

AGUSTÍN BRAVO GONZÁLEZ
BEATRIZ BRAVO VALDÉS

DERECHO ROMANO

Segundo Curso

VIGESIMOSEXTA EDICIÓN



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO

MINISTERIO DE EDUCACIÓN
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN SUPERIOR

DERECHO
DERECHO ROMANO
DERECHO ROMANO

SEGUNDO CURSO

SEGUNDO CURSO



SECRETARÍA DE EDUCACIÓN SUPERIOR
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN SUPERIOR

AGUSTÍN BRAVO GONZÁLEZ
BEATRIZ BRAVO VALDÉS

DERECHO ROMANO

SEGUNDO CURSO

VIGESIMOSEXTA EDICIÓN



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MÉXICO, 2011

Primera edición, 1984
Primera edición en Editorial Porrúa, 1996

Derechos reservados © 2011, por
Agustín BRAVO GONZÁLEZ
Beatriz BRAVO VALDÉS
Calle Genaro García, Retorno 11, núm. 24
Col. Jardín Balbuena
15900 México, D. F.

Las características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S. A. de C. V. — 8
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D. F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 970-07-7078-8

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

In memoriam

LIC. FERNANDO OJESTO MARTÍNEZ

Con nuestra gratitud a los señores

LIC. ROBERTO HOYO D'ADDONA
LIC. CÉSAR SEPÚLVEDA

Afectuosamente a los maestros:

LIC. MA. CELIA CASILLAS MONTES
LIC. BERNARDO E. GARCÍA GONZÁLEZ
LIC. RAQUEL SAGAÓN INFANTE
LIC. J. DE J. ÁLVAREZ DÍAZ
LIC. MIGUEL JIMÉNEZ PARRA
LIC. J. A. MORENO DE ANDA
LIC. ENRIQUE F. TORRES DE LA PEÑA
LIC. CARLOS VIEYRA SEDANO
LIC. GUADALUPE ALMEIDA LÓPEZ
LIC. SABINO VENTURA SILVA
LIC. FAUSTO PEDRO RAZO VÁZQUEZ
LIC. JOSÉ FRANCO MEJÍA

LA PORTADA

El Coliseo Romano o Anfiteatro Flavio, se empezó a construir en el año 72 d.C. en los tiempos del emperador Vespasiano y fue inaugurado por el emperador Tito en el año 80 d.C. Tiene cuatro pisos, los primeros tres están formados por arcos y adornados por medias columnas de orden respectivamente: dórico, jónico y corintio. El cuarto piso no tiene arcos sino ventanas rectangulares y está decorado por pilares con capiteles corintios. Su capacidad máxima era de 56,000 espectadores y tenía diferentes secciones de acuerdo a la clase social a la que pertenecían los asistentes, que eran desde el emperador hasta la plebe. En este enorme recinto se realizaban luchas entre gladiadores y también se enfrentaban éstos con fieras. Los gladiadores eran hombres atléticos y gigantescos que recibían entrenamiento en escuelas especiales, para poder enfrentarse a las sangrientas batallas. También los criminales y los cristianos eran condenados a ser devorados por las fieras, solos o en grupo, como castigo. En el período imperial el Coliseo era una de las maravillas del mundo y desde entonces constituye el símbolo de la grandeza de Roma.

PRÓLOGO

Estábamos en deuda con nuestros alumnos: no les habíamos ofrecido un texto adecuado para el Segundo Curso de Derecho Romano, que les permitiera tener una visión más amplia del tratado de obligaciones romanas. Esperamos que este texto cumpla con ese cometido.

El conocimiento del tratado de obligaciones es capital para todo aquel que se precie de jurista, cualquiera que sea posteriormente su rama de especialización profesional. Sabemos que es la parte del Derecho que los romanos llevaron a su más alto grado de perfeccionamiento, prueba de ello es que ha pasado a todos los códigos civiles modernos, perdurando sus enseñanzas más de veinticinco siglos. Es por ello que la presente obra trata este tema con una poca más de amplitud, con el fin de que los estudiantes conozcan mejor la materia que más tarde los hará mejores juristas.

Para la mejor comprensión del contexto y evitar consultas al diccionario, hemos puesto la traducción de los vocablos latinos. También se ha procurado poner en cada párrafo la fuente original, para que el estudioso pueda acudir a ella.

Agradecemos a los profesores que imparten la cátedra del imprecadero Derecho Romano, por la preferencia que han tenido por el presente texto.

LOS AUTORES

SIGLAS

- b. p. *bonorum possessio*, posesión de los bienes.
C. *Código* de Justiniano.
D. *Digesto* de Justiniano.
Fr. Vat. *Fragmenta Vaticana*.
G. *Instituta* de Gayo.
I. *Instituciones* de Justiniano.
Nov. *Novelas* de Justiniano.
sc senadoconsulto.
S. P. *Sentencias* de Paulo.
T. Tabla.
Ulp. Libro Único de las Reglas de Ulpiano.

ÍNDICE

Siglas	Pág. 7
--------------	-----------

OBLIGACIONES

I. LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

1. Derechos reales y personales	17
2. Definición y etimología de obligación	19
3. Elementos de la obligación	20
4. Schuld (debitum) y Haftung (responsabilidad)	22

II. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

5. Desarrollo histórico de las obligaciones	23
6. Enumeración de las fuentes según las Instituciones de Justiniano	23
7. Insuficiencia de dicha enumeración	24
8. División de las obligaciones	25

III. LOS CONTRATOS EN GENERAL

9. Definición de convenio y de contrato	32
10. Desarrollo histórico de los contratos	33
11. Elementos esenciales y accidentales del contrato	35
11a Reglas para interpretar los contratos	36
12. Causas de ineficacia	38
13. Convalidación y conversión	38

IV. LOS SUJETOS

14. La capacidad de las partes	40
15. Pluralidad de los sujetos activos y pasivos. Correalidad	42
16. Solidaridad	44
17. La representación jurídica en el Derecho Romano	45
18. Contratos a favor de terceros	46

	Pág.
V. EL CONSENTIMIENTO	
19. El consentimiento	47
20. Los vicios del consentimiento	50
21. Desarrollo de la lesión	51
VI. EL OBJETO	
22. El objeto	53
23. Requisitos del objeto de las obligaciones	54
24. La obligación alternativa y facultativa	55
VII. LA CAUSA	
25. La causa	56
26. Las acepciones de este término	58
27. Fraus legis	59
28. La simulación	60
VIII. LA FORMA	
29. La forma. Nociones históricas	61
30. Consecuencias de la falta de forma en los negocios	62
IX. LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES	
31. Modalidades de las obligaciones	63
32. Término y condición	63
33. Término suspensivo y término resolutorio	64
34. Diversas clases de condiciones	66
35. Condición suspensiva	68
36. Condición resolutoria	70
37. El modus o carga	71
38. La adiectio solutionis gratia	71
39. Diferencia entre modo y condición	71
X. TRANSMISIÓN DE DEBERES Y CRÉDITOS	
40. Transmisión de deberes	73
41. Créditos que pueden cederse. Sus efectos	74
42. Limitaciones a la cesión de créditos	76
43. Disposiciones del Bajo Imperio	76
XI. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES	
44. Incumplimiento de las obligaciones	78
45. La mora debitoris	78

	Pág.
46. Efectos de la mora del deudor	80
47. La mora creditoris. Sus efectos	81
48. El incumplimiento definitivo de las obligaciones	82
49. La stipulatio pœnæ	83
XII. LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES	
50. Ideas generales. El actus contrarius	85
51. Modos de extinción voluntarios y no voluntarios, ipso iure y ope exceptionis	87
52. El pago, condiciones para que sea válido	88
53. La dación en pago	91
XIII. LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES	
54. La compensación	92
55. Su evolución	93
56. La solutio per æs et libram, la acceptilatio y el pactum de non petendo	95
XIV. LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES	
57. La novación	99
58. Elementos de la novación	99
59. Confusión	101
60. Imposibilidad de cumplimiento y pérdida del objeto	102
61. La muerte y la capitis deminutio de una de las partes	102
62. Otros modos de extinción de las obligaciones	103
XV. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS	
63. Por su perfeccionamiento	104
64. Por la manera de interpretarlos	105
65. Por sus efectos sobre las partes	105
65a. Contratos nominados y contratos indominados	106
XVI. LOS CONTRATOS FORMADOS VERBIS	
66. El nexum	107
67. Dictio dotis y iusiurandum liberti	108
68. La stipulatio, sus principios generales	108
69. División de las estipulaciones	110
70. Estipulaciones inútiles	112
71. Estipulaciones de esclavos e hijos de familia	113
72. Diversas aplicaciones de la estipulación	114

	Pág.
73. Estipulaciones y promesas accesorias	114
74. Sponsio y fidepromissio	116
75. Fideiussio	117
76. El préstamo estipulatorio y la exceptio pecuniae non numerata	120
77. La estipulación de intereses	121
78. Acciones que nacen de la estipulación	121

XVII. LOS CONTRATOS FORMADOS LITTERIS.

79. El contrato litteris en su forma arcaica	123
80. Su forma, contenido y especies	124
81. Chirographa y syngraphae	127
82. Semejanzas y diferencias del contrato litteris y de la stipulatio	127

XVIII. LOS CONTRATOS FORMADOS RE

83. El mutuo	129
84. Formación y objeto del mutuo	130
85. Los intereses en el mutuo	132
86. Sanción del mutuo	133
87. Diferencias del mutuo con los demás contratos reales	133
88. Foenus nauticum	134
89. El S.C. Macedoniano	135
90. El comodato	135
91. Formación y objeto del comodato	135
92. Efectos del comodato	137
93. Su sanción	138

XIX. LOS CONTRATOS FORMADOS RE

94. El depósito, su formación, objeto, efectos y sanciones	139
95. Formas especiales del depósito	141
96. El pignus, su formación, objeto, efectos y sanciones	143
97. Formas especiales del pignus	145
98. Los contratos formados consensu	146

XX. LOS CONTRATOS FORMADOS CONSENSU

99. La emptio-venditio	147
100. Su evolución histórica hasta llegar a contrato consensual	148

	Pág.
101. Diferencias entre la emptio-venditio consensual y la compraventa mexicana actual	149
102. Elementos de este contrato	150
103. Efectos del contrato para el vendedor	153
104. El saneamiento por evicción	154
105. Los vicios ocultos	156
106. Obligación de no cometer dolo	158
107. Efectos del contrato para el comprador	159
108. Los riesgos en la compraventa	160
109. Pacta adiecta frecuentes	160

XXI. LOS CONTRATOS FORMADOS CONSENSU

110. La locatio conductio	162
111. Sus especies	163
112. Elementos del contrato	164
113. Efectos del contrato para el locator	166
114. Efectos del contrato para el conductor	166
115. Extinción del arrendamiento	167
116. Sanciones de este contrato	168
117. La enfiteusis	168

XXII. LOS CONTRATOS FORMADOS CONSENSU

118. La sociedad	170
119. Sus elementos constitutivos	170
120. Consecuencias especiales de su carácter de contrato intuitu personae	171
121. Reparto de los beneficios	172
122. Obligaciones de los socios	172
123. Especies de sociedades	174
124. Disolución de la sociedad	176
125. Sanciones	177

XXIII. LOS CONTRATOS FORMADOS CONSENSU

126. El mandato	179
127. Elementos del contrato, su objeto	180
128. Ideas romanas acerca de la representación	181
129. Efectos del contrato para las partes	182
130. Efectos del contrato con relación a terceros	184
131. Extinción y sanciones del mandato	185
132. Aplicaciones especiales del mandato	186

	Pág.
XXIV. LOS PACTOS	
133. Clasificación de los pactos	188
134. Pactos del derecho civil	189
135. Principales contratos innominados	192
136. Pactos del derecho pretorio	194
137. Pactos sancionados por las constituciones imperiales	196
138. Pacto de constitución de dote	200
139. Compromiso arbitral	202
XXV. LOS CUASICONTRATOS	
140. Cuasicontratos	203
141. La gestión de negocios	203
142. Otros cuasicontratos	206
143. El pago de lo indebido	206
144. La indivisión	207
145. El enriquecimiento sin causa	208
XXVI. LOS DELITOS	
146. Obligaciones nacidas de delito	210
147. Delitos públicos	212
148. Delitos privados	213
149. Furtum	214
150. Rapiña	216
151. Iniuria	217
152. Damnum iniuria datum	217
153. Fraus creditorum	220
XXVII. LOS CUASIDELITOS	
154. Los cuasidelitos	221
SUCESIONES	
LECCIÓN XXVIII. LAS VÍAS SUCESORIAS	
155. Concepto general de sucesión. Sus clases	223
156. Objeto de la sucesión universal mortis causa	224
157. Las vías sucesorias	225
158. La herencia vacante, la herencia yacente	226

	Pág.
LECCIÓN XXIX. LA SUCESIÓN AB INTESTATO	
159. La sucesión ab intestato	228
160. Los parientes excluidos	229
161. Apertura y adquisición de la sucesión ab intestato	229
162. El sistema de las doce tablas	230
163. La vía legítima pretoria. Bonorum possessio	232
164. La colación de bienes	235
165. Reformas imperiales	236
166. La vía legítima de las Novelas 118 y 127	236
LECCIÓN XXX. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA	
167. Definiciones romanas del testamento	239
168. Las formas de testar	240
169. El testamento militar y otros	242
170. La testamenti factio activa y passiva	242
171. La capacidad del heredero	243
172. La designación del heredero y su protección jurídica	245
173. La desheredación	246
174. Las substituciones	248
175. Modalidades en el testamento	249
LECCIÓN XXXI. NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS	
176. Nulidad e invalidez de los testamentos	250
177. El testamento inoficioso	252
178. La querela inofficiosi testamenti	253
179. La actio ad supplendam legitimam	255
180. La adquisición y repudiación de la herencia	256
181. El plazo para deliberar	258
182. El beneficio de inventario y la separatio bonorum	259
183. Los coherederos, el ius adcrendi	260
LECCIÓN XXXII. LOS LEGADOS	
184. Los legados	262
185. El objeto de los legados	263
186. Formas del legado	264
187. De la fórmula	267
188. La supresión de las fórmulas	267
189. Las reformas de Justiniano	268
190. La adquisición de los legados (dies cedit, dies venit)	270
191. Restricciones a la facultad de legar	271

	Pág.
192. Protección procesal del legatario	273
193. Legatum y donatio mortis causa	273

LECCIÓN XXXIII. EL FIDEICOMISO

194. El fideicomiso: su ratio iuris original	274
195. El fideicomiso universal	276
196. Evolución del fideicomiso, su transformación en las vinculaciones	277
197. Comparación entre el fideicomiso particular y el legado	278
198. El codicilo	279

OBLIGACIONES

LECCIÓN I

LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

1. DERECHOS REALES Y PERSONALES. 2. DEFINICIÓN Y ETIMOLOGÍA DE OBLIGACIÓN. 3. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN. 4. SCHULD (DEBITUM) Y HAFTUNG (RESPONSABILIDAD).

1. DERECHOS REALES Y PERSONALES

Para explicar en qué consisten los derechos reales y en qué los personales o de crédito, tomemos como tipo de derecho real a la propiedad y como ejemplo de derecho de crédito una suma de dinero que nos es debida en virtud de un préstamo. He aquí las notas esenciales que salen de una atenta comparación:

1º El derecho de propiedad nos procura por sí mismo e independientemente del hecho de otro una utilidad considerable. Soy propietario de una casa, la habito, para este goce no tengo necesidad del concurso de un tercero, basta mi propio hecho. Por el contrario, si presto una suma de dinero y soy acreedor, en tanto que la suma debida no vuelva a mis manos, mi derecho no me procura ninguna utilidad, para que me beneficie es necesario que se me pague y este pago implica el hecho del deudor.

2º Mi derecho de propiedad, sin ser una carga para nadie, existe contra todo mundo; queremos decir con esto que no me autoriza a exigir de nadie ni el cumplimiento, ni la abstención de un acto naturalmente permitido, ni en una palabra, el sacrificio del más pequeño derecho, pero que ninguno, por tanto, podrá violarlo o tratar de impedir su ejercicio. El derecho de crédito, por el contrario, no existe más que

contra una persona y significa para ella una verdadera carga. El dinero prestado no será exigido más que al deudor, y es bien notorio que, ligado hacia mí de una manera especial, este deudor no se encuentra en una situación normal, su fortuna no es neta, y a su activo corresponde un pasivo.

