerte que toda diferenciación sobre el contenido y vicisitudes de las relaciones jurídicas del tipo –esto es, del género– de las obligaciones, debe partir y se entiende en función de la caracterización que ofrece la fuente respectiva (... *quarum summa diuisio in... species diducitur: omnis enim obligatio uel ex.. nascitur uel ex...*), teniendo como criterio de la distinción que la *obligatio* sea un efecto querido por las partes (acto lícito), o bien sea el resultado de una sanción del ordenamiento ante una conducta reprochable (hecho ilícito).

III. SOBRE LA DICOTOMÍA CONTRATO–DELITO

Al igual que cualquier otra ciencia, la del derecho debe cumplir, como primer requisito a fin de alcanzar la calificación de conocimiento especializado, la tarea de la formulación de conceptos, es decir, debe abstraer, debe generalizar, olvidando diferencias, separando lo contingente de lo necesario, en síntesis, debe dotar a ciertos hechos de la cualidad de ‘relevantes’, para agrupar los hechos en determinadas categorías conceptuales, y facilitar de ese modo, cuando menos, el manejo de la información.

En consecuencia, la infinita variedad empírica que ofrece la realidad es traducida a esquemas mentales, a tipos jurídicos, que son por definición, al contrario de la realidad, finitos: lo que importa para la ciencia del derecho, en el plano de la reflexión intelectual, es la evidencia de estas separaciones que se imponen a la realidad, mucho más que su contenido concreto.

En la ejecución de este primer grado o nivel epistemológico, por tanto, se advierte la creación de casos genéricos (o tipos), los cuales con posterioridad (en un segundo nivel epistemológico) establecerán entre sí relaciones

nuestro Servio incluso por delante de Quinto Escévola?’ ‘Así es, Bruto’, contesté. ‘Pienso que en Escévola y en otros muchos se dio un gran conocimiento práctico del derecho civil, pero el conocimiento teórico sólo se dio en Sulpicio. Y nunca lo habría logrado sólo con el estudio del derecho, si no hubiera aprendido también la ciencia que enseñaba a dividir en partes la materia entera, a explicar lo desconocido mediante la definición, a esclarecer lo oscuro mediante la interpretación, a examinar primero lo ambiguo, luego a distinguirlo y, por fin, a fijar las reglas con las que juzgar lo verdadero y lo falso y las consecuencias que, dadas ciertas premisas, pudieran o no derivarse. En efecto, Sulpicio aplicó esta arte, la más importante de todas, como si se tratara de una luz, a aquellas cuestiones de derecho que, bien en las consultas, bien en los procesos, otros habían tratado confusamente’. ‘Me parece’, dijo Bruto, ‘que te refieres a la dialéctica’. ‘Crees bien’, contesté...”).

formales, correspondiendo las operaciones descritas a dos niveles distintos del discurso, la abstracción y la sistematización.

En ocasiones, resulta conveniente relacionar la teoría de conjuntos con la lógica proposicional. Esto resulta muy útil en el derecho, porque la operación mental del juicio referida al ámbito del derecho, se ha explicado en repetidas ocasiones por parte de la doctrina, como un enunciado prescriptivo que enlaza consecuencias de derecho a una hipótesis normativa: en efecto, la teoría de conjuntos permite comprender cómo se encuentran calificadas deónticamente las situaciones fácticas que pueden presentarse en la realidad. Por tanto, al unir estas dos divisiones científicas (conjuntos y lógica proposicional), se obtendrá una herramienta útil, que permitirá obtener la definición lógica del supuesto y su consecuencia, asegurando la corrección del razonamiento.

Entre ambas disciplinas, existe naturalmente una relación muy estrecha: esto obedece a que las operaciones entre conjuntos se relacionan con las operaciones lógicas en el sentido de que las primeras permiten obtener nuevos conjuntos basados en operaciones 'booleanas', mientras que las segundas permiten obtener nuevas proposiciones que se basan en sus propios principios.

No obstante, una diferencia entre la teoría de conjuntos y la lógica proposicional es que la primera basa sus operaciones en conjuntos que contienen elementos y la segunda en propiedades características, que son las proposiciones que caracterizan a los elementos de cada conjunto. Mientras que un conjunto puede contener o no un elemento, una proposición es un enunciado lógico al que se le puede asignar un valor de verdad, o un valor de falsedad.

Estas ideas están presentes en la dicotomía introducida por Gayo, al señalar que toda obligación nace o de contrato, o de delito, categorías que presenta como recíprocamente excluyentes, es decir, la noción del primero es incompatible con la noción del segundo.

Esta imposibilidad de reducir una categoría en la otra descansa en un elemento definitorio, o propiedad característica, que hace pensar en dos conjuntos distintos que integran el más amplio de las obligaciones: mientras que los contratos son siempre actos lícitos, en el caso de los delitos, en todo supuesto se está frente a un caso de ilicitud.

El *Código civil federal* reproduce esta dicotomía al dedicar sendos capítulos del primer título del libro cuarto a los contratos (capítulo primero) y a los 'actos ilícitos' (capítulo quinto).

