

# SOBRE LA NECESARIA NATURALEZA DE CONTRATO INNOMINADO QUE PODRÍA TENER LA *TRANSACTIO* EN LA ÉPOCA CLÁSICA Y JUSTINIANA DEL DERECHO ROMANO

Andrés VON TEUBER CORRADI<sup>241</sup>

SUMARIO: 1. Principales conclusiones a las que arriba la Ciencia actual del Derecho Romano en torno a la *Transactio* y su inserción en el sistema general de los contratos, pactos y convenciones.- 2. Análisis crítico de las conclusiones que emergen de los trabajos y artículos antes citados en torno a la *Transactio*.- 3. Conclusiones finales.

## 1. Principales conclusiones a las que arriba la Ciencia actual del Derecho Romano en torno a la *Transactio* y su inserción en el sistema general de los contratos, pactos y convenciones

No forma parte de este trabajo profundizar sobre la figura del contrato en Derecho Romano. Tampoco este trabajo tiene como objetivo discutir las distintas tesis que aporta la ciencia del Derecho Romano sobre la naturaleza de la *conventio* y el *pactum*.

El discurso que pretendo proponer es utilizar algunas herramientas que arrojan las mismas fuentes, específicamente la transacción *alimenterum mortis causa* para ver en qué medida esta figura puede contribuir a dar luces o aportar criterios sobre la necesaria calificación o no de la *transactio* como un contrato nominado o innominado.

He estimado necesario referirme previamente, y en forma sumaria, a lo que ha dicho

<sup>241</sup> Abogado por la Universidad de Chile. Doctor en Derecho Romano por la Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Profesor de Derecho Romano en la Universidad de Chile.

la ciencia del Derecho Romano sobre las posibles asimilaciones y asociaciones de la transacción con los contratos.

### 1.1. Trabajos y publicaciones de Alessandro Izzo

Para este autor la tutela procesal de la *transactio* durante el periodo clásico aparece diseñada sobre la base de la concurrencia entre la *actio ex stipulatu* y la *exceptio pacti*<sup>242</sup>. Sin embargo, advierte este autor que en algunas Constituciones Imperiales post severianas podría advertirse también la presencia de una coercibilidad de las transacciones –no implementadas vía *stipulatio aquiliana*– sino que a través del empleo de la *actio praescriptis verbis*.

La *actio praescriptis verbis* habría sido calificada por estas Constituciones Imperiales como una *actio civilis utilis*, pero eso no habría determinado todavía un reconocimiento

<sup>242</sup> Alessandro Izzo, "Instaurari Decisam Litem Prohibent Iura" In tema di Inadempimento della *Transactio* dai Severi a Diocleziano, artículo publicado en *Labeo*, Rassegna di *Diritto Romano*, Volume XLVI, año 2000, Editore Jovene Napoli, pp. 461-477.

de la autonomía contractual de la *transactio*, no pudiéndose delinear el nacimiento de una figura negocial distinta del *pactum* o de la *stipulatio aquiliana*.<sup>243</sup>

### 1.2. Trabajos y publicaciones de Alberto Burdese

Este autor define la *transactio* como una "actividad negocial" en virtud de la cual las partes entienden poner fin a un estado de incerteza, aunque sea solamente subjetivo, sobre el alcance de una situación jurídica<sup>244</sup>.

Agrega el autor que en esta operación se produce una verdadera transfusión del acuerdo transactivo en formas negociales típicas entre ellas estrechamente coligadas, que pueden tener efectos traslativos (*mancipatio, in iure cessio, traditio*) efectos obligatorios (*ius iurandum, stipulatio, nomen transcripticium*) o efectos extintivos (*acceptilatio*).<sup>245</sup>

Según el autor, la diversidad entre el objeto de un pacto o convención habría sido construída por un lado sobre la base de la incerteza jurídica y por otro, en el espíritu de liberalidad de una situación jurídica cierta.<sup>246</sup>

Continúa el autor sosteniendo que todavía para Ulpiano la transacción no aparece como contrato o negocio autónomo sino que como una causa o función, demostración de ello sería el largo fragmento *De omnibus Tribunalibus* contenido en D.2.15.8 donde repetidamente se hace mención a la *causa transactionis*.

La utilización de la *actio praescriptis verbis* a que se refiere Ulpiano en D.2.14.7.2 no le

habría conferido a la transacción un carácter contractual. El otorgamiento de esta acción tiene más bien que ver con la verificación y ejecución previa de la prestación que habilita para ejercer la acción de cumplimiento que con la calificación de la transacción como un contrato<sup>247</sup>.

La extensión de la *actio praescriptis verbis* a la convención transactiva —cuando ésta no había sido revestida bajo la forma de una *stipulatio*— no habría tenido como objetivo conferir a ésta ficticiamente la calificación de contrato, sino que más bien hacerla accionable, ya que antes un negocio concluído sobre la base únicamente de *praescripta verba* sólo habría podido dar lugar a una excepción<sup>248</sup>. Es en esta forma que se entiende *Paulo Sententiae* I.I.I. donde se habla de aquellos pactos de los cuales pueden nacer obligaciones, es decir, de aquellos que pudieron hacerse *transactionis causa*<sup>249</sup>.

Este autor sostiene que la utilización del término *transactio* —por primera vez bajo los emperadores Antoninos— no es indicativa de la transacción como un negocio autónomo<sup>250</sup>.

### 1.3. Trabajos y publicaciones de Aldo Schiavone

Para este autor los primeros usos de la expresión *transigere* se remontan a algunas comedias de Plauto en las que de una u otra forma se acentúa el significado de la expresión *transigere* como "concluir", "terminar", "transcurrir para llegar a un resultado concreto."<sup>251</sup> Para este autor es muy probable que en la época de Plauto

<sup>243</sup> *Op. cit.*, p. 471.