3º La diferencia arriba constatada se manifiesta muy claramente en el lenguaje. Así, el respeto debido a la propiedad de otro no se considera como una obligación propiamente dicha, dado que no lleva disminución del patrimonio de ninguno y no existe palabra para expresar una situación pasiva que corresponda a aquélla del propietario, una tal situación no existe. A la inversa, no se concibe un acreedor sin un deudor porque lo que es crédito para uno es necesariamente obligación o deuda para el otro.

4º Estos derechos están sancionados por distintas acciones. La acción *in rem* —real— se da al titular de un derecho real, la acción *in personam* —personal— se da al titular de un derecho de crédito.

D.44.7.25

Resumiendo lo que precede, llegamos a las dos definiciones siguientes: el derecho real es aquel que gravita directa e inmediatamente sobre una cosa determinada y que exige de todos un respeto igual, pero puramente pasivo. El derecho de crédito consiste en una relación especial entre dos individuos determinados, de los cuales uno puede exigir al otro determinada prestación que según el derecho común le es debida.

De estas definiciones se desprenden estas consecuencias: 1. Por lo mismo que el respeto al derecho real se impone a todos, de hecho está expuesto a los atentados de cualquiera. El derecho de crédito, por el contrario, no es violado directamente más que por el mismo deudor. 2. También, mientras que el derecho real puede engendrar acción contra cualquiera, el derecho de crédito sólo da acción en contra del deudor. 3. El derecho real es mucho más ventajoso que el de crédito, puesto que cualquiera que lo viole, en tanto que exista el objeto, su titular no pierde nada, por el contrario, el derecho del acreedor está siempre comprometido por la insolvencia del deudor, si éste carece de activo el crédito de hecho se reduce a nada.

2. DEFINICIÓN Y ETIMOLOGÍA DE OBLIGACIÓN

Obligación tiene su origen en la palabra latina *obligatio*, que a su vez viene de *ob* y *ligo-as-are*, que significa atar. Las Instituciones de Justiniano definen a la obligación diciendo: *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendæ rei, secundum nostræ civitatis iura* —la obligación es un vínculo de derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar una cosa, según el derecho de nuestra ciudad. Esta definición es de origen postclásico.

I.3.13

La palabra obligación no es un término del antiguo derecho quirritario, según el autor francés M. Ortolán anteriormente se utilizaba el vocablo *nexum*, pues no se le encuentra en ningún fragmento de las Doce Tablas, esta palabra fue de uso tardío en Roma, Plauto la emplea sólo una vez en sentido jurídico y Cicerón no le da la extensión que después tuvo. Gayo no da de ella un concepto general y esto es porque las obligaciones en Roma se fueron desarrollando paulatinamente, de acuerdo con las necesidades de la vida práctica, por lo que los romanos nunca hicieron un estudio dogmático y sistemático de ellas. Sin embargo, su desarrollo fue portentoso, al grado que en esta materia llegaron a la cima de la perfección y su bagaje pasa casi íntegro a los códigos modernos.

En un principio las partes que intervienen en esta relación jurídica no se denominan acreedor y deudor, sino *rei* —de reus— reo, porque esta palabra designaba a toda persona empeñada en un proceso sobre el cual había habido *litis contestatio*, de donde toda obligación contiene los elementos de un proceso en el cual el papel de las partes está determinado de antemano, más tarde el uso restringió el empleo de *reus* al demandado y por vía de consecuencia al deudor. Después se designó acreedor al sujeto activo de la relación y deudor al pasivo. Al acreedor se le llamó así porque este substantivo deriva del verbo latino *credo*, que quiere decir creer, confiar, esperar, esto es, el acreedor espera o confía en que su deudor cumpla con lo que se ha comprometido para con él, pues si no tuviera esta expectativa lo más seguro es que el acreedor se hubiera negado a tener relación jurídica con el deudor, su deudor.

I.3.16, D.45.2.1, D.46.1.5 y D.46.3.34.8

No obstante que la obligación coarta la libertad del deudor, porque lo vincula con su acreedor dando a éste medios coercitivos para que el deudor cumpla con lo que ha prometido, se permite la creación de obligaciones porque por la vida de relación humana cada día necesitamos más del concurso de nuestros semejantes. En una sociedad primitiva el número de obligaciones es reducido, en la moderna es enorme.

3. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN

Del análisis de la definición de obligación ya dada, surgen varios elementos. La obligación crea un lazo de derecho —vinculum—, que tiene dos extremos, supone dos sujetos: uno activo, otro pasivo. Esto significa que la obligación tiene el efecto —estando dadas dos personas determinadas— de sujetar en una cierta medida la una a la otra, quitándole algo de su libertad natural y haciendo adquirir a la otra una cierta ventaja que no está contenida en el simple ejercicio de la suya. La persona ligada es el deudor o reus —deudor o reo—, la dueña del lazo recibe el nombre de creditor —acreedor—. Este vínculo es un lazo de derecho, es decir, que la ley pone a la disposición del acreedor determinados medios coactivos —las acciones y las vías de ejecución— para lograr que el deudor preste la conducta debida, por esto la obligación se distingue de los simples deberes cuya observancia queda supeditada a nuestra conciencia sin ninguna sanción legal.

D.50.16.10

La obligación tiene un objeto determinado —debitum o res debita— que consiste en una determinada conducta que el deudor debe prestar a su acreedor —alicuius solvendæ rei—. Pero el objeto directo e inmediato de esta conducta no es la misma cosa que el deudor trata de dar, de hacer o de suministrar, sino la acción de dar, de hacer o de suministrar y es lo que expresa Paulo cuando dice: obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum —la esencia de las obligaciones no consiste en que uno haga nuestra una cosa o una servidumbre, sino en constreñir a otro para que nos dé, haga o indemnice algo—. Por tanto, el objeto de las obligaciones

consistirá en dar, hacer o prestar algo y por extensión en una abstención, en un no hacer o tolerar —pati—. Así, si mi deudor me ha prometido un fundo, esta promesa no ha establecido en mi beneficio un derecho directo sobre la cosa, sino que sólo me autoriza a pedir la tradición o la mancipación de ese fundo, en otros términos, he devenido acreedor, pero no propietario.

D.44.7.3

El objeto de la obligación siempre debe ser apreciable en dinero, con el fin de que si el deudor no cumpliera con lo prometido, no quede insatisfecho el derecho del acreedor y se le pueda indemnizar, "pues la obligación sólo puede consistir en lo que se puede liquidar y pagar en dinero" —ea in obligatione consistere possunt, quæ pecunia lui præstarique possunt, como dice este fragmento de Ulpiano.

D.40.7.9.2

La obligación una vez nacida es naturalmente perpetua, en el sentido de que ningún lapso basta para hacerla desaparecer, pues el tiempo por sí solo no podrá modificar la relación una vez establecida entre dos personas; pero el derecho pretorio suavizó después este excesivo rigor del derecho civil, dando al deudor excepciones para paralizar la acción que intentara ejercitar el acreedor; así v. gr., cuando las partes por mutuo acuerdo constituían una servidumbre de paso temporalmente por alguna circunstancia, pasada ésta si el beneficiado quería seguir utilizándola, el perjudicado con el auxilio del pretor daba por terminada esa situación. Posteriormente cambia este rigor del derecho civil y la obligación pudo ser extinguida por causas determinadas: "Consta que no se puede constituir una obligación hasta la llegada del término, como tampoco un legado (esto es, deben perpetuarse), pues lo que ha empezado a deberse sólo deja de deberse por causas determinadas." En las Instituciones de Justiniano todavía encontramos rastro de este rigor del derecho antiguo: "Si tú estipulas así: ¿Respondes darme diez sueldos de oro al año mientras yo viva? La obligación se reputa pura y simple y se perpetúa; porque no se puede deber por un tiempo. Pero el heredero, si entabla demanda, será rechazado por la excepción de pacto." Así pues, de acuerdo al rigorista derecho civil arcaico, para extinguir

una obligación y obtener la liberación del deudor, era necesario utilizar las formas establecidas por la ley, que generalmente consistían en la celebración del acto contrario a como se había contraído la obligación. (Ver lección XII.)

D.44.7.44.1 e I.3.15.3

4. SCHULD (DEBITUM) Y HAFTUNG (RESPONSABILIDAD)

La obligación del derecho moderno, como la del Derecho Romano clásico, encierra en sí dos elementos: el *debitum* (*Schuld*) o sea el deber de prestar una determinada conducta y la responsabilidad (*Haftung*) que proporciona al acreedor un medio de ejecución y que no es otra cosa que el perjuicio jurídico que lleva aparejado como consecuencia la inobservancia de la conducta debida.

Estos dos elementos no siempre se conjugaron y según Brinz —pandectista alemán del siglo XIX— al que debemos el estudio profundo de la obligación romana, ésta en sus orígenes no llevaba aparejada de suyo responsabilidad; para que la misma naciera era menester que al acto que origina la obligación —a la promesa contractual, por ejemplo— se añadiera un nuevo acto jurídico que fundamentara y especificara la responsabilidad para el caso de incumplimiento de parte del deudor. Claro ejemplo de lo anterior es la prenda comisoría del derecho arcaico: la prenda responde por el deudor, como responde el cuerpo del fiador en caso de fianza, responde de lo que el deudor debe a la par que éste asume un *debitum*, una deuda, desprovista de responsabilidad. Al surgir la auto fianza, la relación se simplifica, ya que el deudor constituye en rehén su propia persona, ambos elementos *debitum* y responsabilidad gravitan sobre una misma persona: el obligado. El contenido personalísimo de la responsabilidad va atenuándose hasta adquirir una fisonomía exclusivamente patrimonial. En la obligación romana clásica así como en la moderna, todo débito lleva aparejada la responsabilidad de quien lo contrajo, el débito engendra por sí mismo automáticamente la responsabilidad.

LECCIÓN II

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

5. DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS OBLIGACIONES. 6. ENUMERACIÓN DE LAS FUENTES SEGÚN LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO. 7. INSUFICIENCIA DE DICHA ENUMERACIÓN. 8. DIVISIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

5. DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS OBLIGACIONES

Gran parte de los autores está acorde en señalar que en un principio el origen de la obligación fue delictual, emanaba de la responsabilidad surgida de un delito, por el cual el victimario debía reparación a la víctima o a sus familiares para en esta forma evitar la venganza posterior y los trastornos públicos consiguientes. Después se da otro paso y la obligación se torna civil cuando se establece que sólo a falta de pago pudiera el acreedor resarcirse en vía ejecutiva sobre la persona del deudor y así fue durante algún tiempo: el deudor insolvente prácticamente era reducido a esclavitud por su acreedor, lo que originó el descontento de los plebeyos, hasta que se votó la ley *Poetelia Papiria*, la que dispuso que en adelante el deudor respondería de sus compromisos no con su persona sino con su patrimonio, lo que marca el nacimiento de la obligación moderna.

6. ENUMERACIÓN DE LAS FUENTES SEGÚN LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO

Según la fuente de donde proceden las obligaciones, se dividen en cuatro clases, pues nacen de un contrato, de un delito, como de un contrato o como de un delito. Dos tienen un nombre técnico: los contratos y los delitos, las otras dos no son designadas más que por vía de perífrasis y de comparación, pues se dice que la obligación nace "como de un con-

trato" o "como de un delito". La diferencia entre los contratos y los delitos es bien clara, quien dice contrato supone una convención o acuerdo de voluntades, quien dice delito supone un daño causado injustamente. Ahora bien, si atendemos por una parte que las convenciones son por sí mismas hechos lícitos, por otra parte, que entre los hechos generadores de obligaciones hay unos que pueden ser lícitos sin ser convenciones, y otros que pueden ser ilícitos sin ser calificados como delitos, en seguida se comprenderá la significación de las otras dos fuentes: la obligación nace como de un contrato cuando tiene su causa en un hecho lícito distinto de la convención; nace como de un delito cuando su causa es un hecho ilícito que no ha sido calificado como delito. Esta división de las obligaciones que llegó a ser clásica, parece haber sido tomada de Gayo —obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris—, que en el libro secundo aureorum las hace derivar de los contratos, de los delitos y de otros hechos diversos. En el libro tertio aureorum Gayo con frecuencia utiliza las expresiones quasi ex contractu —como de un contrato— y quasi ex maleficio —como de un delito—, división que Justiniano adopta en sus Instituciones.

G.3.88, D.44.7.1, 4 y 5

7. INSUFICIENCIA DE DICHA ENUMERACIÓN

La enumeración de las fuentes de las obligaciones señalada por Justiniano en sus Instituciones es del todo incompleta, pues aparte de esas existen otras varias fuentes. Ya desde antes de las Doce Tablas era fuente de obligaciones la vecindad; el tenedor de un testamento estaba obligado a mostrarlo al interesado, teniendo éste como sanción de su pretensión el interdictum de tabulis exhibendis —el interdicto para mostrar las tablillas del testamento—; la paternidad también fue fuente de obligaciones a fines de la época clásica, en efecto, daba un derecho recíproco a alimentos; la sentencia es otra fuente obligacional, sobre todo cuando se condenaba injustamente a una de las partes; nos obligamos también por derecho honorario, por lo que el edicto perpetuo o el magistrado ordenan o prohíben hacer; asimismo podemos obligarnos por la ley cuando hacemos algo conforme a lo preceptuado en ella o en

su contra; la policitación y el voto —votum— son igualmente fuentes de obligaciones.

D.44.7.52, D.50.12.3 y 2

8. DIVISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Justiniano en sus Instituciones nos dice que todas las obligaciones se reducen a una división principal de dos clases y son o civiles o pretorias: Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur: namque aut civiles sunt aut pretoriae. En un fragmento de Marciano en donde se trata de la hipoteca, se habla incidentalmente de la división de las obligaciones y se dice que la hipoteca puede constituirse "no solo por una obligación civil, sino también honoraria o meramente natural". En un fragmento de Ulpiano se alude a la división de las obligaciones al hablar de la novación y dice: "No interesa cómo sea la obligación precedente (la que se va a novar) si natural, civil u honoraria."

I.3.13.1, D.20.1.5 y D.46.2.1.1

La verdad es que las obligaciones son susceptibles de diversas divisiones, y así podremos dividir las:

- a) según la naturaleza de su vínculo,
- b) según su objeto y
- c) según los sujetos que en ellas intervengan.

a) *División de las obligaciones según la naturaleza de su vínculo.*

1. Según la naturaleza de su vínculo, tenemos las obligaciones civiles, pretorias, del derecho de gentes y naturales. En las civiles la parte activa o acreedor, siempre cuenta con una acción para que la parte pasiva pueda ser coaccionada y le preste la conducta prometida o debida. Estas obligaciones en un principio sólo ligaban a los ciudadanos romanos, a los quiritas. Las obligaciones son pretorias cuando el pretor las ha establecido en virtud de su jurisdicción, esto es, se encuentran en su álbum, dando al acreedor una acción para hacer valer su derecho frente al deudor; la fuente principal de estas obligaciones es, desde luego, el pretor, pero también tienen como

fuente al edicto de los ediles curules y a las disposiciones del prefecto del pretorio, cuyos edictos adquieren fuerza obligatoria por orden del emperador Alejandro Severo.

Las obligaciones dimanadas del derecho civil eran unilaterales, esto es, obligaban tan solo al deudor para con su acreedor, éste no contraía ninguna obligación. Las obligaciones de los contratos de buena fe, introducidos por el derecho pretorio y provenientes del derecho de gentes, eran obligaciones sinalagmáticas imperfectas y perfectas. Imperfectas, cuando al celebrarse el contrato contraía sólo obligación el deudor y, a veces, por el desarrollo del contrato, podía verse también obligado el acreedor; sinalagmáticas perfectas eran cuando al perfeccionarse el contrato surgían obligaciones para ambas partes.

Las obligaciones del derecho de gentes eran las que procedían de los contratos derivados de este derecho, tales como el comodato, el depósito, la compraventa, etc., y las obligaciones que hacían nacer comprometían tanto a ciudadanos romanos como a peregrinos.

Las obligaciones naturales son aquellas en las que el acreedor no cuenta con una acción procesal para hacer valer su crédito, éste se encuentra, pues, desprovisto de acción, aunque no de consecuencias jurídicas: si el deudor cumple lo que debe, su pago es válido y no le da lugar a la *condictio indebiti* —condición de lo indebido—; el cumplimiento de una obligación natural puede garantizarse con garantías reales o con garantías personales; la obligación natural puede ser objeto de una novación y ser transformada en una obligación civil, también pudo ser compensada con una obligación civil en el derecho postclásico. Todos pueden contraer una obligación natural: ciudadanos, peregrinos e incluso los esclavos.