Podría decirse que si una determinada fuente de obligaciones puede adscribirse a la categoría de los contratos, no sería dable, por definición, que se agrupara simultáneamente en la de los ilícitos.

Colocándose en este extremo, la dicotomía ‘contrato – delito’ propuesta por Gayo ofrece una no escasa dificultad, surgida a consecuencia de la sola contraposición entre la licitud del primero y la ilicitud del segundo: en efecto, mientras que el delito puede muy bien definirse a partir de su ilicitud, la categoría del contrato no puede delimitarse exclusivamente a partir del atributo de la licitud.

Para decirlo en otras palabras, mientras que la fenomenología de los hechos lícitos, en tanto que encaminados a la creación del vínculo obligatorio pueden asumir una muy amplia variedad de tipos, la de los ilícitos, a los que la obligación se articula sólo en función sancionatoria, no parece poderse prestar más que a una categoría unificadora, a pesar de las diversas hipótesis concretas que pueden encuadrarse en ella.

El mismo Gayo es consciente de ello, como se advierte a partir de la lectura del siguiente pasaje de sus *Institutiones*, en el que contrapone ambas categorías:

*Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, ueluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. Quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus*⁴³.

Justiniano, en sus *Institutiones*, sigue en este, como en tantos otros, el pensamiento de Gayo, al advertir que:

*Cum eitum sit superiore libro de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus. Sed illae quidem, ut suo loco tradidimus, in quattuor genera dividuntur: hae vero unius generis sunt, nam omnes ex re nascuntur, id est ex ipso maleficio, ueluti ex furto aut rapina aut damno aut iniuria*⁴⁴.

Esta es la causa por la que la categoría contractual ocupa la primacía dentro de la clasificación de las fuentes de las obligaciones, y por ello es que Gayo, y con base en su pensamiento, todos los códigos civiles de la tradición europea continental, hacen mención del contrato en primer lugar: porque frente a los actos que están enderezados positivamente a la consecución de un efecto obligatorio, la mención de los hechos ilícitos, aun cuando capaces

⁴³ Gai. 3, 182.

⁴⁴ Inst. 4, 1, pr.

de producir el mismo efecto, lo alcanzan sólo como resultado de una reacción, lo que los coloca en un plano subordinado, sin olvidar sin embargo la rigurosa fijación de sus rasgos dogmáticos⁴⁵.

Los fundamentos de esta primacía sistemática del contrato sobre el delito dieron por consecuencia el empeño de la doctrina por ofrecer una definición de la categoría dominante, lo que desató una interesante polémica entre los juristas.

Al respecto, conviene recordar que la noción de contrato utilizada por el jurista Labeón es cronológicamente la más antigua que puede identificarse en las fuentes romanas, cuestión que ha sido ampliamente abordada por los estudiosos⁴⁶. De acuerdo con el testimonio del pensamiento de Labeón transmitido por Ulpiano, el jurista de la época de Octavio contraponen el *contractum* al *actum*, individuando como característica del primero la bilateralidad de la relación, es decir, la bilateralidad de las obligaciones que nacen recíprocamente a cargo de las partes (*ultra citroque obligatio*, en las palabras del fragmento), denominada con el vocablo griego, *synállagma*. Para que pudiera configurarse un contrato, debía surgir entre las partes un vínculo recíproco, una relación sinalagmática, considerándose por tal motivo esencial no tanto el elemento subjetivo del acuerdo, sino más bien la existencia del elemento objetivo de la relación obligatoria recíproca, es decir, obligación de una y de otra parte.

Una perspectiva contrapuesta es aquélla inherente a la noción de contrato sostenida por otro jurisconsulto clásico, de nombre Sexto Pedio, activo hacia fines del siglo I d. C., y recogida también por el jurista clásico tardío, Ulpiano. Según esta inteligencia, requisito *sine qua non* para la existencia de un contrato es el acuerdo entre las partes, la *conventio* en el vocablo empleado en las fuentes, requisito que está presente, en la opinión de Pedio, incluso cuando para el perfeccionamiento del negocio jurídico se requiera algún otro elemento, como la entrega de una cosa, en los negocios reales (como el caso del mutuo o del comodato, por ejemplo), o la manifestación del acuerdo por medio de determinadas palabras solemnes, en aquellos actos verbales (típicamente, la *stipulatio*). El fragmento del D. 2, 14, 1, 3 es como sigue:

⁴⁵ Tal es señaladamente el parecer de Tondo, Salvatore, “Classificazioni delle fonti d’obbligazione”, en *Labeo*, Nápoles, Casa editrice Eugenio Jovene, vol. 41, núm. 3, septiembre-diciembre, 1995, p. 372.

⁴⁶ Véase mi trabajo “El contrato como fuente de obligaciones en el derecho romano”, en *Ars Iuris*, México, Universidad Panamericana, núm. 47, 2012, con una exposición más amplia sobre el tema.