<sup>244</sup> Alberto BURDESE, *Tra Causa e Tipo Negoziale dal Diritto Classico al Postclassico in Tema di Transazione*.

<sup>245</sup> *Op. cit.*, p. 46.

<sup>246</sup> *Op. cit.*, p. 52.

<sup>247</sup> *Op. cit.*, p. 53.

<sup>248</sup> *Op. cit.*, p. 57.

<sup>249</sup> *Op. cit.*, p. 58.

<sup>250</sup> *Op. cit.*, p. 59.

<sup>251</sup> Aldo SCHIAVONE, *Studi sulle Logiche dei giuristi Romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1971, Pubblicazioni della Facoltà dell'Università di Napoli CXXVIII", p. 11.

el uso de la expresión *transigere* haya estado ya siendo utilizada para referirse a una actividad comercial dirigida a concluir negocios, contraer obligaciones, a organizar emprendimientos<sup>252</sup>. Este uso arcaico de transigir comienza lentamente a adquirir la forma semántica de “acordarse” lo que habría ocurrido entre finales del siglo III e inicios del siglo II antes de Cristo, con el inicio de un proceso de urbanización de los hábitos culturales y que adquieren bajo Tereenzio una solidez que comienza a desprenderse de su significado más antiguo<sup>253</sup>.

Es con Cicerón, continúa el autor, que puede presenciarse una mayor polisemia de la expresión *transigere*. Un uso que en este autor ya se sitúa en el ámbito jurídico se puede visualizar en el *Pro Quincio* “*Ego haec duo quaero, primum quae ratione Naevius susceptum negotium non transegerit, hoc est cur bona quae ex edicto possidebat non vendiderit, deinde cur ex tot creditoribus alius ad istam rationem nemo accesserit, ut necessario confiteare neque tam temerarium quemquam fuisse, neque te ipsum id quod turpissime suscepisses perseverare et transigere potuisse.*” En este fragmento Cicerón se pregunta por cuál razón no se lleva a cabo la *bonorum venditio* habiéndose ya otorgado por el pretor la *missio in bona*.

Continúa el autor señalando que la literatura, sobretudo la que proviene de Cicerón subraya la idea de un desenvolvimiento de una actividad con la acentuación de su momento conclusivo. Esto debido a un lenguaje de comercio y de tráfico que ha experimentado cambios sociales y que, por lo tanto, debe adoptar el lenguaje arcaico a las nuevas exigencias que imponen las nuevas experiencias.<sup>254</sup>

La tarda lengua latina republicana ofrece la posibilidad de asistir a los usos más impor-

tantes de *transigere* como *decidere* y como *pacisci, pactum*. En este sentido, *pactum* indicaría la intencionalidad psicológica de las partes de acordarse consensualmente sobre una cosa que produce consecuencias jurídicas.

*Transigere*, en cambio acentúa las operaciones materiales desplegadas por los sujetos para cumplir lo acordado, para realizarlo.<sup>255</sup> Se trata de un acuerdo mediante tratativas que determina un desplazamiento de riquezas<sup>256</sup>.

El autor sostiene que el proceso de asimilación de algunos arquetipos no previstos en el edicto del pretor en relación con los antiguos actos típicos del *ius gentium* progresaba siempre: la presencia en éstos de una específica *conventio* hacía posible para ellos la adquisición de un *nomen* específico, que contribuía a tipificarlos dentro de un preciso *contractus*. Continúa el autor sosteniendo que no puede saberse cuándo habría operado este fenómeno en relación con el *transigere*.<sup>257</sup>

Para este autor el uso del sustantivo *transactio* aparece por primera vez utilizado en la lengua jurídica romana en el periodo de los emperadores Antoninos, por los juristas Pomponio y Cervidio Scevola. Este sustantivo a menudo habría reflejado solamente la actividad socioeconómica de las partes –en el sentido ciceroniano– que se traduce finalmente en un esquema jurídico diverso del nuevo *contractus*, casi siempre una aplicación de la *stipulatio aquiliana*, instrumento dúctil para tutelar jurídicamente las operaciones individualizadas por el uso de la expresión *transigere*.<sup>258</sup>

Según este autor en D.20.2.10 Scevola habría utilizado en forma inequívoca la expresión *transactio* para referirse a un contrato; el

<sup>252</sup> Ved., *Op. cit.*, p. 14.

<sup>253</sup> Ved., *Op. cit.*, p. 19.

<sup>254</sup> Ved., *Op. cit.*, p. 25.

<sup>255</sup> Ved., *Op. cit.*, p. 27.

<sup>256</sup> Ved., *Op. cit.*, p. 32.

<sup>257</sup> Ved., *Op. cit.*, p. 168.

<sup>258</sup> Ved., *Op. cit.*, p. 169.

fragmento es el siguiente: “*Tutoris heres cum herede pupilli transactione facta, cum ex ea maiorem partem solvisset, in residuam quantitatem pignus obligavit: quaesitum est, an in veterem contractum iure res obligata esset. respondit secundum ea quae proponerentur obligatam esse.*”

El mismo autor, pero esta vez en otro artículo,<sup>259</sup> señala su punto de vista más decisivo cual es que la *transactio* formaría parte de la categoría amplia de *contractus* en el modo que lo entiende Labeone como un *ultra citroque obligatio*, que encuentra tutela jurídica a través de una *demonstratio e intentio incerta in ius* que es denominada *actio praescriptis verbis* o *actio civilis incerti* como podría apreciarse de D.18.1.50 y D.19.5.19 pr. cuyos textos, en lo pertinente, son los siguientes:

D.18.1.50 “*Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si Decurionis Campani locum mi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quominus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit...*”