2. Obligaciones *stricti iuris* —de derecho estricto—. Son aquellas que provenían de negocios del antiguo derecho quirritario que eran rigoristas y formales, como el *nexum*, la *stipulatio*, etc., en las cuales el deudor se encontraba obligado a lo contratado sin que razones de justicia o de equidad pudieran aumentar o disminuir el contenido de su deber. El juez que conoce de una controversia originada de estos contratos, debe examinar si las solemnidades y formalidades del contrato se han cumplido para dar nacimiento a la obligación, si esto así fuere, condenará al deudor, sin tomar en cuenta otros elementos del contrato, tales como la intención de las partes al

obligarse, el fin que perseguían, la interpretación de las palabras, etc.

3. Obligaciones *bonæ fidei* —de buena fe—. Estas obligaciones se originaron de los contratos de buena fe introducidos por la benéfica influencia del derecho de gentes. Los contratos bilaterales que daban lugar a estas obligaciones se perfeccionaban bien re, por la entrega del objeto, o bien por el simple consentimiento de las partes, y el alcance de la obligación es susceptible de ser aumentado o disminuido por razones de justicia o de equidad o por la interpretación del juez para fijar responsabilidades entre las partes. Estas obligaciones de buena fe dieron lugar a figuras como el *dolo*, la *culpa*, etc.

A fin de que gráficamente podamos darnos cuenta de las diferencias entre las obligaciones de derecho estricto y las del derecho de gentes o de buena fe, haremos una breve comparación.

<i>Obligaciones de D. estricto</i>	<i>Obligaciones de buena fe</i>
1. Proviene del derecho quirritario.	1. Proviene del derecho de gentes.
2. Derivan de los contratos unilaterales.	2. Proceden de los contratos bilaterales.
3. El perjudicado no puede invocar <i>dolo</i> o violencia para no cumplir con la obligación.	3. El perjudicado sí puede invocar estos vicios para no cumplir con la obligación.
4. Contra una obligación de derecho estricto no podía oponerse la compensación.	4. Contra las obligaciones de buena fe sí podía oponerse la compensación.
5. En general no podían modificarse por medio de pactos.	5. Se pueden modificar por medio de pactos.

4. Obligaciones perfectas e imperfectas. Son obligaciones perfectas aquellas provistas de acción, lo cual permitía al acreedor obligar judicialmente al deudor a su cumplimiento; dentro de éstas tenemos a las obligaciones civiles y a las obligaciones pretorias. Las obligaciones imperfectas están desprovistas

de acción y no permiten al acreedor compeler judicialmente al deudor omiso, pero si se cumplen el derecho les reconoce efectos; éstas son las obligaciones naturales. La obligación natural es aquella fundada en el derecho natural y en la equidad y que por tanto no dan acción para exigir su cumplimiento, pero que una vez cumplidas por el deudor, autorizan al acreedor a retener lo pagado por razón de ellas.

D.46.1.16.4

b) *División de las obligaciones según su objeto.*

Según la naturaleza de la prestación, desde el punto de vista del objeto, tenemos, entre otras, las siguientes obligaciones:

1. Obligaciones de dar —dare—, que son aquellas cuyo objeto consiste en la transmisión de la propiedad de una cosa o en la constitución de otro derecho real sobre la misma: así, por ejemplo, en el contrato de mutuo se transmitía al través de la mutui datio —entrega en mutuo— la propiedad de las cosas al mutuario.

G.3.90

2. Obligaciones de hacer —facere—, Papiniano dice: "El término 'hacer' comprende toda clase de hacer: dar, pagar, entregar dinero . . . , pasear." Las obligaciones de hacer conllevan la realización de un hecho por parte del obligado, como cavar un foso, pintar una casa.

D.50.16.218

3. Obligaciones de prestar —praestare—, que son aquellas cuyo objeto no consiste en transferir la propiedad de una cosa o en constituir un derecho real sobre la misma, sino tan solo en conceder el simple uso de una cosa a una persona, como en el caso del comodato o la locación. Algunas veces también el objeto de la obligación de praestare consistía en transmitir a una persona la tenencia de una cosa, como en el caso del depósito. En otros casos, el objeto de la obligación de praestare consistía únicamente en la restitución de una cosa a su dueño, tal era el caso de las obligaciones que tenían el comodatario, el depositario, el locatario, al término del contrato respectivo.

A esta última obligación la lex Rubria de Gallia Cisalpina la llamaba de restituere —restituere.

Obligaciones de praestare también eran aquellas que se referían a la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito, o el pago de intereses provenientes de la mora, la culpa, etc.

4. Obligaciones de no hacer —non facere—, éstas consisten en una abstención, en un no hacer por parte del deudor, es decir, que se cumple con esta obligación, v. gr., no elevando una construcción más allá de cierta medida, como lo impone al fundo sirviente la servidumbre altius non tollendi —no elevar más alto—; no cultivando parte de un terreno, no vendiendo un objeto a cierta persona, etc.

5. Obligaciones positivas y negativas, éstas se encuentran resumidas en las anteriores divisiones: positivas serían las de dare, praestare y facere; obligaciones negativas serían las de no hacer —non facere—, como no quitar la vista panorámica a una mansión.

6. Obligaciones simples y obligaciones compuestas. Las primeras serán aquellas que sólo comprenden una prestación; las segundas, las que implican varias prestaciones como por ejemplo, la que comprende las entregas de un esclavo, de una yunta y la de un fundo.

7. Obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles. La obligación se considera divisible cuando, por razón de su objeto, se puede ejecutar en partes, como el pago de una suma de dinero. Son indivisibles cuando su objeto no puede fraccionarse, pero como el objeto de la obligación finalmente puede ser apreciado en dinero, casi no habrá obligación que no pueda ser reducida a divisible. Las obligaciones cuyo objeto consiste en dare, por lo común son divisibles, las obligaciones cuyo objeto consiste en facere son indivisibles. Esta división de las obligaciones tiene su importancia cuando el objeto es debido por varios deudores, si es divisible, el acreedor dirigirá su acción contra cada deudor por la parte correspondiente, si por el contrario el objeto es indivisible, el acreedor accionará por el todo en contra de un solo deudor, el que él escoja.

8. Obligaciones genéricas y obligaciones específicas. Las obligaciones genéricas son aquellas cuyo objeto consiste en la entrega de cuerpos quæ pondere, numero, mensura, continentur, esto es, que se pesan, se cuentan o se miden. Tienen

como objeto las cosas llamadas genéricas, fungibles o consumibles, cosas que son intercambiables y cuya pérdida no libera de su obligación al deudor: genera non pereunt —las cosas genéricas no se extinguen—. Por el contrario, la obligación específica tiene como objeto la entrega de tal cuerpo, determinado individualmente, de modo que si perece el deudor queda liberado de su obligación, generalmente.

Esta división tiene gran importancia en la materia de los riesgos, pues por lo común el que es deudor de cosas genéricas si éstas se pierden no quedará liberado; pero si el deudor debe una cosa específica, ésta se pierde para el acreedor, quedando liberado el deudor. Esto es válido en condiciones normales, pues en caso de mora, la mora del acreedor hace que la cosa genérica al perecer, libere al deudor; en caso de mora en la entrega de una cosa específica, la pérdida del objeto no libera al deudor, quien al menos deberá la estimación de la cosa.

c) División de las obligaciones según los sujetos que en ellas intervienen.

De acuerdo con este criterio de división de las obligaciones, tendremos: 1. Obligaciones de sujeto fijo, determinado o invariable y obligaciones de sujeto indeterminado o variable y 2. Obligaciones de sujeto activo o pasivo único y de sujeto activo o pasivo múltiple.

1. Obligaciones de sujeto fijo, determinado o invariable y obligaciones de sujeto indeterminado o variable. Lo común es que tanto el sujeto activo como el pasivo de la obligación sean los mismos desde que ésta nace hasta que se extingue, (salvo en el caso de la cesión del crédito) en esta circunstancia los sujetos de la obligación son fijos, determinados o invariables, como cuando por una estipulación Juan promete pagar a Luis 10 ases y así lo cumple a la llegada del término. Pero puede suceder que la persona del acreedor o la del deudor no estén individualizadas en el momento del nacimiento de la obligación o que cambien desde que la obligación se contrae hasta que se extingue, en cuyo caso se dice que los sujetos son indeterminados o variables. "Así, si Ticio es víctima de un daño causado en sus bienes por un esclavo ajeno, tendrá derecho a ser indemnizado por quien invista la calidad de propietario del

mismo en el momento de promover la acción correspondiente, de modo que, por una parte la persona del deudor no está individualizada en el momento de nacer la obligación y, por la otra, cambiará tantas veces como el esclavo sea transmitido a un nuevo dueño."

2. Obligaciones de sujeto activo o pasivo único y de sujeto activo o pasivo múltiple. Comúnmente en la obligación no hay más que dos sujetos: el acreedor y el deudor; pero nada se opone a que concurren varios, sea desde el punto de vista activo, como también del pasivo, así tendremos las obligaciones correales y las solidarias o in solidum y en el caso de las estipulaciones y promesas accesorias.

La enumeración anterior de la división de las obligaciones no es exhaustiva, tenemos también obligaciones puras y simples y otras que están sujetas a una modalidad; obligaciones principales y accesorias; obligaciones ciertas e inciertas; obligaciones alternativas y facultativas, etc.

LECCIÓN III

LOS CONTRATOS EN GENERAL

9. DEFINICIÓN DE CONVENIO Y DE CONTRATO. 10. DESARROLLO HISTÓRICO DE LOS CONTRATOS. 11. ELEMENTOS ESENCIALES Y ACCIDENTALES DEL CONTRATO. 11-A. REGLAS PARA INTERPRETAR LOS CONTRATOS. 12. CAUSAS DE INEFICACIA. 13. CONVALIDACIÓN Y CONVERSIÓN.

9. DEFINICIÓN DE CONVENIO Y DE CONTRATO

El término convenio puede definirse como simple acuerdo de voluntades que, sin ser un contrato, produce consecuencias jurídicas en orden al nacimiento, modificación o extinción de obligaciones. El convenio es el consentimiento de dos o más personas que se ponen de acuerdo respecto a un objeto determinado —et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus—. Las partes que celebran un convenio pueden proponerse crear, modificar o extinguir un derecho. Las partes que celebran un pacto casi siempre se proponen crear o extinguir una obligación, aunque no siempre alcancen su finalidad, pues si el consentimiento no ha sido revestido de una forma solemne ni acompañado de un acto material no presenta un carácter suficiente de certidumbre, de ahí esta sentencia *ex pacto actio neque nascitur neque tollitur* —el pacto no dará acción ni la quitará—, pero en derecho natural si el objeto de la convención es lícito, el que se ha comprometido está obligado aunque su acreedor no tenga acción para coaccionarlo.

D.50.12.3

El convenio tiene mayor extensión que el contrato, de modo que todo contrato es una convención, pero no toda convención será contrato.

Los contratos, por lo mismo que son la obra común y consciente de dos o más partes, son también la más usual de las fuentes de las obligaciones y la única verdaderamente normal.

Los jurisconsultos no se preocuparon en definir a los contratos, aunque pusieron un gran celo en clasificarlos y en precisar el carácter distintivo de cada uno de ellos.

G.3.89, D.44.7.1.1

Podemos dar una definición de los contratos, diciendo que son unas convenciones destinadas a crear obligaciones, que han sido sancionadas y nombradas por el derecho civil. En el fondo de todo contrato, como elemento vital y esencial, se encuentran dos cosas: una convención o pacto, es decir, el consentimiento de dos o más personas; después, como un fin inmediato de esta convención, la creación de una o varias obligaciones. Pero no creamos que siempre que las partes lo quieran se puedan crear obligaciones, hay unas reglas tan antiguas como el mismo Derecho Romano, que dicen que el simple acuerdo de las partes no tiene virtud para obligar —*nuda pactio obligationem non parit et ex pacto actio non nascitur*—. ¿Qué hace falta entonces para que una convención devenga obligatoria? Es necesario que el legislador la haya distinguido de las demás convenciones sancionándola con una acción y, como consecuencia, es necesario que la haya nominado; de manera que todo contrato presenta las siguientes características: 1. Contiene una convención, 2. Esta convención tiende a obligar, 3. Lleva un nombre técnico, ha sido nominada, 4. Da una acción: "Las que engendran acciones no se llaman simplemente convenciones, sino que pasan a tener el nombre de un contrato..."

D.2.14.7.1 y D.2.14.1.2

10. DESARROLLO HISTÓRICO DE LOS CONTRATOS

Los diversos contratos van naciendo y perfeccionándose paulatinamente en la vida jurídica romana, reflejando su avance. Los contratos del derecho civil primitivo tienen una fisonomía distinta a la de los contratos de buena fe, posteriores en fecha; en un principio los romanos fueron eminentemente agricultores y guerreros: ruda y tosca era su vida: rudos y toscos eran sus contratos. Posteriormente, al contacto con otros pueblos, su modo de ser varía, reflejándose este cambio en el desarrollo de los contratos: se separan del formulismo y rigor antiguo, para acogerse más a la buena fe y a la equidad.

A fines de la República se distinguían cuatro clases de contratos —aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu—, los que se perfeccionaban por la entrega del objeto, por las palabras, por las menciones escritas y por el simple consentimiento.

G.3.89, I.3.13.2

Parece que la manera más antigua de obligarse fue por el nexum, que se hacía por medio del cobre y de la balanza, fijando el acreedor por una declaración la naturaleza del acto y estableciendo una condena —damnatio— para el deudor en caso de incumplimiento de la obligación, condena que autorizaba al acreedor el empleo de la manus iniectio contra su deudor. Después del nexum viene la sponsio, contrato que se celebraba verbis, por un intercambio de palabras: el acreedor hacía una pregunta al deudor: Spondesne dare decem aureos? —¿Prometes darme diez sólidos?—, a la que contestaba el deudor: Spondeo —Me comprometo—, obligándose en esa forma.

G.3.136, I.3.15.1, D.45.1.5.1

En seguida viene el contrato litteris, donde las menciones escritas llenan el cometido que las palabras jugaron en la sponsio. En lugar de fórmulas que se recitan, tenemos aquí fórmulas que se escriben y son éstas las que se ajustan al consentimiento de las partes manifestándolo, sirviendo de causa a la obligación.

G.3.128

Los anteriores contratos pertenecen al derecho civil antiguo, son solemnes, formales y unilaterales, en un principio eminentemente quiritarios, aunque más tarde los contratos verbis y litteris pudieron utilizarse por los peregrinos.

Tocó después su lugar a los contratos re, que se perfeccionan por la entrega de la cosa. Se consideró que aquel que recibía un objeto, aunque no hubiera habido formalidades, estaba obligado a su restitución y durante mucho tiempo así lo sancionaron los usos y la costumbre antes que el legislador. El primero es el mutuum o préstamo de consumo, contrato que engendra una obligación de derecho estricto; pero los otros tres contratos de este grupo —comodato, depósito y prenda— son de buena fe, sinalagmáticos imperfectos.

Finalmente, aparecen los contratos consensuales —compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato— que se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes, son de buena fe, sinalagmáticos perfectos, a excepción del mandato, que es sinalagmático imperfecto.

G.3.136, D.44.7.2.pr. y 1

Todos esos son los contratos nominados que estuvieron en vigor en la época clásica si exceptuamos al nexum que pronto cayó en desuso. En la misma época clásica se van configurando los así llamados contratos innominados —por no estar dentro del cuadro de los nominados— y que parece que fueron plenamente sancionados hasta tiempos de Justiniano.

Los contratos de derecho civil son netamente romanos, aunque como hemos dicho, después hubieron de aplicarse a las relaciones con los peregrinos. Los contratos reales y los consensuales tienen un carácter de universalidad por tener su origen en el derecho de gentes. Los contratos de buena fe tienen una función específica, cada uno de ellos se aplica para un negocio determinado; los del derecho civil sirven para infinidad de negocios, son formas de las que se valen las partes para hacer nacer obligaciones. El contrato litteris se aplica a obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero; la sponsio —contrato verbis— es de aplicación más amplia y se adapta a toda suerte de operaciones, de manera que cualquiera otro contrato fácilmente podía reducirse a uno o dos contratos verbis, como la compraventa; las obligaciones ya existentes también podían convertirse en obligaciones ex stipulatu.