*...Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat...*⁴⁷

En este sentido, el pensamiento de Labeón, por una parte, y la afirmación de Sexto Pedio, por la otra, son ejemplos de una probable pluralidad de perspectivas doctrinales que debieron manifestarse en Roma, muy probablemente en un clima de disputas entre los jurisconsultos, hacia la época de la República tardía y el primer siglo del Principado, es decir, entre fines del siglo II a. C. y el I de la era cristiana, cuyo propósito justamente se hizo coincidir con la fijación del concepto de contrato, y en particular en la determinación de su elemento central, o sea, su aspecto definitorio. Los dos textos transmitidos por la tradición hasta nuestros días oscilan entre la bilateralidad de la relación (postura de Labeón) y la convención, o convenio, entre los contratantes, es decir, la bilateralidad del negocio (postura de Sexto Pedio).

De esta disputa entre los jurisconsultos, puede decirse que a comienzos del siglo III de nuestra era, el pensamiento de Ulpiano resulta acorde plenamente con el de Sexto Pedio, pero este conocido prudente no fue el único en abandonar la postura de Labeón, ni ello sucede hasta tal siglo: en efecto, la lectura de las fuentes permite identificar el predominio de la postura de hacer descansar en el convenio (*conventio*) el elemento definitorio del contrato, por lo menos desde comienzos de la segunda mitad del siglo II también de la era cristiana, según da testimonio el tratamiento que el autor que seguimos de cerca en este trabajo, ‘nuestro’ Gayo, hace de la materia en un famoso pasaje de sus *Institutiones* 3, 91, que pone de manifiesto el carácter dominante de la doctrina de Pedio.

En efecto, Gayo niega que la obligación de restituir lo que ha sido pagado por error, es decir, el pago de lo indebido, pueda ser reputada como nacida de un contrato, y este punto le presenta la ocasión para destacar el elemento fundamental de esta institución, basándolo en la voluntad, en la intención, pues en tal hipótesis, dice Gayo, quien entrega para pagar entiende que está procediendo a la extinción de un negocio, más que a contraerlo. El pasaje de las *Institutiones* es como sigue:

... sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere.

⁴⁷ Ulp. 4 ad ed.

Este pasaje resulta del mayor interés para la superación de la dicotomía originaria, tal y como será analizado líneas abajo. Por el momento se destaca que en la mentalidad de Gayo, el elemento definitorio del contrato es el acuerdo de voluntades tendiente a la creación de una obligación, lo cual también es retomado por el texto normativo mexicano objeto de este estudio según se advierte de la lectura de los siguientes artículos:

“Artículo 1792. *Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones*”.

“Artículo 1793. *Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos*”.

Para entender a cabalidad el último pasaje de Gayo que ha sido citado, es decir, aquel en el que se descarta el pago de lo indebido del conjunto de las obligaciones que nacen de contrato, es necesario retomar algunas ideas a las que ya se ha hecho alusión, y complementarlas con una visión crítica surgida desde el mismo pensamiento de Gayo.

En efecto, de acuerdo con lo que se ha señalado, el período para el cual se puede pensar que la jurisprudencia comenzara a considerar la exigencia de definir el contrato es, justamente, el de fines de la república, pues ya se ha visto que es con Labeón que surge este cuestionamiento en el horizonte de la jurisprudencia romana, según lo que refiere Ulpiano (11 *ad ed.*, en D. 50, 16, 19), traduciendo el primer intento por caracterizar la terminología en cuestión con referencia a la actividad negocial.

Talamanca⁴⁸ sostiene que el modo en que el jurista de la época de Augusto definía el *contractus* —o *contractum*— en relación al *actum* y al *gestum*, como otros términos relativos a la actividad negocial, da un significado de *contractus* que es de una manera diáfana, restrictivo respecto de aquel en que se basa la dicotomía de Gayo 3, 88 entre *obligationes ex contractu* y *ex delicto*.

Dejando a un lado la discusión de lo que entiende Labeón por *gestum*⁴⁹, el *actum* —y por ende el *agere*— se caracteriza en el pensamiento del jurista solamente a través de la identificación de la denotación, sin dar una connotación, con lo que se quiere decir que *actum* es una categoría general en la cual se encuadra tanto el *agere re* como el *verbis*, pero no de modo que la sola manifestación exterior de un consentimiento tenga valor por sí misma, sino haciendo referencia puntual a aquéllas que, según la cuatripartición de

⁴⁸ “Contratto e patto nel diritto romano”, en *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, IV, Turín, UTET, 1989, a quien se sigue.

⁴⁹ *Gestum* estaría identificado con la *res sine verbis factum*, en la opinión de Talamanca.

Gayo 3, 89, son las *obligationes re o verbis contractae*⁵⁰. La cita de las *Institutiones* es como sigue:

Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.

Por el contrario, *contractum*, o *contractus*, es también en el pensamiento labeoniano, la *ultra citroque obligatio*, el acto del cual nace obligación a cargo de ambas partes de la relación: a la connotación que en este caso es dada, sigue aquella que tiene la apariencia de una enumeración, y no de una completa descripción de la denotación del término, enumeración que se refiere a la compraventa, al arrendamiento, a la sociedad⁵¹.