D.19.5.19 pr. “*Rogasti me, ut tibi numus mutuos darem, ego quum non habere, dedi tibi rem vendendam, ut pretio uteris; si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam non accepisti mutuam, tutius est, ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotium quodam inter nos gesto proprii contractus.*”

Se trataría entonces de una estructura negocial no prevista en el edicto del pretor y distinta de las figuras negociales hasta el momento conocidas por el *ius gentium*. Continúa el autor sosteniendo que el pensamiento de Labeone del *ultra citroque obligatio* se insertaba dentro de un concepto más amplio fundado sobre la *conventio* presente en todo contrato,

como lo señala el pensamiento de Pedio, Aristone y Nerazio. Cuando en una *conventio* se verifica un *ultra citroque obligatio* entonces el negocio adquiriría un *nomen* específico, que en el caso de la *transactio* no es posible poder determinar con toda exactitud.<sup>260</sup>

#### 1.4. Trabajos y publicaciones de Generoso Melillo

Para este autor, el sustantivo *transactio* no parece utilizado por la jurisprudencia romana antes de la mitad del segundo siglo después de Cristo, esto es, no antes de los Antoninos.<sup>261</sup> Continúa el autor señalando que han sido dejados de lado regímenes especiales en materia de *transactio* como aquella que se refiere a los alimentos dejados *mortis causa*. La *transactio* resulta predominantemente tratada en el Digesto de Justiniano, y en el libro II, título IV de su *Codex*. Sin embargo, completo silencio guardan fuentes importantes como las *Instituta* de Justiniano y de Gaio; ni siquiera en la palingenesia de Lenel se encuentra algún intento de reconstrucción de la rúbrica dedicada a la *transactio*.<sup>262</sup>

Existirían testimonios consistentes en las fuentes para creer que en la práctica de los negocios comerciales no llevados a un proceso, las situaciones dudosas –bajo una perspectiva cuantitativa o de la certidumbre del derecho– fueron resueltas a través de instrumentos negociales capaces de implementar el equilibrio de los intereses de las contrapartes.<sup>263</sup>

En opinión de este autor en época arcaica y protorepublicana se asiste a una tendencia de los procedimientos judiciales a cerrar los li-

<sup>259</sup> *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XIX, 1957, p. 480.

<sup>260</sup> *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XIX, 1957, p. 481.

<sup>261</sup> Generoso MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Liguori Editori, seconda edizione italiana febbraio 1994, p. 259.

<sup>262</sup> *Ved., Op. cit.*, pp. 261-262.

<sup>263</sup> *Ved., Op. cit.*, p. 266.

tigios en el más breve plazo posible a través del juramento, la *in iure cessio*, los *interdicta*, es decir, por la vía de remedios vinculados al *imperium* del magistrado.<sup>264</sup>

La Palingenesia de Lenel aporta con alta probabilidad que el libro 50 *ad edictum* de Ulpiano y que ha sido reproducido en D.2.15.1 trataba de problemas suscitados en materias sucesorias, particularmente propósito de los testamentos y de los legados materias de naturaleza particularmente inciertas<sup>265</sup>.

## 2. Análisis crítico de las conclusiones que emergen de los trabajos y artículos antes citados en torno a la *Transactio*

La intervención regulada del pretor cuando se trata de transigir en materia de alimentos dejados *mortis causa* a que se hace referencia en D.2.15.8 me genera algunas dudas en torno a la necesaria afirmación de que la transacción, a la época de la compilación justiniana haya alcanzado la calificación jurídica de un contrato autónomo, nominado o innominado.

Es lo que observo del tratamiento que recibe la intervención del pretor en esta operación jurídica entre partes, que involucra un poco más de la mitad del título comprendido en D.2.15 y en donde varios de los aspectos propios de la disciplina contractual no aparecen abordados suficientemente como sí ocurre en otros negocios como la *emptio venditio*, la *locatio conductio*, etc.

Esta observación general panorámica de D.2.15. me exige intentar buscar la actividad transactiva entre partes que pueda evidenciarse en otros lugares diseminados entre las fuentes disponibles.

1. Es muy difusa la opinión según la cual la *transactio* evolucionó en el Derecho Romano desde un mero pacto hasta convertirse en un contrato innominado. No me parece completamente convincente esta opinión. En efecto, D.2.15 contiene distintos fragmentos jurisprudenciales donde particularmente decisivo resulta ser el establecimiento de una *transactio*, o a través de un mero pacto, y/o además revestida de una forma estipulatoria (*stipulatio aquiliana/acceptilatio*) con el fin de hacerla exigible. En el fondo, más importante que buscar una necesaria calificación de la *transactio* como un contrato innominado, observo simplemente que *transactio causa* es posible implementar pactos y/o estipulaciones promovidas por el pretor.

Resulta útil desde ya tener presente dos fragmentos jurisprudenciales sobre cuyo mérito haré presente mis consideraciones. El primero de ellos es aquel contenido en Digesto 2.15.2 de Ulpiano *ad edictum*, cuyo tenor es el siguiente:

Transactum accipere quis potest non solum, si aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum fuerit factum.

El otro se encuentra en Digesto 45.1.52 pr. en el que el mismo Ulpiano señala que:

In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant.

En estos dos fragmentos observo que las estipulaciones, por lo menos a la época de la compilación justiniana, no sólo habrían podido asumir una forma típicamente *verbis* indiscutible, sino que además habrían podido asumir una forma *ex consensu*, lo que aparece sugerido desde ya en D.2.15.8.pr. en el que Ulpiano se refiere a *solet igitur praetor intervenire et inter consentientes arbitrari*. También sobre la consensualidad de las *stipulationes* es importante tener presente el fragmento conte-

<sup>264</sup> Ved., *Op. cit.*, p. 268.