11. ELEMENTOS ESENCIALES Y ACCIDENTALES DEL CONTRATO

Los jurisconsultos romanos nunca se ocuparon de hacer un estudio sistemático de los elementos del negocio jurídico, aunque tratan de ellos en sus numerosos escritos; tampoco unificaron su criterio para formular un vocabulario común, pero tienen el mérito de haber sentado las bases para que siglos después vinieran los jurisconsultos modernos y elaboraran la grandiosa teoría del acto jurídico.

El contrato para que sea tal debe contener una serie de elementos que se denominan esenciales o de validez, al lado de

éstos puede llevar o no llevar elementos accidentales. Los elementos esenciales del contrato son los sujetos, el consentimiento de las partes, el objeto, la causa y la forma, éstos serán vistos a continuación y cuando se estudien las distintas clases de contratos ya no se hará mención de ellos, sino que tan solo se verán sus elementos particulares o característicos.

Los elementos accidentales son aquellos por los cuales los efectos del contrato se subordinan a un acontecimiento futuro por la naturaleza misma del contrato celebrado o por la voluntad expresa de las partes. Estos elementos son el término, designado en latín jurídico como *dies*, la condición y el *modus* o carga que se impone a una de las partes, además, la *accessio* para la constitución de un *adiectus solutionis gratia* —persona encargada de cobrar.

11.A. REGLAS PARA INTERPRETAR LOS CONTRATOS

Diseminadas a lo largo del Digesto encontramos varias indicaciones para la interpretación correcta de los contratos, dadas entre otros jurisconsultos, por Papiniano, Ulpiano, Paulo, Pomponio, Iulianus, Florentino y Celso:

En las convenciones y contratos se debe buscar cuál ha sido la común intención o voluntad de las partes contratantes, más que las palabras por ellos expresadas.

D.50.16.219

Cuando las palabras de un contrato son ambiguas, es lo más práctico interpretarlas con el objeto o fin de procurar se consiga el resultado del negocio querido por las partes. Admiten los antiguos que un pacto oscuro o ambiguo perjudica al vendedor y al arrendador, en cuyo poder estaba el redactar una cláusula más clara, por cuyo motivo ésta debe interpretarse en el sentido más favorable para el declarante.

D.45.1.80, D.2.14.39 y D.5.1.66

Cuando en un contrato los vocablos son susceptibles de tener varios sentidos, se debe interpretarlos de acuerdo con el sentido que mejor convenga a la naturaleza del contrato.

En las estipulaciones y demás contratos, debe atenderse a lo que se ha querido hacer, y si esto no resultare muy claro, será conveniente seguir lo que es más usual en el lugar en

que se celebró el negocio. El uso tiene una autoridad tan grande en cuanto a la interpretación de los contratos, que en todo contrato se sobreentienden las cláusulas que son usuales, aunque no se hallen expresadas, como las de garantía contra la evicción y los vicios ocultos en la compraventa.

D.50.17.34

En los contratos cuando se indaga qué se ha convenido, las palabras deben interpretarse en contra del estipulante y a favor del promitente, pues el estipulante pudo haberse expresado con mayor claridad.

D.45.1.38.18 y 99

Todo lo que sirve para agravar la obligación, si no se declara expresamente, deberá tenerse por no puesto.

D.45.1.99

En caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra aquel que ha estipulado para obtener un beneficio y en alivio del que ha contraído la obligación, para evitarle un perjuicio.

D.50.17.41.1

Por extensos que sean los términos en que se haya contratado, no comprenderán más que las cosas por las cuales las partes contratantes han entendido contratar, y no aquellas en las que no han pensado.

D.2.15.9.3

Si se añade a la estipulación algo extraño y que nada tiene que ver con el acto que se está haciendo, se tiene como superfluo o inútil y no invalidará la obligación.

D.45.1.65

En los contratos como regla general, hay que estar a las palabras y pocas veces habrá que interpretar que se implica en lo dicho un plazo o una condición, y nunca el nombre de una persona, a no ser que se señale expresamente.

D.45.1.126.2

Si la cosa objeto del contrato se denomina con distintos nombres de idéntica significación —sinónimos—, no invalida la obligación el hecho de que cada parte use una expresión distinta.

D.45.1.136

Cuando no hay ambigüedad en los términos, no debe admitirse la cuestión de interpretar la voluntad de las partes.

D.32.25.1

12. CAUSAS DE INEFICACIA

El negocio jurídico adolecerá de ineficacia o de invalidez cuando tiene faltas o vicios graves, esto es, cuando no cuenta con uno o varios de sus elementos esenciales, en estos casos se dice que es nulo y no producirá los efectos jurídicos deseados por las partes. Por la nulidad el negocio no produce sus efectos propios, aunque puede producir otros efectos: el pago hecho en virtud de un negocio nulo puede dar lugar a la *condictio indebiti*. En caso de nulidad la ineficacia del negocio jurídico es total y puede ser invocada por cualquiera de las partes o por un tercero afectado.

El negocio jurídico es anulable cuando reúne los requisitos esenciales para su existencia, pero alguno de los elementos de validez tiene un vicio, por el cual se autoriza a la parte afectada a pedir que se le prive de eficacia; esto puede lograrse, cuando el contrato no ha sido ejecutado y se pide su cumplimiento mediante una *exceptio*, pero si el negocio ya se realizó, se puede pedir la rescisión del acto. Si no se objeta el negocio jurídico que es anulable, produce normalmente sus efectos entre las partes. Los medios de anulabilidad del negocio por lo común son ofrecidos por el derecho pretorio: *actio* y *exceptio doli*, *quod metus causa*, etc.

13. CONVALIDACIÓN Y CONVERSIÓN

Sólo es posible hablar de convalidación cuando el contrato reúne sus elementos esenciales o de validez, es decir, que el acto no es nulo, pero puede ser anulado, sólo que en este caso las partes no desean resolverlo, sino darle plena eficacia; para esto cuentan con varias vías: 1. Dejar transcurrir el tiempo del que disponían para impugnarlo, como cuando la acción es anual y pasa el año sin que se ejercite; 2. Ratificar o confirmar, renunciando expresamente a los medios procesales de los que se dispondría para anular el contrato; 3. Remover el vicio de que adolecía el contrato.

La conversión se da cuando las partes no alcanzan el efec-

to deseado en un negocio, por adolecer éste de algún vicio, pero ese mismo negocio sería válido en otro orden, así una *acceptilatio* que sería nula por cierto defecto en su forma, puede valer como *pactum de non petendo* si así lo acuerdan las partes.

D.46.4.8 y 19

LECCIÓN IV

LOS SUJETOS

14. LA CAPACIDAD DE LAS PARTES. 15. PLURALIDAD DE LOS SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS. CORREALIDAD. 16. SOLIDARIDAD. 17. LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO ROMANO. 18. CONTRATOS A FAVOR DE TERCEROS.

14. LA CAPACIDAD DE LAS PARTES

En la celebración de los negocios jurídicos intervienen dos o más personas, que toman unas el carácter de acreedor y otras el de deudor, pero para esto es necesario que sean capaces para obligarse. La capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción y en cada caso especial es señalada por la ley.

La capacidad es el estado de una persona que puede consentir y a cuyo consentimiento se le da validez bajo la sola condición de que se manifieste en la forma exigida por la ley. Son incapaces aquellos a quienes la ley anula el consentimiento, aunque su manifestación sea real y revestida de las formas legales. En materia de capacidad tenemos la de goce y la de ejercicio. La capacidad de goce la tienen todos los hombres libres ciudadanos romanos, independientemente de su edad; la capacidad de ejercicio sólo la disfrutaban los mayores de edad varones; las mujeres, los menores de edad y los dependientes —*alieni iuris*— la tienen restringida.

El hombre libre es sujeto de derechos, por el contrario, el esclavo es objeto de derechos: sobre él su amo ejerce el derecho de propiedad quiritaria o bonitaria. El esclavo no tiene ninguna capacidad jurídica y si actúa en los negocios jurídicos es porque su amo le presta su personalidad para que obre.

Se tratará aquí de las incapacidades generales, pues las particulares serán vistas cuando se haga el estudio del contrato correspondiente.

El ciudadano romano ingenuo goza de todos los privilegios

que le otorga su calidad, pero son incapaces los impúberes, los pródigos interdictos y los locos —*furiosi*—. En el antiguo derecho son incapaces las mujeres púberas, colocadas en tutela y muy probablemente, en el Bajo Imperio, los menores de veinticinco años provistos de un curador. Conviene señalar que su incapacidad es establecida tanto para protegerlos contra los arrebatos de su inexperiencia y ligereza, como para evitar que consuman su patrimonio en perjuicio de sus herederos legítimos. La incapacidad de estas personas se restringe a los actos que pueden comprometer su patrimonio; pero su incapacidad es remediada por la *auctoritas* del tutor o por el *consensus* del curador. Cuando terminó la tutela perpetua de las mujeres púberas, sólo se les prohibió la *intercessio pro alio* —afianzar a un tercero— por disposición del *SC Velleiano*. Sólo los infantes y los impúberes *alieni iuris* —sometidos— no pueden ser relevados de su incapacidad, los unos por carecer por completo de voluntad, los otros porque no tienen necesidad de obligarse. No figuran entre los incapaces los hijos de familia, pues si contratan, el crédito es adquirido por el *paterfamilias*; la deuda recae en su *peculio*, si lo tienen.

G.3.104, 106, 109, I.3.19.8 y ss., D.45.1.6, D.44.7.39, Ulp.11.27

Los *latini veteres* —los antiguos latinos—, podemos equipararlos con los romanos en cuanto a capacidad se refiere, no así a los libertos manumitidos en forma solemne que en el orden privado no gozaban del *connubium* con las familias senatoriales y en el orden público no podían desempeñar las magistraturas.

Los latinos de las colonias —*colonarii*— perdían su calidad de ciudadanos romanos, salvo cuando la colonia era romana, en cuyo caso conservaban su capacidad.

Los latinos junianos, fueron creados por la ley *Iunia Norbana*, la que los asimiló a la condición de los latinos de las colonias; de donde se sigue que están privados de derechos políticos y en el orden privado no tienen *connubium*, pero sí el *ius commercii*, aunque limitado en el orden sucesorio.

Los peregrinos son los habitantes de los pueblos independientes y los extranjeros que están sometidos a la dominación romana; entre estos peregrinos, la mayoría pertenecen a una ciudad determinada, los demás no tienen ningún derecho de

ciudadanía, como son aquellos que la han perdido por efecto de una condena y también los libertinos dedicticios. Los peregrinos no gozan de ninguna de las ventajas que confiere la ciudadanía romana, pero fueron tan numerosos que se nombró un pretor peregrino para que les impartiera justicia.

El peregrino tiene su personalidad reconocida no solamente por el derecho natural, sino también por el derecho de gentes. Puede, por tanto, figurar como acreedor o deudor en todos los contratos del derecho de gentes y, a menos de haber recibido, como los latinos, el beneficio del *commercium*, no podrá figurar en los contratos civiles, eminentemente quiritarios, aunque posteriormente pudieron utilizar la estipulación.

Finalmente, entre los incapaces, sin ninguna personalidad, tenemos a los esclavos. In *personam servilem nulla cadit obligatio* —el esclavo no es capaz de obligarse—, la incapacidad del esclavo no es más que una consecuencia del principio que ve en él una cosa, en lugar de una persona. Cualquier papel que desempeñen en una convención será nulo, pero el interés práctico vio en el esclavo un instrumento útil para adquirir y pudieron contratar con el consentimiento de sus amos, haciéndolos en estos casos adquirir el crédito, pero no podían obligarlos a comprometer su patrimonio, de donde un amo poco escrupuloso podía desconocer los tratos hechos por su esclavo que le comprometieran y aceptar sólo los que le beneficiaran, situación que corrige el pretor con las acciones *adiectitiæ qualitatis*. El esclavo se obliga válidamente por sus delitos y naturalmente por sus actos lícitos.

D.50.17.22, D.44.7.14, G.3.104

15. PLURALIDAD DE LOS SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS. CORREALIDAD

Lo corriente es que el lazo obligacional se forme entre sólo dos personas: uno acreedor y el otro deudor; pero hay ocasiones en que puede haber un acreedor y varios deudores, varios acreedores y un solo deudor y varios acreedores y varios deudores también; en estos casos, siguiendo el derecho común, la deuda se repartía entre ellos, pues se trata de acreedores y de deudores conjuntos. Este estado no prestaba beneficios a la parte activa de la obligación, pues el acreedor tenía que dividir su persecución entre los deudores que hu-

biera y éstos sólo respondían de la parte proporcional del crédito.

I.3.16

Utilizando la *stipulatio* podía crearse una situación diferente: que siendo un solo objeto debido por varios deudores, el acreedor pudiera reclamarlo todo a un deudor y el pago de éste liberaba a los demás, o, habiendo un solo objeto debido a varios, cada acreedor podía reclamarlo todo y el pago hecho a uno de ellos extinguía el crédito de los demás. Al referirse a esta situación un texto de Ulpiano en D.34.3.3.3., utiliza la palabra *conreus*: *ne etiam conreus meus liberetur... dum a conreo meo petitur* —no también quede liberado mi codeudor... cuando se reclame de mi codeudor—, por lo que a esta situación especial se le designó como correalidad.

I.3.16.1, D.45.2.9 y 4

Lo que caracteriza a las obligaciones correales es la unidad de objeto y la pluralidad de vínculos. La unidad de objeto requiere que la cosa debida sea una e idéntica para todos por lo que toda causa que extinga al objeto produce un efecto absoluto para todos los acreedores y los deudores: a aquéllos les extingue su crédito y a éstos los libera de su obligación. La pluralidad de vínculos señala que hay una relación distinta entre cada deudor y el acreedor, por lo que la nulidad de un vínculo no impide la validez de los restantes.

D.45.2.19

Cuando existe un acreedor y varios deudores correales, cada deudor está obligado por un vínculo distinto y en su relación con el acreedor es como si estuviera solo, por lo que el acreedor puede exigirle el pago y el pago hecho por este deudor, al extinguir el objeto que es único, liberará a sus codeudores. Si el acreedor no obtiene el pago de éste, puede dirigirse a otro deudor, pero si la persecución es judicial, la *litis contestatio* produce su efecto extintivo, el acreedor ha consumido su derecho, el objeto de la obligación se transforma en uno nuevo y ya no podrá obrar en contra de los demás deudores; pero este inconveniente se obvió por acuerdo de las partes.

C.8.40(41).28, D.45.2.2. y 16, D.21.2.51.4

Cuando hay un deudor y varios acreedores correales, el deudor puede pagar al acreedor de su elección, como el objeto debido es único, el derecho de los demás acreedores se extingue. Si uno de los acreedores demanda al deudor, la *litis contestatio* produce su efecto ordinario y el derecho de los demás acreedores se extingue.

D.45.2.2., I.3.16.1

Relaciones de los acreedores y de los deudores correales. El deudor que ha pagado pagó lo que debía, el acreedor que recibió el pago no debe nada a los coacreedores, la correalidad por sí misma no les da ningún recurso, pero puede haber entre ellos otras relaciones que les permitan obrar entre sí; frecuentemente se da en estos casos la sociedad, un estado de indivisión, la correalidad testamentaria cuando el testador ha legado una misma cosa a varios.

C.8.40(41).2, D.45.2.9

Cuando había varios copromitentes —deudores— se le permitió al perseguido por el acreedor que no le pagara a menos que éste le cediera sus acciones, así le era fácil repetir en contra de los codeudores sin tener que demostrar la relación que hubiera entre ellos, por otra parte, a más de sus acciones propias contaba con las acciones del acreedor que podían tener mejores garantías.

D.35.2.62, D.45.2.2, D.21.2.62

La correalidad entre deudores era una comodidad para el acreedor y una seguridad, lo primero porque con una sola persecución obtenía lo que le era debido, lo segundo porque podía dirigirse en contra del deudor más solvente. A los deudores correales les era más fácil encontrar crédito. La utilidad práctica de la correalidad entre acreedores era menor, de ahí que se usara poco, sin embargo, era conveniente para cuando el acreedor estaba ausente, pues su acreedor correal sí podía perseguir al deudor.

16. SOLIDARIDAD

En el siglo pasado se suscitó una gran controversia acerca de las obligaciones correales y las solidarias, hasta que final-

mente se aclaró que esa confusión provenía de las alteraciones e interpolaciones hechas en los textos clásicos por los compiladores de Justiniano.