Como se ha hecho notar en repetidas ocasiones, este modo de definir el *contractus* no gozó de gran acogida en la jurisprudencia romana: aparte de algunas líneas encontradas con mayor o menor fundamento en las fuentes, tal modo es tomado expresamente sólo en un famoso pasaje de Ulpiano, que por cierto adquiere un relieve fundamental en las vicisitudes y en la historia de los que posteriormente serán llamados contratos innominados, aunque en la doctrina española contemporánea, hay una escuela que defiende teñidamente la postura como la auténticamente clásica⁵².

En contraposición a lo que se destaca a propósito de la restringida y poco favorable recepción de la mentalidad de Antistio Labeón, aparece como dominante en las fuentes romanas, la diversa noción de *contractus* que se verifica —además que con en el empleo de particulares contextos de discusión— en la compleja experiencia de la clasificación de las obligaciones que parte de las *Institutiones* de Gayo a las de Justiniano, sobre la que se centra justamente este trabajo, y cuyo pasaje fundamental ha sido reproducido desde el comienzo de estas páginas.

En efecto, no debe perderse de vista que en Gayo 3, 88 se encuentra una *summa diuisio* de las *obligationes*, que las distingue en *obligationes ex contractu* y *ex delicto*. Es evidente que, en esta bipartición o dicotomía como preferimos llamarla, el *contractus* no puede ser el contrato bilateral, según la preferencia expresada por Labeón, pues de otro modo, toda una serie de figuras e instituciones contractuales quedarían fuera de la dicotomía aludida, no pu-

⁵⁰ El problema está representado por la omisión de las *litterae*, y consecuentemente de la *obligatio litteris*.

⁵¹ El pasaje de Labeón-Ulpiano presenta otras cuestiones problemáticas, comenzando por la omisión del mandato.

⁵² D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 1986, *passim*, pero especialmente véase el par. 359.

diendo ciertamente encuadrarse en las figuras de delito privado, o de hecho ilícito en la nomenclatura moderna⁵³.

En los términos del *Código civil federal*:

“Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Justamente es sobre el alcance aparentemente exhaustivo de la bipartición del pasaje 3, 88 de la obra de Gayo, que se han basado, o han partido, las teorías que tienden a configurar la categoría de *contractus* tal cual se refleja en la clasificación del jurista citado como capaz de englobar cualquier acto lícito productivo de obligación, en cuanto tienden a insertar en ella todas las figuras que —a partir del pago de lo indebido— entraron posteriormente en las *obligationes quasi ex contractu* de las *Institutiones* de Justiniano 3, 13, 2 y 3, 27⁵⁴.

En esta concepción, que se presenta de forma variada y articulada con base en una interesante perspectiva, el *contractus* es entendido como un *negotium gestum*, donde fácilmente se engloban las figuras que se encuadraron en los cuasi contratos, e incluso otras figuras, las cuales —como las *condiciones ob rem dati, ex iniusta causa o sine causa*— podrían fácilmente encuadrarse incluso en la noción del *contractus* si se presupone la bilateralidad del negocio o de la relación.

Los límites en los que efectivamente una opinión tal ha sido seguida por los juristas romanos o por una de las dos escuelas en las cuales se dividía la jurisprudencia hasta más o menos la época de Adriano o de Antonino Pío es difícil de decidir. Se tienen vestigios del empleo del término *contractus* o de la terminología *contrahere* aun fuera de las figuras que Gayo enumera en las *obligationes ex contractu*, pero sobre este aspecto, es opinión no carente de fundamento que el uso del verbo *contrahere* no sea de por sí decisivo, si no en cuanto el contexto efectivamente hace evidente que tal uso se correlaciona con la subsunción de la figura en discusión en las *obligationes ex contractu*, en-

⁵³ Ello obviamente se refiere, entre las figuras que Gayo encuadra en los *quattuor genera contractuum* a todas las obligaciones diversas de aquellas *consensu contractae*: o sea, del mutuo a la *stipulatio* y a la *expensilatio*, dejando aparte aquellas figuras que, ya de acuerdo con el propio Gayo encontraban dificultad para insertarse en la bipartición mencionada, como la *solutio indebiti*, a la que ya se ha hecho referencia, y las otras figuras que derivaron posteriormente en los cuasi contratos de la época del emperador Justiniano.

⁵⁴ O sea, la *negotiorum gestio*, la tutela, la *communio incidens*, el *legatum per damnationem*.

tendidas desde el punto de vista estructural⁵⁵. Y, por otro lado, el sustantivo *contractus* aparece empleado en contextos donde es evidente que la extensión de la terminología podría tener un alcance limitado⁵⁶, o que pueden parecer, desde otros aspectos, aventurados⁵⁷.