<sup>265</sup> Ved., *Op. cit.*, p. 278.

nido en D.2.15.5 “*Quum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatus, in suo statu retinentur...*” Estas dos jurisprudencias sugieren de manera sutil que también la *stipulatio* en el contexto de una operación con efectos transaccionales habría adquirido perfiles consensuales a la época de la compilación justiniana.

Por lo tanto, una primera línea de reflexión me indica que la interpretación más simple y menos artificiosa de D.2.15 en su conjunto es que la *transactio* haya sido considerada por los compiladores no como un contrato del todo diferenciado y del todo autónomo o innominado.

Se trataría de más bien de un resultado socio-económico de pacificación o definición de una incerteza querido por las partes, pero implementado en caso necesario a través de contratos ya conocidos como la *stipulatio aquiliana*, o bien, a través de *pacta* que en la opinión de Ulpiano –siguiendo la línea de pensamiento de Labeone– debían considerarse dentro de la categoría más amplia de *conventiones*. *In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant* no sería otra cosa que la convención que surge de estipulaciones cruzadas y recíprocas entre las partes que entienden transigir sus intereses, en una operación que he intentado reconstruir someramente al final de la segunda parte de este trabajo.

2. El mantenimiento de la *transactio* como causa que contribuye a explicar los concretos negocios implementables de transferencia, modificación o extinción de pretensiones, es evidenciable también en otros fragmentos jurisprudenciales del mismo Ulpiano. En esta parte he asumido que el jurista severiano habría mantenido una línea de coherencia en todas sus obras. Así por ejemplo, en D.2.14.1.3 en un comentario *ad edictum* el jurista señala que

Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contra-

hendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. 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: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

Este fragmento ha sido objeto de muchos análisis aportados por la ciencia y doctrina del derecho romano a propósito de otros temas y capítulos que no forman parte del objeto de este trabajo.

En lo que a este trabajo concierne, y para efectos de constatar la presencia del fenómeno jurídico de la *transactio* en general, me ha resultado particularmente importante subrayar como Ulpiano distingue y traza una línea de separación entre los negocios *contrahendi causa* por un lado, y los negocios *transigendi causa* por el otro. Una referencia particular al *negotium transactum* hace Ulpiano *ad edictum* en los siguientes términos en D.2.11.2 pr:

Non exigimus reum iudicio sisti, si negotium, propter quod iudicio sisti promisit, fuerit transactum: sed hoc ita, si prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret. ceterum si postea transactum est, exceptio doli opponi debet: quis enim de poena promissa laborat post negotium transactum? cum etiam transacti negotii exceptionem putaverit quis nocere, quasi etiam de poena transactum sit, nisi contrarium specialiter partibus placuerit.

Una atenta lectura del fragmento permite advertir que para que el negocio pudiera ser transigido era necesario que previamente existiera; en efecto, se trata de la existencia de un

negocio *quod propter iudicio sisti promisit*. A mí modo de ver, este negocio que previamente existe es precisamente el *negotium contractum*, o si se quiere, el *negotium contrahendi causa*.

Observemos ahora el fragmento jurisprudencial contenido en D.2.15.1:

Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitata liberalitate remittit

La jurisprudencia contenida en D.2.15.1, sea que se tratase de la verificación de una *donatio* como en el caso de una *transactio* habrían descansado en una plataforma común, en un previo *pactum*, figura que concurre en ambas hipótesis.

Basta recordar "*nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est*" de D.2.14.1.3 cuando Ulpiano siguiendo a Pedio identifica el pacto con el consentimiento sobre una o más cosas convenidas y señala que este *pactum/conventum* puede ser *contrahendi transigendique causa*. En este caso, la enclítica latina "*que*" conjuntiva opera al mismo tiempo para distinguir dos finalidades distintas o disyuntivas.

No es necesario volver a repetir lo que la doctrina mayoritaria y casi unánime sostiene en el sentido que la *transactio* se puede implementar a través de un pacto. De hecho así lo dice textualmente D.2.15.2 el mismo Ulpiano "*Transactum accipere quis potest non solum, si aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum fuerit factum*". Por lo tanto lo que quiero expresar es que si en algún sentido debe entenderse interpolado el fragmento de D.2.15.1 es en el sentido de haberse

omitido la expresión *paciscitur transactionis causa* en contraste con *paciscitur donationis causa*. Ésta última se encuentra en el texto mismo, la primera no se encuentra formalmente en el texto, pero es hipotetizable que haya podido estar incluido en él originalmente.

Esta forma de abordar la jurisprudencia, permite entender mejor la razón según la cual el *pactum transactio causa* se produce sobre una *res dubia et incerta neque finita*, frente a un *pactum donatonis causa* que recae sobre una *res certa et indubitata* única sobre la cual es posible que opere una remisión, ya que nadie habría podido remitir algo sobre cuya existencia existía duda entre las partes. Sería muy presumido y especulativo de mi parte pretender una reconstrucción de D.2.15.1. Sin embargo, esto no significa que no pueda sugerir cómo entiendo podría interpretarse mejor este fragmento, interpretación que sugiero realizar leyendo la jurisprudencia en comento en los siguientes términos:

Qui (transigit) paciscitur transactionis causa, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitata liberalitate remittit.

La *remissio* no aparece en algunas fuentes romanas como un elemento consustancial de la *donatio*. De hecho, encontramos en el mismo D.26.7.39.13 la posibilidad que la *remissio* pudiera no encontrarse asociada a una *causa donandi*, sino que a una *causa transigendi*. El fragmento que sugiere esta posibilidad corresponde a Papiniano y es el siguiente:

Ab eo, qui restitutionis auxilio non iuvatur, quaestio culpa tutorum conventionem remitti potest, nec donatum, sed transactum videtur.

Sin perjuicio de lo que diré más adelante puede evidenciarse, de este texto jurisprudencial

cial, que no aparecen de manifiesto las prestaciones recíprocas que se atribuyen como consustanciales de la transacción.