Las investigaciones han llegado a dilucidar que la correalidad provenía principalmente de los contratos, hechos lícitos, y que se extinguían por su cumplimiento y por la *litis contestatio* cuando había persecución contra algún deudor. En cambio, las obligaciones solidarias derivan de hechos ilícitos como los delitos y otros, no se extinguen por la *litis contestatio*, sino por su cumplimiento exacto, por lo que prestan una mayor garantía al acreedor.

17. LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO ROMANO

La representación jurídica aparece tardamente en el Derecho Romano, pues no había necesidad de ella, el derecho civil reconocía al *paterfamilias* y a sus sometidos como una persona y bien pronto se admitió que el jefe pudiera adquirir la posesión y la propiedad al través de ellos, después pudo adquirir los demás derechos reales en esa forma y de este terreno se pasó al de los derechos de crédito, por otra parte, el negocio jurídico sólo producía sus efectos entre las partes que hubieran tenido intervención en él. Las excepciones a esta regla constituyen la representación.

La representación puede ser *a)* directa, cuando el acto realizado por el representante recae inmediatamente en la persona del representado, el Derecho Romano aceptó lentamente esta clase de representación, la cual se daba cuando el *paterfamilias* actuaba al través de sus sometidos y muchas veces no sabía lo que éstos hacían, por lo que en ocasiones intentaba desconocer lo contratado en perjuicio de los terceros, el pretor auxilia a éstos con las acciones *adiectitiæ qualitatis*. *b)* Indirecta, cuando el acto celebrado recae en el representante, quien posteriormente pasa sus efectos al representado, como acontece en el mandato romano.

En el sistema de las acciones de la ley el ciudadano romano no pudo hacerse representar por otro, pocas fueron las excepciones: *pro populo*, *pro liberate*, *pro tutela*, *ex lege Hostilia*, cuando en caso de hurto un tercero actúa en interés del ausente. Posteriormente, en los procesos formulario y extraordinario, el ciudadano pudo ser representado *a)* por un *cognitor*, quien

era investido de tal carácter ante el adversario y en presencia del magistrado, *b*) por un procurator, que era constituido sin ninguna formalidad, por lo que el tercero afectado solía pedirle *cautio ratam rem dominum habiturum*, esto es, que le garantizara que el dominus —representado— aceptaría el resultado del negocio.

D.46.7.3.2

18. CONTRATOS A FAVOR DE TERCEROS

El contrato debe producir sus efectos normalmente entre las partes que en él intervienen, de ahí que el derecho clásico pronunciara la nulidad de estos negocios a favor de terceros; si B estipula a A pagar a C algo, esta estipulación era nula y ni A ni C tenían acción en contra de B, el contrato valía sólo en la hipótesis en que A estuviera bajo la potestad de C. La razón de la nulidad de este contrato estriba en que el derecho clásico excluía el principio de la representación directa: *per extraneam personam adquiri nobis non potest* —no podemos adquirir por mediación de una persona ajena—. Pero posteriormente este principio admitió excepciones, así, cuando alguien se hace estipular una prestación en favor de tercero y él se halla obligado por precedentes negocios a procurar al tercero idéntica prestación, este contrato era válido, admitiéndose el principio de que cuando el estipulante tuviera algún interés en el cumplimiento de la prestación en favor de tercero, el contrato sería válido. Este principio fue reforzado mediante un artificio creado por la jurisprudencia: el de la *stipulatio poenae*, en el ejemplo señalado arriba, B promete a A pagar algo a C, A le hace estipular a B que le satisfará a título de pena determinada cantidad si no ejecuta en favor de C la prestación que ha convenido; así se fijaba de antemano el interés de A en la ejecución del contrato y aseguraba su rescaramiento para el caso en que B no cumpliera en favor de C.

I.3.19.3 y 4, D.45.1.38.22, D.45.1.83

LECCIÓN V

EL CONSENTIMIENTO

19. EL CONSENTIMIENTO. 20. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. 21. DESARROLLO DE LA LÆSIO.

19. EL CONSENTIMIENTO

El consentimiento es el acuerdo de las voluntades de las partes que se entienden para producir un efecto jurídico determinado. Este acuerdo debe emanar de todas ellas, la oferta unilateral, *policitación*, no obliga por regla general mientras no haya una aceptación de la otra parte. El consentimiento debe ser real, manifestado por signos exteriores que provengan de las personas capaces, no existirá si proviene de personas que no tienen voluntad como el loco y el menor de edad —*furiosum*, *sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est. Huic proximus est, qui eius ætatis est, ut nondum intellegat, quid agatur.*

D.44.7.55, G.3.106

Veamos con más detalle los casos en los cuales falta el consentimiento de las partes:

Faltará el acuerdo cuando las dos partes o una de ellas se encuentra en la imposibilidad de consentir, lo que acontece en caso de locura, embriaguez completa o cualquiera otra circunstancia que perturbe las facultades. Tampoco habrá consentimiento: *a*) cuando las partes podían consentir, pero no lo han querido, como cuando una desea que la otra se obligue bajo condición y ésta acepta pura y simplemente o a término: "Si se le hubiera preguntado insertando una condición y respondiera sin ella, ha de decirse que el promitente no queda obligado"; *b*) cuando el objeto de la obligación es substituido por otro: "Si estipulo un esclavo, pero yo estoy pensando en uno y tú en otro, el acto es nulo, pues la estipulación se funda

en el acuerdo de las partes"; c) cuando el objeto de la obligación es aumentado o disminuido: "Cuando el promitente añade o quita algo a lo dicho en la estipulación, debe admitirse que la obligación es inválida."

D.45.1.1.3, D.45.1.137.1

Faltará también el acuerdo cuando las partes han creído consentir, pero un error ha destruido su consentimiento. Algunos textos aislados y tomados a la letra hacen creer que los juriconsultos consideran sin distinción al error como destructivo del consentimiento y como oponiéndose a la formación del contrato in omnibus negotiis contrahendis... si error aliquis intervenit... nihil valet quod acti sit —en todos los negocios que se contratan... si hay algún error... no es válido lo actuado— y non videntur qui errant consentire, no parecen consentir los que se equivocan. Pero si hay errores que anulan el acuerdo de las voluntades, hay otros que no ejercen influencia sobre él y que aún contribuyen a determinarlo. Los textos citados pecan de un exceso de generalidad, por lo que debemos trazar con precisión la línea entre los errores que impiden la formación del contrato y aquellos que no la impiden.

D.44.7.57

a) *Error sobre la naturaleza del contrato.* El error sobre la naturaleza del contrato, que no es posible más que en los contratos no formales, se presenta cuando una de las partes ha querido hacer un acto y la otra parte ha querido hacer uno distinto. Hay error sobre la naturaleza del contrato cuando, por ejemplo, entrego una suma de dinero con la intención de hacer un depósito y el que la recibe cree que se la doy en mutuo; en este caso no habrá ni depósito ni mutuo, y de una manera general, en cualquiera hipótesis semejante no habrá nada de hecho. —Si ego quasi deponens tibi dederó, tu quasi mutuum accipias, nec depositum nec mutuum est.

D.12.1.18

b) *Error sobre la identidad de la persona.* El derecho clásico considera el error sobre la identidad de la persona con la que se cree tratar, como acarreado la falta de consentimiento y por tanto la nulidad del contrato; así, cuando se recibe di-

nero prestado de una persona, creyendo recibirlo de otra, no se forma el contrato de mutuo: "Si nos rogaras a Ticio y a mí que te prestáramos una cantidad, y yo autorizase a mi deudor para que te la prometiera y tú estipularas creyendo que era el deudor de Ticio ¿quedarás acaso obligado a mi favor? Lo dudo, si es que no has contraído negocio conmigo." También este error, un poco raro en la práctica, se puede presentar en los contratos donde el consentimiento de una de las partes puede ser transmitido a la otra por mediación de un tercero, por ejemplo, creo que el nuncio me lleva el consentimiento de A, cuando en realidad el que me lleva es el de B; una razón obvia impide aquí la formación del contrato: es imposible decir que las dos partes tratan la una con la otra.

D.12.1.32

c) *Error sobre el objeto.* Esto es, el error sobre la identidad de la cosa que debe formar el objeto de la obligación. Así, en una venta de esclavos, el comprador cree que se trata de Stico, mientras que el vendedor cree que debe entregar a Pánfilo. Este error puede suceder en todos los contratos —de derecho estricto o de buena fe— y entraña su nulidad, porque si así no fuere, sería necesario, para determinar el objeto de la obligación, seguir la voluntad de una de las partes y excluir la de la otra.

D.18.1.9, I.3.19.23

d) *Error sobre el precio.* Este error no se concibe más que en los contratos que engendran obligaciones recíprocas, de las cuales una tiene por objeto al dinero. Si yo te alquilo un terreno en diez y tú piensas que es en cinco, no habrá contrato; si te lo alquilo en diez y tú crees que es en quince, habrá contrato, pues si has consentido en pagar quince con mayor razón aceptarás pagar diez.

D.45.1.1.4 y 83.3, G.3.102

e) *Error sobre la substancia.* Se llama así al error que se comete sobre la composición de la cosa que es el objeto de la obligación; por ejemplo, si prometo un lingote de oro que yo creo es de cobre. Este error no impide que las partes estén de acuerdo y que el contrato se forme, solución que se aplicaba a los contratos de derecho estricto; pero en los con-

tratos de buena fe, regulados por la equidad, la sentencia de Ulpiano está por la nulidad del contrato, contra el parecer de Marcelo.

D.18.1.14

f) *Error sobre la calidad*. Es cuando se conoce la substancia, por ejemplo, un ligote de oro, pero la calidad es superior o inferior a la que se creía. Este error es menos grave que el anterior y es válido el contrato. —Si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet—. Aunque cuando estamos de acuerdo respecto al objeto, pero disintimos acerca de la calidad, vale el contrato, debe procurarse que no se perjudique ninguna de las partes.

D.18.1.10 y D.19.1.21.2

20. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Las dos causas principales y según algunos intérpretes las únicas que vician el consentimiento sin hacerlo desaparecer, son el dolo y la violencia. El dolo induce a una de las partes al error y la violencia la hace caer en un estado de miedo o de terror, sin los cuales no contrataría jamás, o lo haría, pero bajo condiciones más favorables.

D.4.2.1. y D.2.3.1.5

El dolo son las maquinaciones o manejos fraudulentos empleados por una de las partes —o por un tercero— para engañar a la otra con el fin de determinarla a dar su consentimiento en un negocio jurídico. Servio definió así el dolo malo: "Cierta maquinación para engañar a otro, de simular una cosa y hacer otra"; Labeo lo define como "toda malicia, engaño o maquinación para valerse de la ignorancia de otro, engañarle o defraudarle."

D.4.3.1.2

La violencia se manifiesta en actos de fuerza material o moral y que para tomarse en cuenta en esta materia deben hacer impresión en un hombre firme o inalterable para hacerlo dar su consentimiento: "Diremos que este edicto se refiere no al miedo de un hombre pusilánime, sino al que tiene con motivo suficiente un hombre muy sereno." Es manifiesto que el consentimiento subsiste a pesar del dolo o de la vio-

lencia, pues equivocado o coaccionado el contratante ha consentido —quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui—. Con un poco más de destreza o con menor confianza, se hubieran podido descubrir los artificios con los cuales se ha sido engañado; con un poco más de firmeza o valor, se hubiera podido resistir a la violencia.

D.4.2.21.5

21. DESARROLLO DE LA LESIO

El derecho civil no consideraba al dolo y a la violencia como un obstáculo para la validez del contrato, pues éstos eran en pequeño número y estaban rodeados de solemnidades que garantizaban la libre expresión del consentimiento; además, su fórmula era sencilla y expresaba fielmente el objeto del contrato. En los contratos de buena fe, de aceptación posterior, los árbitros podían atenuar los efectos de la obligación si el consentimiento del deudor había sido viciado. Por lo que hace a los contratos del derecho civil, interviene el pretor:

a) Si se trata de dolo, éste o 1. emana de un tercero, y entonces el contrato se ejecuta como si no hubiera sido viciado el consentimiento, pero se puede perseguir al tercero por la *actio doli* y por la *exceptio* en su caso, para que repare el perjuicio causado, o 2. emana de una de las partes y aquí debemos distinguir cuál es la parte engañada: si es el estipulante, le es dada la acción de dolo para obtener la reparación; si es el promitente, si le es exigida la ejecución del contrato, se defenderá por la *exceptio doli mali* y si ha cumplido antes de haber descubierto el dolo, podrá hacerse indemnizar por la *condictio indebiti*.

D.44.4.2.1, D.45.1.22 y 36

b) Si se trata de violencia, la complicación es menor: cualquiera que sea el autor de ella —una de las partes o un tercero—, compete la acción *quod metus causa* al perjudicado, tanto en contra del tercero, como en contra de la parte que se ha aprovechado de ella; y si la víctima es el promitente, bastará la excepción *quod metus causa* para rechazar la demanda del acreedor.

D.44.4.4.33, D.4.2.9.3, C.8.38.5

El dolo y la violencia pueden también bajo ciertas condiciones dar lugar a una *in integrum restitutio*, recurso extraordinario, por el cual las cosas se restablecen al estado en que estaban antes del contrato.

D.30.84.5

LECCIÓN VI

EL OBJETO

22. EL OBJETO. 23. REQUISITOS DEL OBJETO DE LAS OBLIGACIONES. 24. LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA Y FACULTATIVA.

22. EL OBJETO

El objeto del contrato es la prestación a la cual se compromete el deudor para con su acreedor y a la que éste tiene derecho y sin la cual no sería concebible la obligación. Como los contratos sinalagmáticos hacen nacer varias obligaciones, habrá tantos objetos cuantas obligaciones nazcan. Así pues, el objeto de un contrato consiste en la creación de una o varias obligaciones, el hecho o la conducta del deudor hacia el acreedor —*id quod debetur*—. Paulo refiriéndose a la terminología de las fórmulas de las acciones para designar el objeto de las obligaciones dice que éste consiste en *dare*, *facere* y *praestare*, es decir, en la transferencia de un derecho real, un hecho personal o toda otra prestación. Así, pues, el objeto de la obligación consiste siempre en *dare*, *facere* o *praestare*. *Facere* y *praestare* tienen una significación amplia en la cual comprenden todo aquello que puede ser el objeto de una obligación. *Praestare* comprende una categoría especial de hechos: aquellos que se aplican a una cosa corporal sin exigir ni arte ni creación de ninguna especie: los hechos que consisten en poner de una manera más o menos completa una cosa corporal o incorporal a la disposición de un tercero sin hacerlo propietario. Una fórmula moderna simplifica esta materia grandemente, al decir que el objeto de la obligación consistirá en un acto positivo o negativo, en un hecho o en una abstención del deudor.

D.45.1.85, D.44.7.1.7, I.3.15

23. REQUISITOS DEL OBJETO DE LAS OBLIGACIONES

Siguiendo el contenido del número 22, ese análisis desbordó poco a poco la materia de los contratos y abarcó a todas las obligaciones; exigió del objeto de todas ellas ciertas cualidades sin las cuales no existirían. Estos requisitos son: 1 que sea lícito, 2 que sea posible, 3 que presente un interés para el acreedor, 4 que esté suficientemente determinado.

1. *Debe ser lícito el objeto.* El hecho positivo o negativo que constituye el objeto de la obligación debe ser lícito y no contrario a la moral. Como el derecho prohíbe los actos ilícitos, no podrá sancionar el cumplimiento de una obligación cuyo objeto sea ilícito, como consumir un robo, o la datio de una res divini iuris—la entrega de una cosa de derecho divino—: cum omnia quæ contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint— pues todo lo que se establezca contra las buenas costumbres en un pacto o en una estipulación, será nulo.

C.8.38.4

2. *Debe ser posible.* Hay un aforismo que dice impossibilium nulla est obligatio —nadie está obligado a lo imposible—. La imposibilidad puede ser física: como entregar una cosa que ya no existe; pero será válida la obligación que tenga como objeto entregar una cosa futura: una cosecha. La imposibilidad puede resultar de un precepto de derecho: como el comercio con las res divini iuris; esta imposibilidad debe contemplarse en el momento de la celebración del contrato, pues en ese instante debe de reunir todos los elementos esenciales para su validez. En todos estos casos, sea la imposibilidad física o legal, la obligación no nacerá, no habrá contrato y en consecuencia si el contrato es sinalagmático, por ejemplo una compraventa, la otra obligación no nacerá nunca: el comprador no deberá el precio y si ya lo entregó por error, podrá repetirlo.