En esta situación parece plausible la opinión de que, aun sin querer asumir esta característica como un rasgo indefectible de la figura del *contractus* entendida en una valencia ontológica⁵⁸, se debe hacer cargo de la tendencia, entre los juristas romanos, a identificar en la bilateralidad del negocio una condición considerada prevalentemente necesaria para individuar –con vistas a la clasificación de las *obligationes ex contractu* y sobre todo en función de la ulterior cuatripartición de los *genera contractuum*⁵⁹– aquellas figuras que a tal tipo de obligación podían ser reconducidas: lo que, entre otras cosas, no quita la posibilidad de que, bajo otros puntos de vista, se pudieran homologar a las obligaciones *ex contractu* sistematizadas en los *quattuor genera*

⁵⁵ *Contrahere*, en efecto, puede referirse al simple hecho de establecer un vínculo obligatorio o de incurrir en todo caso en una responsabilidad sin que el uso del verbo implique algo sobre el modo en que la obligación y la responsabilidad surgen.

⁵⁶ Para dar algún ejemplo, en Gai. 4, 182, con vistas a la ignominia se distinguen los casos en que alguien está obligado *ex delicto* o *ex contractu*; y se encuadran en esta última categoría también aquéllos que están obligados por la *actio tutelae* (prescindiendo de la *actio fiduciae*): cfr. Paulo 18 *ad Plaut.*, D. 44, 7, 49, donde se habla -con vistas a la transmisibilidad pasiva- de las *ex contractibus venientes actiones*, y se ejemplifica con la *actio tutelae*, y Ulpiano 29 *ad Sab.*, D. 50, 17, 23, donde tratando de la responsabilidad del deudor y graduándola, en los particulares *contractus*, vienen a incluirse bajo esta genérica categoría de nuevo la tutela, la *communio incidens* y los *negotia gesta*. Todavía en nuestra moderna terminología se habla de responsabilidad ‘contractual’, contraponiéndola a aquélla ‘extracontractual’, englobando en la primera la violación de cualquier vínculo obligatorio preexistente, aunque su fuente no sea -en términos de la disciplina de los códigos modernos- un contrato.

⁵⁷ Véase Paulo 7 *ad Plaut.*, D. 3, 5, 15 donde la calificación de *contractus* es dada a la *negotiorum gestio*, en un contexto en el cual puede parecer dudosa la voluntad del jurista para subsumir tal figura en la categoría del *contractus*, sobre todo con las implicaciones que ello habría acarreado sobre la estructura de esta última figura.

⁵⁸ En opinión de Talamanca, ello se debe a que con frecuencia se tiene la impresión de que la hipótesis sobre la configuración del *contractus* por parte de los juristas romanos como negocio esencialmente bilateral, con la consiguiente acentuación del rol de la *conventio* como fundamento de la figura en cuestión y de la relevancia de la *voluntas contrahentium*, se funda en una opción ideológicamente condicionada por el ‘valor’ que se atribuye a una genérica ‘voluntad’ en la fenomenología de la autonomía privada, valor que, instrumentalmente o por motivaciones de otra forma condicionadas también a un nivel ideológico, se busca encontrar ya en la experiencia jurídica romana.

⁵⁹ Al respecto, es necesario tener presente la correlación que se instaura, en la sistemática gayana, entre la cuatripartición de los *genera contractuum* y la bipartición de las *obligationes ex contractu* y *ex delicto*.

contractuum distintas situaciones en las cuales la bilateralidad del negocio no era considerada.

Pero también dentro de esta tendencia identificable en la jurisprudencia romana se presentaban tensiones: prueba inmediata de ello es la discusión en Gayo 3, 91 de si el pago de lo indebido daba lugar o no, a una *obligatio ex contractu*. Gayo recuerda cómo es que algunos juristas, no identificados por el propio jurisconsulto, a quienes genéricamente hace alusión cuando señala *unde quidam putant*, redujeron completamente tal figura a aquella de una *obligatio re contracta*, agrupándola de esta forma en los *quattuor genera contractuum*. En cambio, Gayo sigue otra teoría, con base en la cual es relevante —para la identificación de la *obligatio ex contractu*— la intención típica de las partes al momento de la celebración del negocio⁶⁰, y niega consecuentemente la integración de la figura del *contractus* en el caso del pago de lo indebido, justamente porque en él la intención típica de las partes no está dirigida a la creación del vínculo obligatorio.

De esta forma se pone en evidencia un límite de la funcionalidad de la bipartición entre *obligationes ex contractu* y *ex delicto*, lo que se resuelve por el propio Gayo en otra de sus obras, las *Res cottidianae*⁶¹, mediante la individuación de la nueva categoría de fuentes de la obligación representada por las *variae causarum figurae*, a través de la cual se alcanza, entre otras cosas, la posibilidad de configurar razonablemente el contrato como negocio bilateral enderezado, en su función típica, a la asunción de un vínculo obligatorio, que será aún más explicitada en la compilación justiniana, precisamente en las *Institutiones* 3, 13, 2, por la contraposición entre *obligationes ex contractu* y *quasi ex contractu*⁶².