En todo caso, esta forma de interpretar D.2.15.1, a mi modo de ver, permite entender de mejor manera tres cosas: i) permite entender que Ulpiano no habría contrapuesto como categorías distintas el *pactum* por un lado y la *transactio* por otra, sino que el *pactum* no habría sido otra cosa que una de las formas de implementar precisamente la *transactio*, en sintonía con lo que Ulpiano establece en D.2.15.2, ii) permite entender que es el *pactum conventum*, en su omnipresencia sobre todos los contratos, como dice el mismo Ulpiano, o incluso de mejor manera la *stipulatio aquiliana*, los verdaderos instrumentos u operaciones negociales a través de los cuales se logran los efectos de la transacción, como parecen corroborarlas casi todas las demás jurisprudencias consideradas en al *sedes materiae* y iii) que es difícil entender que la *transactio* haya podido ser considerada a la época de la compilación justiniana como un contrato autónomo, nominado o innominado, en circunstancias que las jurisprudencias de Ulpiano recogidas en la *sedes materiae* precisamente indican que son otras convenciones y otros contratos los que combinados dan vida y generan los efectos transaccionales.

En otras palabras, la transacción no podría haber sido considerada –por lo menos hasta el momento de la compilación justiniana– como un contrato innominado y al mismo tiempo estimarse que requería de otros contratos o convenciones para producir efectos. Aquí yo veo una incongruencia.

Podría decirse que *transactionis causa* las partes podían proceder a vertir en una *stipulatio aquiliana* todo o gran parte del contenido obligacional que surgía de los contratos, negocios o actos a través de los cuales se implementaban en la práctica los efectos de una

*transactio*. En esta parte rige el principio de Ulpiano contenido en D.2.15.4 quien en sus comentarios *ad sabinum* manifiesta que “*Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et peremit ipsaque peremitur per acceptilationem: et hoc iure utimur. ideoque etiam legata sub condicione relicta in stipulationem aquilianam deducuntur.*”

Aunque los fragmentos jurisprudenciales contenidos en D.2.15.1 y D.2.15.2 –que han recibido amplio tratamiento y análisis por los tratadistas y la ciencia del Derecho Romano– evidenciarían aparentemente el esfuerzo de Ulpiano por distinguir la transacción de un pacto, estableciéndose que en éstos últimos existe una verdadera remisión de una *res certa et indubitata*, lo que no ocurriría en las transacciones, advierto también de un fragmento de Papiniano contenido en D.26.7.39.13 que la remisión no necesariamente fue siempre considerada por la jurisprudencia clásica como un criterio que definitivamente podía contribuir a distinguir el pacto de una transacción. De hecho, este último fragmento mencionado pone de manifiesto que en materia de curadurías puede convenirse la remisión de la investigación de la eventual culpa de los tutores, y agrega Papiniano que esta remisión parece más bien implementada con el ánimo de transigir que de donar.

De esta forma los pactos y las estipulaciones se ponen al servicio de un objetivo mayor y más amplio, tal como lo expresa D.2.15.2 que reproduce un fragmento de Ulpiano *ad edictum* donde se señala que: “*Transactum accipere quis potest non solum, si aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum fuerit factum*”. Por lo tanto, por más que se pretenda distinguir entre dos conceptos y situarlos en posiciones aparentemente contrapuestas, lo cierto es que la transacción más bien se puede verificar o implementar a través de un pacto, y reforzar naturalmente a través de una



estipulación a efectos de su exigibilidad, cuando lo convenido es la decisión de una *res dubia et incerta* o sobre una controversia *nequidum finita*.

3. Sin pretender entrar al mérito, al menos como objetivo central en este trabajo, de lo que muchos autores sostienen en el sentido que la *transactio* habría adquirido autonomía contractual al punto de requerir de las partes necesariamente recíprocas concesiones o prestaciones (*ultra citroque obligatio*), me permito sostener que el fundamento que se encuentra en las fuentes sobre el particular es la conocida constitución diocleziana contenida en *Codex* 2.4.38 según la cual: "*Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit*". Se trata de una constitución que se encuentra más allá del último de los juristas severianos y respecto de la cual no he encontrado un seguro respaldo en otra constitución o jurisprudencia clásica, razón por la cual no me parecen todavía completamente convincentes las importantes consecuencias que de ella se extraen en relación con las características fundamentales de la *transactio*.

En mi opinión, esta constitución no contiene en su texto alguna referencia a la necesaria reciprocidad de prestaciones. Lo que sí me parece más evidente y simple es interpretarla en el sentido que lo que requiere toda *transactio* es que debe concretarse en *dationes*, *retentiones* y/o *promisiones* que son precisamente, lo que yo he intentado aseverar constituyen el objeto sobre el cual recaen los *pacta* y *stipulationes* a que se refiere D.2.15.2.

En otras palabras, la intención de las partes de transigir sus intereses no puede alcanzarse ni concretarse si no existe una previa plataforma de acuerdo entre las partes, si no convienen o estipulan sobre las prestaciones necesarias para alcanzar el objetivo transaccional. Sobre el requisito de la reciprocidad, me parece solamente razonable que pueda estimar-

se como necesario y probable para producir una transacción, pero no me parece que fluya en forma tan nítida de la lectura de la referida constitución imperial la cual no emplea expresiones latinas que aludan a una idea de reciprocidad.

En este sentido no puede olvidarse además que los efectos de la transacción no sólo alcanzan a las dos partes en actual o posible disputa o controversia, entre las cuales podría haberse verificado un *ultra citroque obligatio*, sino que de acuerdo por ejemplo a D.2.15.3 – que refiere el caso de los manumitidos en testamento y legatarios– esa *transactio* alcanza en sus efectos a terceros ajenos que no están sometidos al régimen del *ultra citroque obligatio*. Lo mismo se observa a propósito de D.2.15.17 con respecto al deudor de una herencia a quien alcanzan los efectos de una transacción que ha operado entre quienes han concurrido a acordarla, sin que este tercero se encuentre obligado a realizar alguna prestación o concesión a favor de alguno de las partes que transigen.