I.3.19.1 y 2, D.18.1.8

3. *Debe presentar un interés para el acreedor.* La obligación no puede ser creada por puro capricho, como es una restricción a la libertad del deudor, debe procurar una ventaja

al acreedor y esta ventaja debe ser apreciable en dinero para el caso en que el deudor se niegue a cumplir. El objeto de la obligación debe presentar interés para el acreedor. El interés es la medida de las acciones procesales, si éste no existe no habrá acción, porque el juez, a falta del cumplimiento, debe condenar al deudor por el perjuicio causado, pero si el acreedor no tiene interés, no podrá condenar a nada.

D.40.7.9.2

4. *Debe estar suficientemente determinado.* El objeto de la obligación debe estar suficientemente determinado, tanto en su individualidad, si se trata de cosa específica, como en su peso y cantidad, si se trata de cosas genéricas, para evitar que el deudor reduzca su obligación a tal nivel que ya no preste interés para el acreedor.

24. LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA Y FACULTATIVA

Las obligaciones alternativas son aquellas en que se señalan varias prestaciones para que el deudor cumpla sólo con una de ellas; la elección normalmente le pertenece a él: el esclavo Stico o Pánfilo o diez sueldos de oro. Para que la obligación alternativa se extinga es preciso que todos los objetos perezcan; en el ejemplo anterior, si pereciere uno, el deudor elegirá para cumplir entre los dos restantes, si perecieren dos, la obligación se transformará en simple. La obligación será facultativa cuando, teniendo un único objeto —entregar por ejemplo una joya—, se le permite al deudor liberarse ipso iure cumpliendo con otra prestación —por ejemplo, dando una suma de dinero—. Aquí el objeto es único, pero el deudor puede liberarse cumpliendo con una prestación diferente; si el objeto —la joya—, pereciere, el deudor se liberará, no hay lugar a la substitución aunque el otro objeto subsista.

D.13.4.2.3, D.23.3.10.6

LECCIÓN VII

LA CAUSA

25. LA CAUSA. 26. LAS ACEPTACIONES DE ESTE TÉRMINO. 27. FRAUS LEGIS. 28. LA SIMULACIÓN.

25. LA CAUSA

Los romanos utilizan ampliamente la palabra *causa*, así, designa las fuentes mismas de las obligaciones, las formalidades que deben añadirse a la convención, el motivo jurídico por el cual las partes se han obligado. Los comentaristas ven en la *causa* el motivo que impulsa a hacer un acto, así como la *causa* determinante o fin que el deudor se propone al obligarse. En derecho antiguo el contrato valía con independencia de la *causa*.

Los romanos en su terminología jurídica emplean la palabra *causa* con bastante amplitud y en los más diferentes sentidos. La utilizan bien en derecho familiar, como en derechos reales, en los derechos de crédito; la emplean tanto en el derecho sustantivo como en el adjetivo, sin hacer nunca un estudio crítico sobre el término, como fue siempre su inveterada costumbre.

Los romanos no hicieron de la *causa* un elemento esencial para la validez de todo contrato, aunque con el transcurso del tiempo le fueron concediendo cada vez más importancia. Posteriormente la *causa* es el cuarto elemento que entra en la formación de los contratos, pero que al decir de algunos autores, no se necesitaba en todos los contratos, sólo en los llamados negocios causales, no así en los negocios abstractos, en los que bastaba que la forma exterior fuera perfecta.

Se entiende por *causa* la finalidad práctica que constituye la función económica-social que es típica del negocio que se realiza; así, en una *locatio conductio* es el disfrute temporal de un bien, por una *merces*, renta o alquiler. Desde el punto de vista del agente, la *causa* se diferencia de los motivos psi-

cológicos que le impulsaron a realizar el acto; es el último y más genérico motivo que persigue, a saber: obtener el fin práctico a que el negocio tiende.

No se puede concebir una obligación que no tenga objeto, una obligación para la cual no se pueda decir *quid debetur* —qué se debe—; al contrario, se puede muy bien concebir una obligación que haya sido contratada sin *causa*, que se declare válida sin preocuparse de la *causa* por la cual haya sido contratada, desde el punto de vista de saber *cur debetur* —por qué se debe.

Exigen una *causa* todos los contratos que merman el patrimonio, el que se desprende de un valor patrimonial a favor de otro persigue un fin jurídico determinado, que es lo que se llama *causa*.

La teoría de la *causa* en los contratos casi siempre ha sido materia de controversia. Los romanos no formularon una teoría de ella, aunque la conocieron. En el Derecho Romano encontramos que se concedió plena validez y eficacia jurídica a ciertos contratos con independencia de su *causa*; en el derecho antiguo quirritario, el contrato era válido con independencia de la *causa*, en virtud de la forma o solemnidad.

En el antiguo Derecho Romano, donde no había más que contratos formales, el contrato era válido independientemente de su *causa*; el deudor está obligado en razón del cumplimiento de la formalidad o solemnidad y sin ese cumplimiento no lo estará. El deudor se obliga por la solemnidad aun cuando la *causa* por la cual se ha obligado no exista en realidad; el contrato formal existe por sí mismo, independientemente de las razones que hicieron concluirlo: "pues frecuentemente sucede que alguno esté obligado por el derecho civil como cuando te he estipulado dinero y no me lo hubieres entregado, es indudable que ese dinero puede serme exigido por ti y es necesario que te lo de, pues te estoy obligado por lo prometido".

G.4.116

En el Derecho Romano posterior los contratos no formales tienen su vigencia subordinada a la existencia de una *causa* real y lícita y se ha terminado por subordinar a ella la eficacia de los contratos formales; así cuando el deudor está obligado sin *causa* o por una *causa* ilícita, puede oponer al acreedor una excepción de dolo; el derecho civil también vino en

auxilio del deudor obligado sin causa, ofreciéndole la *condictio sine causa* para liberarlo o restituirle el documento prueba del contrato; si ya ha ejecutado la obligación por error, puede reclamar por la *condictio indebiti*; cuando la causa es ilícita, el deudor que ha pagado podrá recuperar lo entregado por la *condictio ob turpem vel iniustam causam*.

C.4.7 y 9

26. LAS ACEPCIONES DE ESTE TÉRMINO

Entre los romanos, la palabra *causa* designa las fuentes mismas de las obligaciones civiles, así, los contratos y los delitos son causas de obligaciones —*ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est*— para que se entienda que el siervo es deudor del señor, o el señor deudor del siervo, se ha de atender a lo que se determina por causa civil.

Asimismo, la palabra *causa* designa las formalidades que deben añadirse a la convención para que ésta sea válida, así, en los contratos *verbis*, la *causa civilis* consistía en el uso de palabras preestablecidas en forma de pregunta y de respuesta. En los contratos literales, la *causa civilis* estribaba en la transcripción de un crédito en el *codex accepti et expensi* —libro de entradas y salidas—. En los contratos reales, la *causa civilis* consistía en haber el deudor recibido una suma de dinero u otra cosa a título de crédito. En los contratos consensuales la *causa civilis* era la especial naturaleza de la relación, que exigía que el contrato pudiera perfeccionarse independientemente de toda formalidad, por el simple acuerdo de las partes. *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem* —pero cuando no hay causa que acompañe la convención, aquí consta que no puede haber obligación.

D.2.14.7.4

La palabra *causa* también designa el motivo jurídico por el cual las partes se han obligado, así, en una compra venta, la causa de la obligación que contrata el vendedor es el pago del precio, y la del comprador es la entrega de la cosa.

Concretando, podemos decir que entre los romanos la palabra *causa* puede designar principalmente:

1º El fundamento jurídico de un acto o la fuente de un derecho, por ejemplo, de una obligación, como en la expresión *variae causarum figuræ (obligationum)*. —Distintos tipos de causas (de las obligaciones).

2º El motivo que mueve a una persona a hacer un acto (causa impulsiva). Por ejemplo, yo te hago una *datio* o una promesa a título de donación porque tú me has prestado servicios (causa pretérita) o porque tú me prestarás los servicios (causa futura). *Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam præteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est... ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit*. —Damos algo por una causa o para conseguir otra cosa; por una causa pasada, como cuando doy porque conseguí algo de ti o porque ha sido hecho algo por ti... se da para conseguir otra cosa, con el fin de que siga algo, no correspondiendo lo cual compete la repetición.

D.12.6.52

3º La causa determinante del acto, el fin esencial que el deudor se propone obligándose. Por ejemplo, yo hago una promesa (*spondeo*) o una *datio* por causa de préstamo (*credendi causa*), o una dote (*ob dotem*), o un cambio (*ob rem*). Esta es la causa final.

27. FRAUS LEGIS

Existe fraude contra la ley cuando, procurando dejar a salvo sus palabras o disposiciones, se pretende eludirla o hacer inoperante su precepto, como en el caso del testador que para burlar a la ley *Fufia Caninia* escribía en círculo los nombres de los esclavos a los que otorgaría la libertad. Puede considerarse negocio en fraude de la ley todo aquel que contraviene no sus palabras, sino su sentido y significado. *Paulo* señala con toda claridad: "Obra contra la ley el que hace lo que prohíbe, y defrauda la ley el que sin ir contra sus palabras obra contra la mente de ella", y añade *Ulpiano*: "Se comete fraude contra la ley cuando se hace lo que la ley no quiso, aunque expresamente no lo prohibió; y hay tanta diferencia

de obrar contra la ley, a hacerla fraude, cuanta se conoce entre las palabras y el sentido.”

D.1.3.29 y 30

28. LA SIMULACIÓN

Existe simulación cuando, puestas de acuerdo las partes, conciertan un negocio en el que regulan sus actos e intereses de un modo distinto del que, en realidad, ha de tener vigencia entre ellas, aparentando que persiguen un fin económico-social diverso del que efectivamente pretenden. De manera que en la simulación existen dos negocios: el aparente, que es el que verán los terceros, y el encubierto. En caso de controversia los que han simulado el negocio tratarán de arreglar sus diferencias ateniéndose al negocio encubierto, en cambio, los terceros —quienes desconocen el arreglo—, obrarán basados en el negocio aparente. Los contratos simulados no obligan en derecho, ni aún si son compras, ya que se simula una vinculación de hecho sin que sea verdad.

D.44.7.54

LECCIÓN VIII

LA FORMA

29. LA FORMA. NOCIONES HISTÓRICAS. 30. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE FORMA EN LOS NEGOCIOS.

29. LA FORMA. NOCIONES HISTÓRICAS

La forma son las solemnidades por las que las partes tienen que pasar, para que su acuerdo tenga validez jurídica y dé nacimiento a obligaciones. Si no se cumple con la forma establecida por el antiguo *ius civile*, no existirá el negocio al que quisieron dar nacimiento las partes contratantes. El *ius civile* está impregnado de la rigidez y solemnidad del arcaico ritualismo religioso. El vincularse —*obligationem contrahere*— entre dos sujetos se solemniza históricamente mediante palabras: una declaración verbal en el *nexum*, pregunta seguida de una respuesta en la *sponsio*, palabras escritas en el contrato *litteris* y más tarde por la solemne entrega —*re*— en el *mutuo*, cuyo antecedente estuvo en el *nexum*.

En el antiguo Derecho Romano donde no había más que contratos formales, el contrato era en su validez independiente de su causa, en virtud de su mismo principio. El deudor se encuentra obligado en virtud del cumplimiento de una solemnidad. El contrato formal existe por sí mismo, independientemente de las razones que lo hicieron celebrar.

En el derecho posterior, los contratos no formales tienen su existencia subordinada a la existencia de una causa real y lícita y han terminado por subordinar a la misma exigencia la eficacia de los contratos formales.

Teniendo en consideración la causa civil que determina la manera como se perfeccionaban los contratos, éstos podían ser formales y no formales; aquéllos requerían la realización de la formalidad o solemnidad exigida para ser válidos. La forma es el molde objetivo por el cual las partes debían pasar su

convenio o pacto para que éste fuera obligatorio. La forma tenía la ventaja de advertir a las partes que iban a entrar al campo jurídico y que el acto que celebrarían traería para ellas consecuencias patrimoniales; pero tenían la desventaja de ser lentos, complicados, y como daban más importancia a la forma que al fondo, llevaban con bastante frecuencia a soluciones inicuas, contrarias a la equidad.

En el derecho antiguo todos los negocios civiles, como también los de procedimiento, eran formales, los primitivos ciudadanos romanos eran muy apegados a las formalidades, todos sus primeros contratos así lo eran: *nexum, verbis, litteris*. La forma servía, a más de perfeccionar al contrato, como medio de prueba y para uniformar innumerables negocios semejantes. En el derecho posterior los negocios se van despojando de ese formalismo y ceden su lugar a otros elementos, como la entrega de la cosa en los contratos reales, o el simple consentimiento de las partes en los contratos consensuales.

30. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE FORMA EN LOS NEGOCIOS

Como en el derecho antiguo la forma era un elemento esencial del contrato, un requisito *sine qua non*, si no se cumplía con ella el contrato nada más no existía. Así, en la *stipulatio*, si no había pregunta seguida de una respuesta —ambas orales— no se perfeccionaba el contrato; en el contrato *litteris*, si no había mención escrita —*nomina transcriptitia*— en el *codex* del ciudadano romano, el contrato no tenía validez. La falta de forma no hacía obligatorio civilmente al contrato, pero podía hacerlo obligatorio naturalmente.

LECCIÓN IX

LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES

31. MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES. 32. TÉRMINO Y CONDICIÓN. 33. TÉRMINO SUSPENSIVO Y TÉRMINO RESOLUTORIO. 34. DIVERSAS CLASES DE CONDICIONES. 35. CONDICIÓN SUSPENSIVA. 36. CONDICIÓN RESOLUTORIA. 37. EL MODUS O CARGA. 38. LA ADIECTIO SOLUTIONIS GRATIA. 39. DIFERENCIA ENTRE MODO Y CONDICIÓN RESOLUTORIA.

31. MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES

Algunos contratos pueden estar reducidos a su más grande simplicidad, pueden no contener ningún elemento que no sea esencial para su existencia, es por lo que se les denomina puros, por oposición a los contratos contraídos bajo una modalidad, esto es, que contienen algún elemento accidental, no necesario para su validez. Las modalidades son maneras de ser especiales que pueden afectar a la obligación en su existencia, en su objeto o en su ejecución; un texto de Paulo las llama *causæ obligationum*: *obligationum fere quattuor causæ sunt: aut enim dies in iis est aut conditio aut modus aut accessio*, o sea, que son cuatro las modalidades de las obligaciones, a saber: el término —dies—, la condición, el modo o carga y la *accessio* o *adiectio solutionis gratia*.

D.44.7.44

32. TÉRMINO Y CONDICIÓN

Omnis obligatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit, dice Justiniano en sus Instituciones —toda obligación se contrae pura y simplemente, bajo término o bajo condición—. Cuando la obligación es pura, su cumplimiento puede ser exigido de inmediato; cuando se contrata a término no podrá ser exigido su cumplimiento hasta que llegue el día indicado;

cuando ha sido bajo condición, el cumplimiento se exigirá cuando ésta se realice. "Lo que se ha prometido para término cierto puede darse incluso inmediatamente, pues todo el tiempo intermedio se considera concedido libremente para que pueda pagar el promitente."

I.3.15.2

El término —dies— consiste en una fecha o en un acontecimiento futuro y cierto desde el que deben comenzar o cesar los efectos de la obligación, o sea que debe llegar fatalmente; en algunas ocasiones sabremos con exactitud el día, como cuando se trata de una fecha; en otras no lo sabremos, pero llegará, como cuando se dice estaré obligado cuando tal persona cambie de vestido; lo que caracteriza al término es la certidumbre, llegará siempre. Condición viene de *condeo-es-ere*, fundar, porque al realizarse da existencia —o fin— a la obligación. La condición consiste en un acontecimiento futuro e incierto, a cuya realización las partes subordinan la existencia o la extinción de la obligación, ejemplos: si la nave llegare del Asia; si Titio fuere designado cónsul. La incertidumbre es lo que caracteriza a la condición; no sabemos si se realizará y si se realizare, no sabemos el tiempo preciso en que se llevará al cabo el acontecimiento. Cuando falta la incertidumbre no hay verdadera condición.