⁶⁰ Como se ha mencionado líneas arriba, en Gai. 3, 91, se afirma que de la *solutio indebiti* no surge una *obligatio ex contractu*, ya que *is qui soluendi animo dat magis distrahere uult negotium quam contrahere*.

⁶¹ En D. 44, 7, 1, pr.: la clasificación es desarrollada en los párrafos 1-15 *h. l.* (para los contratos reales y verbales), mientras en D. 44, 7, 2 la parte relativa a los contratos consensuales es tratada por las *Institutiones* y no se entretiene sobre las figuras en particular, como sucede también para los *delicta* (o *maleficia*), que rápidamente son despachados en D. 44, 7, 4 (extraído, sin embargo, de las *Res cottidianae*). D. 44, 7, 5, de nuevo extraído de esta última obra, desenvuelve en cambio en modo bastante analítico la materia de las *variae causarum figurae*.

⁶² En las *variae causarum figurae* confluyen, en efecto, junto con la *indebiti solutio* también la mayor parte de las figuras para las cuales se ha puesto, más o menos explícitamente, en la literatura el problema de si deben encuadrarse en la categoría del *contractus*, y que encuentran dificultades para ser encuadradas de tal forma por la estructura unilateral de la actividad que da lugar a la obligación.

En las *Res cottidianae*, cuya autoría es hoy menos dudosa que en tiempos de Arangio Ruiz⁶³, Gayo parece proseguir con el carácter didáctico presente en las *Institutiones*, de modo que la doctrina contemporánea⁶⁴ afirma una tendencial complementariedad entre ambas obras, e incluso, para alguno, en esta segunda obra “è assai verosimile che fossero esposte, anche con miglior cura che non nelle Istituzioni, le più classiche controversie di scuola”⁶⁵.

IV. TERTIUM DATUR

Retomando las ideas finales del segundo apartado de este trabajo, y las líneas conclusivas apenas anotadas en el anterior, cobra pleno sentido la opinión de Zimmermann, al referirse a la tercera categoría, abierta, que el propio Gayo agrega a su dicotomía original en el texto de sus *Res cottidianae*, según el cual, la distinción entre obligaciones contractuales y delictivas no representa, obviamente, un fundamento exhaustivo para el análisis distemático de la materia de las obligaciones, es decir, según Zimmermann, no hay por qué asignarle las rigurosas características de una división lógica, en el sentido estricto y técnico de la palabra.

De hecho, afirma este autor que Gayo ni siquiera se habría propuesto tal objetivo, sino que más bien tuvo presente, al momento de elaborar en el famoso pasaje 3, 88 de su obra, su *summa diuisio*, un cometido preponderantemente didáctico, de modo de ofrecer a sus estudiantes una visión panorámica de la disciplina jurídica: “... *systematic completeness does not appear to have been intended...*”⁶⁶, lo que parece comprobarse tan sólo algunas líneas abajo, pues el propio Gayo, tras elaborar esta división, discute el supuesto del pago de lo indebido, y expresa decididamente que la obligación de restituir no puede encuadrarse como contractual, ni obviamente tampoco como procedente de un delito.

Es así que el texto de las *Res cottidianae* señala la tercera categoría a la que se ha hecho referencia, en estos términos:

⁶³ La romanística –tras el radical escepticismo de Arangio Ruiz, Vincenzo, “Ancora sulle ‘res cottidianae’. Studio di giurisprudenza postclassica”, en *Studi Bonfante*, Pavia, 1, ed. Successori Fratelli Fusi, 1930, pp. 493 ss. – se ha inclinado con mayor decisión hacia el reconocimiento de la autoría de Gayo: Zimmermann, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁴ Stolfi, E., “Il modelo delle scuole in Pomponio e Gaio”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, ciudad del Vaticano, Pontificia Università Lateranense, 1997, p. 69.

⁶⁵ Schiavone, Aldo, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Nápoles, Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Napoli, 1971, p. 122.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 14.

*Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*⁶⁷.

Desde nuestro punto de vista, el pensamiento de Gayo, tan asiduo al procedimiento divisorio, en una primera obra utiliza esta técnica para señalar el género, la obligación, e integrarlo por dos categorías, las especies contractual y delictiva, en una división que además de calificar como fundamental (*summa*), se perfila como exhaustiva, si se atiende a las elocuentes palabras *omnis obligatio*...

Sin embargo, debe señalarse que pese a esta alusión al carácter fundamental y exhaustivo de la división, el propio Gayo, al abordar la hipótesis de la obligación de restituir lo que se ha recibido a causa del pago de algo no debido en realidad, pone a prueba su clasificación, y no puede adscribirlo a la fuente contractual (menos todavía a la delictiva), y ello no tanto por la ausencia del acuerdo (*conventio*)⁶⁸, cuanto por echarse en falta la voluntad o intención de crear el vínculo:

*... haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere*⁶⁹.

El mismo caso es retomado por el autor en su obra posterior, las *Res cottidianae*, como se lee en el siguiente pasaje:

*Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur*⁷⁰.

⁶⁷ Gai., 2 *aureorum*, D. 44, 7, 1, pr.