El *ultra citroque obligatio* que más nítidamente he logrado vislumbrar en torno a una *transactio* en el contexto de la sucesión hereditaria romana, dice relación con el intercambio de *stipulationes* recíprocas entre heredero y fideicomisario con resultados transaccionales definitivos de una situación jurídica que se planteaba como incierta entre estas partes invocadas y que describe Gaio en sus *Instituta* 2.254.

Aunque Gaio en sus *Instituta* no hace mención expresa de la *transactio* como argumento específico a ser tratado, por el *Digesto* de Justiniano sabemos que este jurista si habría tenido a la vista la *transactio* a propósito de sus comentarios *ad edictum provinciale*, no solamente porque encontramos disponible un fragmento de él en la *sedes materiae* a propósito de D.2.15.6

De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest quam inspectis cognitisque verbis testamenti

Sino que además porque la mecánica descrita por Gaio en sus *Instituta* a propósito de las recíprocas *stipulationes* a que he hecho mención entre heredero y fideicomisario encuentra resonancia directa en las jurisprudencias posteriores de juristas como Scevola y Papiniano quienes identificaron en la hipótesis de Gaio *Instituta* Libro II. 252 precisamente una transacción.

En esta parte basta con poner de relieve que respecto de Scaevola, este jurista contempla un caso de transacción entre heredero y fideicomisario en D.2.15.3.1

Cum transactio propter fideicommissum facta esset et postea codicilii reperiuntur; quaero, an quanto minus ex transactione consecuta mater defuncti fuerit, quam pro parte sua est, id ex fideicommissi causa consequi debeat, respondi debere.

Por su parte Papiniano en D.2.15.17 prospecta el siguiente caso que también tiene que ver con la implementación de la transacción por medio de una venta de la herencia, homológandola en sus efectos con la restitución que el heredero hace del fideicomiso a favor del fideicomisario.

Venditor hereditatis emptori mandatis actionibus cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit: si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est. Idem respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

4. La línea de Ulpiano entonces que vengo señalando –me refiero a la de distinguir entre el *contrahendi causa* por un lado y el *transigendi causa* por la otra– se encuentra en concordancia con la acentuación que Gaio propone y sugiere en su *Instituta* 3. 91 el cual a propósito del pago de lo no debido, pero en lo que específicamente nos interesa para efectos de este trabajo, señala que “...sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere”. Me parece que la acentuación de los contratos iba en Derecho Romano por la línea de ponderar por la circulación de la riqueza (es decir posibilitar su intercambio), más que por el lado de cerrar o concluir una relación con el fin de remover sus incertezas. Los contratos no habrían tenido como objeto remover incertezas o contribuir hacerlas desaparecer.

Si algo de autonomía va adquiriendo la *transactio* al momento de la compilación Justiniana es en el sentido de convertirse en una causa independiente de otras con las cuales es contrastada en el pensamiento de Ulpiano, lo que permitirá conferirle tutela o protección ya no sólo por la vía de la *exceptio* sino que además por la vía de extender por vía útil la *actio praescriptis verbis* con la cual adquieren accionabilidad las prestaciones contractuales con las que se implementó y concretó la *transactio*.

5. En general, los fragmentos jurisprudenciales que provienen fundamentalmente del Digesto, se orientan en la línea de subrayar que el efectos jurídicos de la *transactio*, sino el más importante, es el de hacer nacer, en primer lugar, una *exceptio* (de dolo para algunos, y/o excepción de negocio transigido para otros) para impedir que de esa forma se desconociesen sus efectos extintivos y definitorios.

Esto le habría conferido a la *transactio*, incluso en los tiempos de la compilación una vocación de permanencia en el tiempo, incluso

perenne, como lo demuestran las numerosas jurisprudencias que asimilan la *transactio* con la *res iudicata*.

Esta tendencia a la vigencia a veces llega al extremo de mantener los efectos de la *transactio* con entera prescindencia de si se cumplen o no las prestaciones acordadas, pactadas o estipuladas, como resulta de D.2.15.16 lo que no condice del todo con el mecanismo con que operan los contratos del *ius gentium*.

*Hermogenianus 1 iuris epit.* “*Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur*”.

Debe tenerse en consideración que si se asumiera la estructura de la *condictio ob causam datorum* para la *transactio*, no siempre sería posible obtener la repetición en caso de incumplimiento en beneficio de la parte diligente; de hecho, esta repetición sólo sería posible en el caso que la prestación hubiere consistido en una *datio*, lo que no siempre es así necesariamente en el caso de una *transactio*, razón que me mueve a no asociar la mecánica de los contratos con la *transactio*.

Los contratos por su parte, y no sólo los que ya eran conocidos por el *ius gentium*, no tenían por efecto principal hacer nacer una *exceptio* a favor de una o varias de las partes, sino que más bien conferían acciones tendientes a obtener el cumplimiento de sus prestaciones u obligaciones (*actio utilis* o *praescriptis verbis*) o la repetición de la prestación previamente ejecutada, *condictio causa data causa non secuta*, con la consiguiente *rescissio* de la operación.

De esta forma, mi opinión es que el extenso fragmento jurisprudencial contenido en D.2.15.8 que reproduce la *oratio Marci* recordada por Ulpiano en su *De Omnibus Tribunalibus* que se refiere a la *transactio alimentorum*

*mortis causa* no sería una especie de transacción que debe ser considerada de manera separada y con criterios distintos a los que ofrece el tratamiento general de la *transactio*.