D.46.3.70

33. TÉRMINO SUSPENSIVO Y TÉRMINO RESOLUTORIO

El término se nos presenta bajo dos aspectos muy distintos: algunas obligaciones se contratan *ex die* o *sub die*, otras *ad diem*, ambas nacen desde la formación del contrato, esto es inmediatamente cuentan en el activo del acreedor y en el pasivo del deudor; pero para las primeras hay una época durante la cual no son exigibles y para las segundas, una época a partir de la cual deben dejar de existir. El término de la primera clase *ex die* o *sub die* se llama término suspensivo o *dies a quo*; el de la segunda se llama término extintivo o resolutorio o *dies ad quem*.

Tomando el ejemplo *decem aureos primis calendis martiis dare spondes?* —¿prometes dar diez escudos de oro en las primeras calendas de marzo?—, nos podemos preguntar en

qué difiere esta obligación de una obligación pura y simple, o, lo que es lo mismo, cuál es el efecto del término. Si la obligación fuera pura y simple, la acción podría ser ejercida el mismo día lo cual se expresa de otra forma cuando decimos: *dies statim venit* —el día llega de inmediato—. Al contrario, siendo la obligación a término, la persecución no puede ser hecha de inmediato, sino que se pospone al mismo día del vencimiento, en nuestro ejemplo el acreedor no obrará regularmente sino hasta la completa expiración del día primero de marzo, pues el deudor disfruta hasta el último momento del día del vencimiento —*cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo præterito peti non potest*—, y si el acreedor acciona antes, incurre en una *plus petitio* —petición excesiva—, consumiendo su derecho.

I.3.15.2, D.12.6.10

El término resolutorio o extintivo es aquel por el que las partes han querido limitar la duración de la obligación. El antiguo derecho civil no había creído poder conciliar el término extintivo con el principio de la perpetuidad de las obligaciones, debiendo por tanto, o ver en la aposición de este término una causa de nulidad de la obligación, o tenerlo por no puesto y es este segundo punto de vista el que consagró tanto en esta materia como en las servidumbres prediales.

El ejemplo más importante del término extintivo o resolutorio es la estipulación de una renta vitalicia: *decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?* —¿prometes darme diez sueldos de oro por año mientras vivas?— según el derecho civil, este término extintivo es ineficaz, los herederos del acreedor pueden perseguir al deudor y lo explica el derecho civil al decir que la obligación, una vez nacida es perpetua —*pure facta obligatio intelligitur et perpetuatur quia ad tempus deberi non potest*—. Entonces, cuando se contrata *decem aureos annuos quoad vivam*, la estipulación se considera pura y simple, como si estas últimas palabras —*quoad vivam*— no figuraran, es decir, que la muerte del acreedor no cambiaría en nada la situación del deudor, éste continuaría debiendo. Aquí es donde interviene el pretor para corregir este resultado tan contrario a los deseos de las partes, permitiendo al deudor rechazar la acción del acreedor después del vencimiento del término por una excepción de pacto o *doli mali*; la vo-

luntad de las partes obtiene así satisfacción, el principio del derecho civil subsiste teóricamente, pero de hecho está neutralizado por esas dos excepciones.

I.3.15.3, D.44.7.44.1

34. DIVERSAS CLASES DE CONDICIONES

Ya hemos dicho que la condición es un acontecimiento futuro e incierto, a cuya realización han querido las partes subordinar la existencia o la extinción de una obligación. Entre las condiciones, que son muy variadas, hay algunas a las cuales no se puede válidamente subordinar la existencia de una obligación, desde este punto de vista tendremos las condiciones posibles e imposibles y las lícitas y las ilícitas, las pretéritas y las presentes. Según que resuelvan o suspendan los efectos de la obligación, tendremos las condiciones resolutorias y suspensivas, finalmente tendremos las condiciones potestativas, casuales y mixtas.

G.3.98, I.3.19.11

Condición imposible. Si impossibilis conditio obligationibus adiiciatur, nihil valet stipulatio —cuando se subordina la obligación a una condición imposible, la estipulación es nula—. Esta imposibilidad puede resultar de la naturaleza misma: si digito caelum attigero —si toco el cielo con el dedo—, condición que es del todo imposible que se realice; pero si se contrata si digito caelum non attigero —si no toco el cielo con el dedo— la obligación se considera pura y simple, porque es cierto que el hecho no se realizará. Pero la imposibilidad también puede derivar de la ley; si rem sacram Titius vendiderit —si Ticio hubiese vendido una cosa sagrada—. En este caso no puede admitirse que las partes hayan tenido seriamente la voluntad de contratar, por eso el contrato celebrado bajo tales condiciones se tiene por nulo.

I.3.19.11

Condición posible. A diferencia de la condición imposible, será posible toda aquella que pueda realizarse por no existir un obstáculo natural o jurídico que lo impida.

Condición ilícita. La condición ilícita consiste en un hecho cuya realización es posible, pero que está reprobado por la

ley; inserta en un contrato no causa siempre su nulidad, sólo que tenga por objeto provocar a una de las partes a cometer un acto ilícito. Así, será nulo el contrato si el que lo hace se compromete bajo la condición de que el estipulante cometerá un delito, o aún bajo la condición de que se abstendrá de cometerlo —si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione—. Pero el contrato vale si es el que hace la promesa el que se ha obligado bajo la condición de que llevará al cabo él mismo un acto ilícito, porque su compromiso está destinado a impedirle cometer tal acto, lo cual es moralmente bueno. El contrato vale también cuando la condición no se refiere más que al acto ilícito de un tercero, porque no tiene entonces influencia en la conducta de las partes contratantes.

Condiciones pretéritas o presentes. Un hecho presente o pasado, aun cuando lo ignoren las partes no tiene nada de incierto; tales condiciones no pueden suspender un efecto de derecho. Si se ha estipulado diez si Mœvius vivit, una de dos: o Mœvius vive aún y la estipulación es pura y simple, o ha muerto, y entonces nunca ha tenido ningún valor —quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem licet apud nos incerta sint —lo que es cierto en la naturaleza de las cosas aunque incierto para nosotros, no suspende la obligación— porque la condición no produce el efecto suspensivo más que si se refiere a un acontecimiento futuro, porque es únicamente entonces cuando hay incertidumbre sobre su realización.

I.3.15.6, D.45.1.100

Condición casual y potestativa. Una condición es casual cuando consiste en un acontecimiento independiente de la voluntad de las partes, por ejemplo si ellas estipulan: si navis ex Asia venerit —Si la nave hubiera llegado de Asia—. La condición será potestativa cuando depende de la voluntad de una de las partes y un poco del azar: Si Alexandriam ieris —si fueres a Alejandría.

Condición mixta. La condición será mixta cuando depende de la voluntad de una de las partes y de un tercero: si Seiam uxorem duxeris —si te casares con Seia—; y también cuando dependa de la voluntad de una de las partes y de la intervención de la naturaleza; si sigues el tratamiento y te alivieres.

35. CONDICIÓN SUSPENSIVA

La condición suspensiva es un acontecimiento futuro e incierto a la llegada del cual la voluntad expresa o presunta de las partes subordina el nacimiento de la obligación. Esta modalidad afecta a la obligación en su misma existencia y no solamente en su exigibilidad, se deroga aquí al principio fundamental que domina a toda la teoría del acto jurídico en el derecho antiguo: el de la simultaneidad del acto y de sus efectos. La inserción de una condición es entonces el resultado de un progreso, pero esto no sucedió sin resistencia y sin dejar en el derecho clásico los rastros incontestables de las ideas antiguas.

D.12.1.39

Mientras que muchos admitían que la obligación condicional no existía antes de la llegada de la condición, otros pensaban lo contrario, para éstos la obligación existe desde el principio en estado rudimentario, la llegada de la condición no hace más que consolidar esta existencia.

Ulpiano está indeciso entre las dos opiniones, pues por un lado escribe: *ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit, et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione* (D.50.16.213) —Cuando se ha estipulado puramente la deuda existe y es exigible de inmediato. Cuando se estipula a término, la deuda existe pero no es exigible. Cuando se ha estipulado bajo condición, la deuda no existe ni es exigible, estando aún sin realizarse la condición—; por otra parte Ulpiano considera al acreedor bajo condición como siendo ya acreedor aun *pendente conditione*: —*is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc cum exstiterit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse* (D.44.7.42)—. Aquel a quien se le ha legado bajo condición estando aún sin realizarse ésta, no es acreedor, sino hasta cuando la condición se realice, aunque aquel que ha estipulado bajo condición se estima que es acreedor aun cuando la condición no se haya realizado.

I.3.15.4

Encontraremos la razón de estos sistemas contradictorios examinando cuáles son los efectos de la condición suspensiva, colocándolos en tres momentos diferentes: mientras la condición está todavía en suspenso —*pendente conditione*—, cuando se cumple y cuando no se realiza.

Pendente conditione. Cuando la condición está sin realizarse, no puede dar lugar a una acción; si el acreedor obra será rechazado, pero renovará su acción cuando la condición se realice, pues como su derecho no tenía antes existencia no pudo consumirlo en justicia, solución contraria a aquella dada para el término. Si *sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur* —Si la hipoteca se estableció por una deuda condicional, debe decirse que no se puede demandar antes de cumplirse la condición, ya que antes no se debe nada—. Pero, por otra parte, se admite que, *pendente conditione*, la obligación produzca ya ciertos efectos, lo que está en contradicción con la idea precedente, pues es ilógico que un derecho que no existe pueda producir efectos; pero para aquellos que sostienen que la obligación tradicional existe desde el principio, no hay nada de anormal, a sus ojos el acreedor tiene una esperanza de derecho —*spes est debitum iri, spes obligationis*—, una suerte de semi derecho que si la condición se realiza, se transformará en un derecho completo. Ese derecho en vía de formación cuenta en el activo del acreedor y en el pasivo del deudor, es por tanto transmisible a los herederos de las partes y el acreedor puede tomar desde luego medidas preventivas para cuando llegue este derecho, como pedir caución al deudor.

I.3.15.4, D.20.1.13.5

Deficiente conditione. Cuando la condición no se realiza —*deficit*— la obligación no puede producir efectos y los provisionales que produjo son anulados. La condición se considera que falta, cuando es cierto que no se cumplirá, bien de una manera absoluta, bien en un plazo fijado por las partes. La falta de condición anula la esperanza del estipulante, es como si no hubiese habido nunca contrato; si el que prometió pagó por error, puede ejercer la *condictio indebiti*, porque ha pagado lo que no debía, *quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio* —si

se hubiese vendido bajo condición y ésta se frustrara, la compra es nula, como también la estipulación.

D.18.6.8

Existente conditione. Si se cumple la condición —existit— la obligación existe, el derecho del acreedor es en adelante cierto, exigible y semejante a aquel que nace de una obligación pura y simple; los efectos provisionales de la obligación se encuentran confirmados, si se cumplió la condición de la deuda, inmediatamente podrá demandarse —si sub conditione debiti condicio venerit, rursus agere poterit—. La condición se realiza cuando el acontecimiento previsto por las partes se ha cumplido, un cumplimiento parcial de la condición la deja sin efecto, porque se considera indivisible. Así, si se estipula que se dará una cantidad de dinero si llega la caravana a salvo, no estará obligado el promitente si sólo llega parte de ella, por pequeña o grande que sea la fracción que arribe. Si debe cumplirse en un plazo determinado, no puede ya realizarse útilmente cuando el plazo ha expirado; se considera cumplida la condición si no se ha realizado más que por el dolo o falta del que promete, así, si se ofrece dar una fuerte prima si la nave llega a puerto y el promitente avisa a los piratas para que la hundan, se considera cumplida la condición y el armador podrá exigir la prima.

D.20.1.13.5

36. CONDICIÓN RESOLUTORIA

La obligación bajo condición resolutoria es aquella que tiene desde el día en que se contrató una existencia cierta, pero que, según la voluntad de las partes debe de extinguirse por la realización o no realización de un acontecimiento futuro e incierto, tal sería ésta: ¿prometes cien a menos que tal nave llegue? Vemos que tal condición contiene un acontecimiento extintivo incierto, de ahí que el derecho civil debía anular la condición resolutoria tal como anulaba el término resolutorio y consideraba a la obligación como pura y simple, de donde el pretor interviene y da el mismo remedio que para cuando se contrataba utilizando el término extintivo o resolutorio.

D.12.7.1.2

37. EL MODUS O CARGA

El modus o carga es un gravamen que se impone al beneficiario de un acto de liberalidad: te doy la estatua, pero quiero que arregles mi jardín. En un principio sólo hubo sanción moral para el que no cumplía con la carga; cuando se trataba de un legado, el heredero podía negarse a cumplirlo en tanto el legatario no garantizara el cumplimiento del modus. Justiniano dispuso que quien no cumpliera con la carga podría ser constreñido a devolver lo que había recibido sub modo.

38. LA ADIECTIO SOLUTIONIS GRATIA

La adiectio solutionis gratia o accessio, es una modalidad que consiste en la designación de una persona para que pueda recibir el pago en lugar del acreedor, a eso se reduce su papel, si el deudor no paga, el adiectus no puede entablar acción en su contra. "Si alguno estipula para un tercero... el acto es nulo. Lo que no impide que el pago pueda ser conferido en la persona de un tercero; como, por ejemplo, en estos términos: ¿Prometes darme a mí o a Seyo?"

I.3.19.4, D.44.7.44.4

39. DIFERENCIA ENTRE MODO Y CONDICIÓN

El modus es el nombre de una cláusula de un negocio jurídico —generalmente de una donación o liberalidad—, con la cual se impone al beneficiario la obligación de prestar algún servicio al que la hace o a una tercera persona. El destinatario de la liberalidad inmediatamente se hacía de ella, cumpliera o no cumpliera con el modus o carga. El donante no tenía medio jurídico de revocarla, pero posteriormente pudo ejercitar contra el beneficiario incumplido una acción personal, la *condictio ob rem dati* —*condictio de cosa dada*—, por la cual obtenía la devolución del don. Bajo Justiniano el donante pudo ejercer la *condictio causa data causa non secuta* —*condictio causa dada causa no seguida*—, para recuperar el objeto, o bien la acción *praescriptis verbis* —por las palabras escritas—, en el caso de que deseara que el beneficiario cumpliera con el modus o carga.

El modus presenta algunas semejanzas con la condición

potestativa, sólo que mientras ésta suspende la eficacia del negocio jurídico hasta en tanto el beneficiario no cumpla con la condición, la disposición sub modo es de efecto inmediato, esto es, en la condición potestativa adquirirá el don el beneficiario cuando realice lo deseado u ordenado por el donante, si no lo realiza, no lo adquirirá; en cambio, en el modo adquiere en seguida el bien y después cumplirá con lo que se le pidió hiciera.

LECCIÓN X

TRANSMISIÓN DE DEBERES Y CRÉDITOS

40. TRANSMISIÓN DE DEBERES. 41. CRÉDITOS QUE PUEDEN CEDERSE, SUS EFECTOS. 42. LIMITACIONES A LA CESIÓN DE CRÉDITOS. 43. DISPOSICIONES DEL BAJO IMPERIO

40. TRANSMISIÓN DE DEBERES

La obligación crea un vínculo de derecho entre el acreedor y el deudor, es una relación que en la mayor parte de los casos se ha formado intuitu personæ —en consideración a la persona—, de ahí que el acreedor no pudiera libremente ceder su crédito a otra persona porque variarían los extremos de la relación. El acreedor no puede substituirse por otro, en principio, como tampoco lo podrá el deudor; el derecho antiguo no ofrecía medio para lograrlo, como lo hacía para transferir la propiedad de una cosa corporal de un individuo a otro. *Obligaciones quoquo modo contractæ nihil eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur id efficere possum.* —Nada de lo establecido tiene lugar respecto de las obligaciones, cualquiera que sea la manera con que se hayan contraído; porque si yo quiero hacerte acreedor de lo que otro me debe, no puedo conseguirlo por ninguno de los medios de transferir la propiedad de las cosas corporales—. El crédito es un derecho anexo a la persona, que sólo puede ser transmitido al heredero, continuador de la persona del difunto, o entre vivos, al adrogante.

G.2.38

Pero necesidades prácticas obligaron a vender los créditos, éstos son un elemento activo del patrimonio como los demás bienes corporales y lógicamente deberían ser objeto del mismo tratamiento, de manera que si el paterfamilias necesitaba di-

nero, en lugar de vender un bien, vendía o cedía un crédito. Los romanos trataron de encontrar la solución a este problema, si no para transferir el crédito en sentido propio, al menos para llegar a un resultado práctico equivalente, lo que se lograba por medios indirectos: la novación por cambio de acreedor y la *procuratio in rem suam* —gestión en su propio asunto.