⁶⁸ Lo que resultaría acorde con los postulados de Pedio, citado por Ulpiano, también recordado líneas arriba (4 *ad ed.*, D. 2, 14, 1, 3): ... *nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habeat un se conventionem*...

⁶⁹ Las varias veces citada opinión de Gai. 3, 91.

⁷⁰ Gai., 3 *aureorum*, D. 44, 7, 5, 3. En Inst. 3, 27, 6-7, Justiniano reproduce este caso, y lo complementa con otras interesantes consideraciones que, sin embargo, exceden los límites del presente estudio: *Item is cui quis per errorem non debitum solvit quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intellegitur proprie ex contractu obligatus ut, si certiore rationem sequamur, magis, ut supra diximus, ex distractu quam ex contractu possit dici obligatus esse: nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium quam contrahat. Sed tamen proinde is qui accepit obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo conditione tenetur. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem non debitum solutum sit. Namque definiverunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata: nostra autem*

Y su pensamiento se transparenta con elocuencia en el resto de los fragmentos que integran el D. 44, 7, 5, entre los que resulta conveniente transcribir uno más, debido no sólo a la detallada argumentación que contiene, sino también en atención a que integra justamente, al lado del enriquecimiento ilegítimo, otro de los casos que el texto federal civil contempla como fuente no contractual de las obligaciones, como es la hipótesis de la gestión de negocios:

Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandato, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandato, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequè invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. Sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficio est sine mandato suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest: sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari. Ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt: quorum negotia desperare iniquum erat, quae sane desperarent, si vel is, qui obtulisset se negotiis gerendis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter de suo impendisset, vel is, cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo iure agere posset⁷¹.

A partir de esta categoría abierta, corresponderá a los juristas de tiempos de Justiniano elaborar la famosa clasificación cuatripartita de las fuentes de las obligaciones, contenida en las *Institutiones* del emperador, y cuyas palabras se transcriben a continuación:

constitutio cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, huiusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legataris praebeuit, sed tantummodo in his legatis et fideicommissis quae sacrosanctis ecclesiis, ceterisque venerabilibus locis quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt, quae si indebita solvantur non repetuntur.

⁷¹ Gai., 3 *aurorum*, D. 44, 7, 5, pr. Hay un pasaje paralelo en Inst. 3, 27, 1: *Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultra citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum: sed domino quidem rei gestae adversus eum qui gessit directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit: ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint etiam ignorantes obligantur. idque utilitatis causa receptum est, ne absentium qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, deserentur negotia: quae sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset nullam habiturus esset actionem. sicut autem is qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.*

*Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. De quibus singulis dispiciamus*⁷².

En este punto resulta conveniente recordar que dentro del título de las fuentes de las obligaciones, el texto sustantivo civil federal incluye como primer capítulo, los contratos, y como último, los hechos ilícitos (‘actos’ en la terminología no muy afortunada del código).

Como se desprende de la exposición, ambas categorías (contrato e ilícito) corresponden al pensamiento originario de Gayo, plasmado en su *summa diuisio*, dicotomía verdaderamente trascendental para la historia del derecho de occidente.

Se trata de los términos básicos de una oposición insustituible, que sirve como fundamento al entero desarrollo y tratamiento de la materia de las obligaciones.

Entre los extremos de esta dicotomía, el legislador mexicano coloca tres fuentes adicionales, a saber, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo y la gestión de negocios.

Sobre esto, se recuerda que los últimos dos casos son expresamente analizados por Gayo, quien no pudiéndolos encuadrar en la definición de la figura contractual, los coloca convenientemente dentro de las otras varias causas de las que puede surgir una obligación, para formar parte, posteriormente, de la categoría de las obligaciones que nacen “como de un contrato”, que Teófilo denominará *cuasi contratos*.

Los muy diversos casos de declaración unilateral de la voluntad, por el contrario, no son incluidos por los juristas justinianeos en la sede de los cuasi contratos, sino que su tratamiento se concentra, junto con la hipótesis del *votum*, en el D. 50, 12, llevando por rótulo justamente “*De pollicitationibus*”, entre cuyos fragmentos se destacan los siguientes, correspondientes a la apertura del título, por resultar reveladores de que también en casos como estos, los romanos consideraban que podía darse lugar al nacimiento de una obligación⁷³:

⁷² Inst. 3, 13, 2. A este respecto, resulta también interesante el pasaje correlativo Inst. 3, 27, pr.: *Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus quae non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.*

⁷³ D. 50, 12, 1, pr.-2.

Si pollicitus quis fuerit rei publicae opus se facturum vel pecuniam daturum, in usuras non convenietur: sed si moram coeperit facere, usurae accedunt, ut imperator noster cum divo patre suo rescripsit.

Non semper autem obligari eum, qui pollicitus est, sciendum est. si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum vel ob aliam iustam causam, tenebitur ex pollicitatione: sin vero sine causa promiserit, non erit obligatus. et ita multis constitutionibus et veteribus et novis continetur.