Muy por el contrario, estimo que la *transactio alimentorum mortis causa* es fiel reflejo del fenómeno general de la transacción y respuesta al mismo tiempo de una necesidad que venía seguramente sintiéndose desde hacía tiempo —aunque las fuentes no permitan establecer con puntualidad el momento en que este proceso se habría originado—, no de crear un contrato, sino que de asimilar o fingir algunos de sus efectos con el fin de extenderlos en vía útil a otras operaciones entre partes donde era conveniente una adecuada cautela procesal.

Por lo tanto, no parece adecuado deducir que el otorgamiento de esta especial tutela procesal confería una calificación contractualística a la operación. Así lo demuestra el siguiente fragmento jurisprudencial, donde el otorgamiento de la acción útil no necesariamente va asociada a una materia contractual.

Dig. 31.62 Licinius 4 reg. Si alienus servus heres institutus fuerit, a domino eius fideicommissum relinqui potest. sed ita hoc fideicommissum dominus praestare debet, si per servum factus sit heres: quod si ante, quam iussu eius adiretur hereditas, servus manumissus fuerit et suo arbitrio adierit hereditatem, dominus id debiturus non est, quia heres factus non est, nec servus, quia rogatus non est. itaque utilis actio hoc casu competit, ut is, ad quem emolumentum hereditatis pervenerit, et fideicommissum praestare compellatur.

Lo mismo se advierte sobre la utilización de una acción útil con el fin de hacer cumplir un fideicomiso en esta jurisprudencia de Paulo:

Dig. 32.4 Paulus 4 sent. “A patre vel domino relictum fideicommissum, si here-

ditas ei non quaeratur, ab emancipato filio vel servo manumisso utilibus actionibus postulatur: penes eos enim quaesitae hereditatis emolumentum remanet”.

De no haber operado en ciertos casos la *actio utilis*, la tutela que el *pactum causa transigendi* habría obtenido en la sola *exceptio pacti* o *doli*, habría podido provocar desde luego la indefensión más absoluta en aquella parte que *facile transigerent contenti modico praesenti* de la *oratio Marci*. Era necesario dar un paso más, sin restar la *exceptio* de la tutela del *pactum*, agregando además la posibilidad de otorgar accionabilidad al *pactum*, ya que de esta posibilidad de accionabilidad ya gozaban la o las *stipulatione aquilianae* promovidas por el pretor. Como puede apreciarse, la protección o cautela procesal por la vía útil o ficticia no provendría necesariamente de una óptica contractualística de la transacción, sino que más bien de una necesidad de justicia más elemental y más evidente.

En consecuencia, no he encontrado en las fuentes, estudios y trabajos en derecho romano un respaldo seguro que permita sostener que la tutela jurídica procesal contribuya a calificar un negocio como contrato innominado. La tutela en este caso permaneció, a mi modo de ver, siempre como una simple herramienta procesal *utilis* que por medio de una ficción hacía accionable lo que había nacido como un proyecto de pacto sometido a la *cognitio* del magistrado; sin embargo, no me parece que las fuentes arrojen datos seguros en virtud de los cuales pueda sostenerse que una operación determinada deba calificarse como *contractus* por el solo hecho de disponer de una tutela procesal asociada destinada a obtener la concretización de las prestaciones acordadas *verbis* entre partes. Filippo Gallo en la obra citada<sup>266</sup> señala que “*il termine actio rappresentava anche la formula promessa dal magistrato.*

*Dalle fonti risulta che il segno significava pure la formula concessa dal medesimo nei casi concreti... concedere mediante decretum la formula con cui agire.*” Sin ir más lejos, es en este genuino y simple sentido que debe observarse el funcionamiento de una acción concedida por un pretor, sin que en Derecho Romano podamos atribuirle otros efectos, no evidenciables en las fuentes.

Paso ahora a referirme al punto de vista de Aldo Schiavone quien sostiene en una parte importante de su trabajo antes citado que la *transactio* habría recibido ya en los tiempos de Scevola el tratamiento y calificación de contrato autónomo. En apoyo de esta tesis, Schiavone utiliza la jurisprudencia contenida en D.20.2.10

Scaevola 6 Dig. “Tutoris heres cum herede pupilli transactione facta, cum ex ea maiorem partem solvisset, in residuam quantitatem pignus obligavit: quaesitum est, an in veterem contractum iure res obligata esset. respondit secundum ea quae proponerentur obligatam esse.

Sobre esta jurisprudencia Schiavone señala que: “*la transactio viene qualificata esplicitamente come contractus...*”<sup>267</sup> Esta misma opinión es reiterada en otra de sus obras titulada *Studi Sulle Logiche dei Giuristi Romani. Nova Negotia e Transactio da Labeone a Ulpiano* (Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1971, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli, CXXVIII). Específicamente en el capítulo III, p. 170, este autor señala en relación con esta jurisprudencia que uno de los primeros empleos en una obra jurídica de la expresión *transactione facta* es atribuible al jurista Scevola. Schiavone se expresa en los siguientes términos: “*si può dire di essere di fronte ad uno dei primi impieghi docu-*

<sup>266</sup> Ved., *Op. cit.*, p. 242.

<sup>267</sup> Ved. *Novissimo Digesto Italiano* Vol. XIX, 1957, p. 481, N° 4, primer párrafo.

*mentati della nuova parola, qualificando esplicitamente quest'ultima come un contractus (an in veterem contractum...).*

A mi modo de ver, me parece excesivo que en esta jurisprudencia Scevola haya querido utilizar la expresión *veterem contractum* para referirse a la *transactio facta* entre el heredero del tutor y el heredero del pupilo. Excesivo me parece extender el calificativo *veterem* para referirse a la transacción que aparece mencionada primero en el mismo párrafo.

En cambio, me parece más convincente que Scevola haya querido emplear la expresión *veterem* para referirse a la relación más antigua, que precedió a la transacción, y en cuya virtud los herederos del tutor y pupilo se decidieron a transigir sus intereses.

No creo que el empleo de la expresión *veterem* haya sido la más adecuada para referirse solamente a un término ya utilizado con precedencia en una misma frase de la jurisprudencia. Fundo mi apreciación en las siguientes consideraciones.

El mismo Scevola en otra jurisprudencia extraída también de sus *Digesta*, pero esta vez ubicada por los compiladores a propósito de las obligaciones verbales, utiliza la misma situación fáctica que empleó en D.20.2.10 a propósito de la constitución tácita de una prenda o hipoteca. Se trata de D.45.1.122.5 cuyo texto es el siguiente:

Scaevola 28 Dig. Seia heres unius tutoris, cum herede pupillae transactione pacto solo facta, maiorem partem solvit, residuam cavit: sed ilico negavit heres se transactionem servare et apud iudicem tutelae egit et victus provocavit ad competentem iudicem et ab eo quoque ad principem idem provocavit et iniusta haec quoque provocatio eius pronuntiata est. quaesitum est, cum per heredem pupillae mora in-

tercesserit, quo minus pecunia in stipulationem deducta ab herede tutoris solveretur nec umquam petierit, an ei hodie debeantur usurae ab herede tutoris. respondit, si seia non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, iure usuras non deberi.

De esta jurisprudencia rescato, para efectos de lo que venimos expresando, que la transacción que ha operado entre heredero de tutor y heredero de pupila sólo se ha implementado a través de un pacto, tal como lo expresa la frase que se ha subrayado. En consecuencia, es difícil estimar que a propósito de un mero pacto haya podido operar un efecto novatorio de la relación que anteriormente existía entre tutor y pupilo anterior a la transacción. En cambio, la jurisprudencia de D.20.2.10 probablemente habría discurrido sobre la base de una *stipulatio*, y no de un *pactum*, respecto de la cual era todavía interesante saber si podía exigirse en virtud de la relación que motivó la transacción.

Otra jurisprudencia del mismo Scevola donde la circunstancia de haber operado una transacción no priva a la parte involucrada de la acción proveniente de la relación que existía con anterioridad a la transacción la encontramos precisamente en D.2.15.3.1.

Scaevola 1 Dig. Cum transactio propter fideicommissum facta esset et postea codicilli reperti sunt: quaero, an quanto minus ex transactione consecuta mater defuncti fuerit quam pro parte sua est, id ex fideicommissi causa consequi debeat. respondit debere.

En esta jurisprudencia Scevola vuelve a utilizar la expresión *transactio*. No es clara la jurisprudencia en explicitar si la misma se ha implementado a través de un *pactum*, o bien, a través de una *stipulatio aquiliana*. Me inclino por estimar que se trataría de una transacción implementada por medio de un *pactum* en virtud del cual permanecen en todo su vigor los

efectos jurídicos que provienen de un fideicomiso a favor de la madre del difunto, no obstante la presencia de una posterior *transactio*.

De todo lo anterior, estimo que no es suficientemente acreditable que de los textos de Scevola pueda desprenderse con seguridad que la *transactio* fuera calificada por este jurista explícitamente como un contrato.

### 3. Conclusiones finales

Ninguna de las razones que se han esgrimido para asociar la *transactio* con el sistema romano de los contratos logra convencerme completamente. La *sedes materiae* ubicada en D.2.15 que hipotéticamente reflejaría el intento más importante de los compiladores por agrupar las jurisprudencias que sistematizan al argumento relativo a las *transactiones*, no contiene una explícita mención de la *transactio* como un contrato. Antes bien, en esta *sedes materiae* resulta mucho más predominante la dedicación de los compiladores hacia la *transactio alimentorum mortis causa* que aparece en línea de máxima alejada del régimen general de los contratos.

La pregunta que sigue es si sea necesario o no la asociación necesaria de la *transactio* al régimen y sistema de los contratos en el Derecho Romano. En mi opinión no es necesario recurrir a la estructura y régimen de los contratos para calificar dentro de sus criterios a la *transactio*.

Al pretor fideicomisario en el contexto de una *cognitio extraordinem*, encontrándose con-

sentientes las partes involucradas en una *transactio alimentorum mortis causa*, le fue reconocida por la *oratio Marci* un espacio dentro del proceso para hacer uso de sus potestades con el fin de dirigir a cada una de las partes, armonizándolas y poniéndolas en un contexto de reciprocidad, todo ello con el fin de despejar y definir las incertidumbres que derivan de una sucesión hereditaria que podía o no ser objeto de *aditio* por parte del heredero y las correspondientes consecuencias que ello comportaba en relación a terceros.

El resultado jurídico provocado por las estipulaciones recíprocas ordenadas por el pretor a las partes, configuraron una operación que no se podía enmarcar dentro de la lógica de un contrato, ni siquiera para calificarlo como innominado, que de ser hipotéticamente así, no habría tenido jamás como objeto el de zanjar con efectos preclusivos alguna incerteza entre partes. Este es uno de los aportes de la *transactio alimentorum mortis causa*, la que lejos de ser una situación excepcional frente al pretendido régimen general de la *transactio* constituye precisamente una de sus figuras paradigmáticas.

Y no solamente creo que no sea necesario acudir a los contratos para explicar la naturaleza de la *transactio*, además estimo que la dinámica y mecánica de los mismos no logran satisfacer el resultado preclusivo que se pretende obtener en una *transactio*, habiéndose mantenido aún época justiniana como una causa –y no como un contrato– que explicaba y otorgaba armonía a los distintos negocios, nominados o innominados, con que las partes entendían implementarla en la práctica.