Item si sine causa promiserit, coeperit tamen facere, obligatus est qui coepit.

En todo caso, el hecho de que Justiniano no incorpore estas declaraciones de voluntad al cuadro de los cuasi contratos, no es óbice para considerarlos, en el esquema de las *Res cottidianae* de Gayo, como otras fuentes, esto es, distintas al contrato y al ilícito, que producen obligación.

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que la sistemática de las fuentes de las obligaciones del libro cuarto del *Código civil federal* tiene como antecedente último, el pensamiento de Gayo, como se refleja en las siguientes cuestiones fundamentales que han sido expuestas en el presente estudio.

En primer lugar, la configuración del estudio de las obligaciones tomando como punto de partida sus fuentes, lo que debe interpretarse como un plan expositivo (es decir, sistemático), más que como una mención de carácter genético del vínculo obligacional.

En segundo término, la consideración del contrato como fuente primordial, con lo cual se hace hincapié en que frente a los actos que están enderezados positivamente a la consecución de un efecto obligatorio, la mención de los hechos ilícitos, aun cuando capaces de producir el mismo efecto, lo alcanzan sólo como resultado de una reacción, lo que los coloca en un plano subordinado.

En tercer lugar, el concepto mismo de contrato, como acuerdo de voluntades que persigue como propósito la creación de obligaciones.

Finalmente, el reconocimiento de otras fuentes no subsumibles en las dos categorías comprendidas en la dicotomía contrato – ilícito, con la importante característica de traducirse en un conjunto abierto, que en palabras de Gayo lleva a la consideración de que las obligaciones nacen o de un contrato o de un ilícito “... *aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*”.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, “Ancora sulle ‘res cottidianae’. Studio di giurisprudenza postclassica”, en *Studi Bonfante*, Pavía, 1, Successori Fratelli Fusi, 1930.

- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 16ª ed., México, Porrúa, 1998.
- BRECCIA, Umberto, *Le obbligazioni*, Milán, Giuffrè, 1991.
- D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 1986.
- ORESTANO, Riccardo, "Gaius (Gaius)", en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, UTET, 1961.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, V, 1, 7ª ed., México, Porrúa, 1998.
- SCHIAVONE, Aldo, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Nápoles, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli, 1971.
- TALAMANCA, Mario, "Contratto e patto nel diritto romano", en *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, IV, Turín, UTET, 1989.
- TALAMANCA, Mario, "Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani", en *Colloquio italo-francese sulla filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)*, II, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1977.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

Hemerografía

- SORIANO CIENFUEGOS, Carlos, "Circulación de modelos y centralidad de los códigos civiles en el derecho privado latinoamericano", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, año XLVI, núm. 136, enero-abril, 2013.
- SORIANO CIENFUEGOS, Carlos, "El contrato como fuente de obligaciones en el derecho romano", en *Ars Iuris*, México, Universidad Panamericana, núm. 47, 2012.
- STOLFI, EMANUELE, "Il modelo delle scuole in Pomponio e Gaius", en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, ciudad del Vaticano, Pontificia Università Lateranense, 1997.
- TONDO, Salvatore, "Classificazioni delle fonti d'obbligazione", en *Labeo*, Nápoles, Casa editrice Eugenio Jovene, vol. 41, núm. 3, septiembre-diciembre, 1995.

Fuentes jurídicas

Código civil federal (México)

Libro IV, tit. 1º

Código civil italiano

Art. 1173

Corpus iuris civilis

a) *Institutiones*

const. Imperatoriam maiestatem, 6

3, 27, 6-7

3, 13, 2

3, 27, pr.

3, 27, 1

4, 1, pr.

b) *Digesta*

1, 2, 2, 41

2, 14, 1, 3

3, 5, 15

44, 7, 1, pr.

44, 7, 2

44, 7, 4

44, 7, 5

44, 7, 49

50, 12, 1, pr.-2

50, 17, 23

Gai Institutiones

3, 88

3, 91

3, 182

3, 183

4, 182

Fuentes literarias

Aristóteles

Categoriae

II, 1a, 20

II, 1b, 5

V, 2b, 20

V, 3a, 39

Analytici posteriores

II, 22, 82b, 37 - 83a, 1

Tópica

I, 5, 102a, 31

I, 5, 102b, 4-5

I, 7, 103a, 10-24

II, 2, 109b, 13-16

III, 6, 120a, 33-35

IV, 1, 120b, 19-26

IV, 1, 121a, 12-15

IV, 1, 121b, 3

IV, 1, 121b, 4

IV, 2, 122a, 3-6

IV, 4, 124b, 11

VI, 3, 140a, 27-29

VI, 4, 141b, 25

VI, 5, 142b, 27-29

VI, 6, 143b, 9-10

VI, 6, 144a, 23-27

Metaphysica

III, 3, 998b, 22

V, 10, 1018a, 12-13

V, 30, 1025a, 14

VII, 15, 1039b, 27-29

X, 7, 1057b, 7.

XI, 1, 1059b, 35-37

Cicerón

Rhetorica

Brutus

152-153