Cuando las partes, deudor y acreedor, estaban de acuerdo, nada se oponía a la cesión de la obligación, podía cambiarse la persona de cualquiera de ellos, lo cual se hacía mediante una novación —*nam interventu novae personae nova nascitur obligatio*—. La dificultad se encontraba cuando el deudor se rehusaba, en este caso no se podía hacer nada porque se atentaría contra la voluntad del deudor. Sin embargo, se encontró la solución: el acreedor no cedía la obligación misma —lo que hubiera sido contrario a la esencia del derecho—, sino que encargaba a aquel a quien la quería ceder, que persiguiera al deudor como mandatario suyo, a lo que se llamó *mandarse o cederse*. Obtenida la condena, el mandatario en lugar de dar el dinero al acreedor —su mandante— lo guardaba para sí, es por lo que a este procedimiento se le llamó *procuratio in rem suam*. Ante el deudor se ocultaba que hubiera ahí una cesión de crédito, obviándose su negativa al cambio de acreedor, pero para el cesionario había el inconveniente de que sólo obtenía el crédito de manera irrevocable hasta el día de la *litis contestatio* —*procurator lite contestata dominus litis efficitur*—, por lo que el deudor podía pagar antes a su primitivo acreedor. Además, había una dificultad de procedimiento: en la intención de la fórmula aparecía el nombre del mandante y en la *condemnatio* debía aparecer su nombre también, esto se subsanó poniendo en la *condemnatio* el nombre del cesionario. Posteriormente la cesión de los créditos se operó con gran facilidad y bajo los emperadores el tráfico se volvió intenso y lucrativo, pues los especuladores los compraban en cantidades infimas para después cobrar la suerte principal más los intereses.

D.3.3.29, S.P.1.2.3, D.49.1.4.5

41. CRÉDITOS QUE PUEDEN CEDERSE, SUS EFECTOS

Prácticamente podemos ceder toda acción que resulte de los derechos de crédito, cualquiera que sea el origen de la

obligación, bien provenga de convenciones, de delitos, o de otras causas, sin distinguir si se trata de obligaciones civiles o naturales, unilaterales o sinalagmáticas, puras y simples, a término o a condición, etc. Pero hay que tener presente que el objeto de la cesión es la acción y no el lazo obligatorio mismo que le sirve de base.

Hay ocasiones en que las cesiones de créditos son necesarias, como cuando las impone una necesidad jurídica, a virtud de la cual el cedente está obligado a pasar al cesionario el valor o el derecho que es el objeto del crédito. Tal necesidad puede nacer bien de una obligación libremente consentida, bien de un deber impuesto por la ley, como en el caso en que paga un fiador y el acreedor está obligado a cederle sus acciones para que aquél pueda perseguir al deudor y cofiadores. "Si... fue condenado en lo que podía pagar, pero, para pagar... sólo contaba con créditos, deberá ceder las acciones."

D.24.3.43

Sus efectos. El cesionario adquiere por la cesión el crédito del cedente con sus mismas garantías, pero el deudor le puede oponer las mismas excepciones que hubiera podido oponer al cedente, salvo las estrictamente personales.

En toda cesión distinguimos a tres personas: a) al acreedor originario, que hace la cesión; b) al nuevo acreedor, que se presenta como *procurator in rem suam* —gestor en su propio asunto—, y al que llamamos cesionario y, finalmente, c) al deudor, que debe pagar a este último. Los efectos de la cesión se desprenden naturalmente de la naturaleza compleja de la operación. Encontramos desde luego, una venta en favor del cesionario, por la cual el crédito entra en su patrimonio, a continuación de un mandato que le es dado para que pueda hacerlo efectivo. El cedente se despoja del derecho de persecución sobre la acción cedida para que el cesionario la adquiera y la ejercite; no podrá, por tanto, obrar él contra el deudor ni recibir el pago, debe poner a la disposición del cesionario los medios persecutorios del crédito para que la acción cedida tenga éxito.

D.18.4.14 y 23

Por lo general el cedente no responde de la insolvencia del deudor. Como regla, en las cesiones voluntarias y en las

onerosas, el cedente está obligado a garantizar la existencia de la deuda. La condición del deudor no sufre ninguna alteración por consecuencia de la cesión: su obligación permanece como estaba y si él debe responder a la acción del cesionario es únicamente porque éste se presenta como mandatario del primitivo acreedor. Frente al cedente el deudor aparece como al principio: puede pagarle válidamente y se liberará por este pago; si el cedente lo persigue, no podrá invocar la cesión en la cual no ha intervenido, pero esta situación cambia si el deudor ha sido informado de la cesión —denuntiatio—, bajo Justiniano el cesionario pudo notificar al deudor, por lo que éste tenía que pagarle sólo a él.

D.18.4.4, D.21.2.74.3

El cesionario hará valer el crédito tal como lo tenía el cedente, con sus accesorios y demás derechos anexos. En justa reciprocidad, debe sufrir las excepciones que el deudor hubiera podido oponer al acreedor, en esta forma la condición del deudor no empeora por la cesión del crédito.

42. LIMITACIONES A LA CESIÓN DE CRÉDITOS

En el tema que nos ocupa referente a la transmisión de las obligaciones, debemos examinar cuáles pueden cederse y cuáles no son transmisibles.

Los derechos personales que no pueden ser ejercidos más que por la persona a quien le competen, cuyo ejercicio es inseparable de la cualidad del titular del derecho, no son transmisibles. Tampoco pueden cederse los derechos litigiosos, de ahí la consecuencia de que una acción no sea cesible desde el momento en que se ha intentado. En general, la transferencia de una acción supone que la manifestación del derecho al que ella sirve para hacer valer, sea susceptible de ser ejercida por titular diferente.

C.4.15.5 y C.6.37.18

43. DISPOSICIONES DEL BAJO IMPERIO

Debemos atribuir a la legislación imperial las medidas tomadas para impedir los abusos de las cesiones de los créditos a especuladores o a personas más poderosas que el acreedor

primitivo y que amenazaban presentarse inmisericordes con el deudor.

Por motivos personales una constitución de Diocleciano y de Maximiano prohíbe ceder los créditos a una persona que por su poder o situación social sería un fuerte adversario para el deudor —*cessio in potentiorem*—. Una novela de Justiniano prohíbe a los tutores y a los curadores aceptar la cesión de un crédito a cargo de quienes les están encomendados, la cesión hecha en contravención es nula y entraña la pérdida del crédito si es hecha con mala intención. Una constitución de Honorio y de Teodosio del año 422, prohíbe ceder los créditos a los potentiores. Las constituciones de los años posteriores ponían obstáculos a la cesión de los créditos litigiosos.

C.2.13.2

Para impedir a los especuladores comprar créditos a bajo precio y para poner al abrigo de las vejaciones a los deudores, una constitución del emperador Anastasio del año 506, ordena que el cesionario no podría en ningún caso pedir más al deudor de lo que él hubiere pagado para adquirir el crédito, incluyendo los intereses. Justiniano confirma y desarrolla esta prohibición. Estas disposiciones se aplican a las cesiones onerosas, no a las hechas en una liberalidad; tampoco se aplican cuando una deuda se pagaba cediendo créditos.

C.4.35.22.1 y 23

LECCIÓN XI

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

44. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. 45. LA MORA DEBITORIS. 46. EFECTOS DE LA MORA DEL DEUDOR. 47. LA MORA CREDITORIS, SUS EFECTOS. 48. EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO DE LAS OBLIGACIONES. 49. LA STIPULATIO PENÆ.

44. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

El efecto natural de las obligaciones es obligar a pagar al deudor lo que debe, si éste así lo hace y lo realiza en la forma exigida por el derecho, la deuda se extingue y queda liberado. Pero hay ocasiones en que el cumplimiento de la obligación se ha vuelto imposible o el deudor se ha retrasado en ejecutar lo prometido, por lo que interesa precisar en estos casos, cuáles son las relaciones entre el acreedor y el deudor, qué consecuencias trae la inexecución o el retraso en el cumplimiento de la obligación y, si le son debidos al acreedor daños e intereses, hay que saber cómo determinarlos.

Del mismo modo, habrá ocasiones en las cuales el acreedor se constituya en mora en perjuicio de su deudor, cuando éste va a cumplir con lo que ha prometido a su acreedor y éste último se niega a recibir la prestación válidamente ofrecida. Se verá lo que el deudor puede hacer para quedar liberado de su obligación.

45. LA MORA DEBITORIS

Las consecuencias de la inexecución de las obligaciones varían según se trate de la naturaleza de su objeto, en efecto, si tienen por objeto una cosa in genere, el deudor queda obligado, cualquiera que sea el acontecimiento que le haya impedido pagar lo que debe. Esta solución se basa en el principio que dice genera non pereunt —las cosas genéricas no pere-

cen—. La solución no es tan sencilla cuando la obligación tiene por objeto un cuerpo cierto o un hecho, en estos casos hace falta investigar cuáles fueron las causas de la inexecución de la obligación, mismas que podemos reducir a tres: el caso fortuito, el dolo y la falta.

a) El caso fortuito. El caso fortuito son los acontecimientos que el deudor no ha provocado ni ha podido impedir, y toma el nombre de fuerza mayor cuando resulta del juego de las fuerzas de la naturaleza, o de actos de violencia realizados por el hombre. A ninguno obligan las pérdidas y muertes de los animales que acaecen sin culpa, la fuga de los esclavos que no se acostumbra cuidar, los robos, tumultos, inundaciones, incendios, acometidas de los piratas. Sin embargo, por una cláusula expresa el deudor puede asumir esta responsabilidad en determinados grados: puede responder de todos los casos fortuitos y los de fuerza mayor, o sólo de aquéllos y no de éstos, o no responder más que de ciertos casos fortuitos. El deudor que se crea liberado por un caso fortuito debe probarlo.
D.50.17.23, C.4.24.6

b) El dolo. Habrá dolo todas las veces que por una acción u omisión el deudor contraviene conscientemente las obligaciones que le son impuestas por el contrato. Se considera que existe el dolo cuando la inexecución de la obligación proviene de un hecho o de una omisión del deudor, que ha tenido intención de dañar al acreedor; en estas circunstancias el deudor responde de las consecuencias, pues su mala fe no puede ser para él una causa de liberación, pero la carga de la prueba compete al acreedor.
D.50.16.226

c) La falta. La falta o culpa se da cuando hay negligencia o falta de cuidado, pero que excluye mala voluntad y no implica más que irreflexión; la falta es un hecho o una omisión imputable al deudor, sin que haya habido de su parte intención de perjudicar al acreedor, como una imprudencia, una negligencia o una torpeza. Los romanos distinguen dos grados de faltas: 1. La culpa grave —culpa lata— que es aquella que no cometería un hombre dotado de la inteligencia más vulgar —lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod

omnes intellegunt— culpa lata o grave es la negligencia excesiva, es decir, no comprender lo que todos pueden comprender, la culpa lata comprende el no ver lo que todo el mundo ve. 2. La culpa leve —culpa levis— que es en principio la que no comete un buen gestor, puede considerarse in abstracto, cuando se toma como tipo a un bonus paterfamilias que no hubiera cometido tal culpa; o en concreto cuando se refiere a las costumbres personales del deudor y se considera que la ha cometido si en ese caso mostró menos diligencia que la que suele prestar a sus demás asuntos.

D.50.16.213.2 y 223 S.P.2.12.6a

La culpa grave se asemeja al dolo y todo deudor responde de ella. En cuanto a la culpa leve, no todos los deudores responden en la misma medida. En las obligaciones de buena fe el deudor sólo es responsable de la culpa leve si obtiene una ventaja de la obligación que le liga al acreedor; así, cuando el acreedor sólo está interesado, la responsabilidad del deudor se reduce al minimum como en caso del depósito, pero cuando sólo el deudor saca ventaja, su responsabilidad llega al maximum como en el comodato. Cuando se trata de obligaciones de derecho estricto que tienen por objeto un hecho, el deudor es responsable de toda culpa, liberándose sólo por el caso fortuito; cuando la obligación tiene por objeto la datio de un cuerpo cierto, el deudor no responde de sus omisiones o negligencias, pues ha prometido dar, no hacer, pero si es por su hecho por lo que la ejecución de la obligación se vuelve imposible, es responsable ya haya dolo o culpa de su parte.

D.45.1.91, D.45.1.137.2 y 3

46. EFECTOS DE LA MORA DEL DEUDOR

En toda obligación hay un momento a partir del cual el acreedor puede exigir el pago, si éste no le es hecho, sufre un perjuicio, pues no cuenta en su patrimonio con un bien que esperaba recibir. Se llama mora al hecho de no ejecutar la obligación en el tiempo fijado por la convención. Se entiende que hay mora frente al acreedor cuando es contra el mismo acreedor, contra su mandatario o su gestor. La mora no le perjudica al deudor más que si ha sido interpelado por el acreedor y ha hecho caso omiso de ella, cuando se ha ausentado con

la intención de que el acreedor no pueda interpelarlo y cuando la obligación tiene por objeto la restitución de una cosa que se detiene por efecto de un delito.

D.23.1.24.1

A más de la mora, la inejecución de la obligación puede provenir de un caso fortuito, tal como un incendio, naufragio, etc., que haya destruido la cosa, hecho al cual es ajeno el deudor, en cuyo caso, al no haber falta de éste, se libera —verborum obligatio... resolvitur... naturaliter... cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit—. Esta solución es válida cuando se trata de un cuerpo cierto o de un simple hecho cuya ejecución ha devenido imposible, debitor interitu rei certae liberatur; por el contrario, cuando se trata de cosas in genere, el deudor no se liberará, pues genera non pereunt, lo que se ha perdido podrá ser reemplazado por cosas similares.

D.46.3.107

La aplicación de estas reglas da lugar a la cuestión llamada de los riesgos en los contratos sinalagnáticos, cuando se trata de saber si una de las partes contratantes que se ha liberado casu conserva, sin embargo, el derecho de reclamar a la contraparte la ejecución de su obligación recíproca, o si, al contrario, esta última puede considerarse igualmente liberada al no poder contar con la ejecución de la obligación de su contraparte. Cuando la compraventa es pura y simple, la regla es que la pérdida fortuita de la cosa si libera al vendedor, no impide que el comprador siga obligado a pagar el precio. En el arrendamiento de cosas, la pérdida fortuita del objeto perjudica al locator, pues el conductor cesa de deber la merces al no poder disfrutarla.

I.3.23.3

47. LA MORA CREDITORIS, SUS EFECTOS

Pero no sólo el deudor puede retrasarse en el cumplimiento de su obligación; el acreedor también puede incurrir en mora cuando retrasa por su dolo o culpa la ejecución de la obligación, rechazando los ofrecimientos regulares y valederos de su deudor, o ausentándose del lugar donde debería serle hecho

el pago sin dejar representante que lo reciba. En estas circunstancias, cuando el objeto de la obligación consiste en cosas in genere, su demora hace que pasen a él los riesgos, pues los ofrecimientos del deudor han especializado en cierto modo la cosa debida; "porque no es justo que responda del dinero perdido, del que no respondería si el acreedor hubiese querido cobrar. Por lo cual debe valer como pagado aquello en cuyo cobro se demoró el acreedor." Y, "si un acreedor hubiera hecho que su deudor perdiera la cantidad que éste le iba a pagar, será removido por la excepción de dolo". Si el objeto de la obligación es dinero, la demora del acreedor hace que cesen los intereses: "Un deudor con intereses ofreció la cantidad a su acreedor, y, como éste no quisiera aceptarla, la selló el deudor y la depositó: desde esa fecha no se contarán ya los intereses."

D.46.3.72 y D.44.4.6

48. EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO DE LAS OBLIGACIONES

Cuando el deudor no ha ejecutado su obligación o ésta no ha sido hecha en tiempo oportuno, el acreedor puede exigirle daños e intereses que son substituidos al objeto mismo de la obligación cuando la prestación de la cosa se ha hecho imposible, o bien, estos daños e intereses se le agregan en caso de retraso. Generalmente consisten en una suma de dinero, para cuya evaluación se toma en cuenta el daño causado al acreedor y la ganancia que hubiera podido sacar de haber sido cumplida en tiempo la obligación. Esta evaluación pecuniaria la hacía el juez fijándola según la buena o mala fe del deudor y según la naturaleza de la acción ejercida por el acreedor; Justiniano en caso de obligación que tuviera un objeto determinado decidió que los daños e intereses que fijara el juez no deberían exceder del duplo del valor de la cosa debida. A más del juez, los daños e intereses son fijados a veces por la ley, en cuyo caso el acreedor puede obtener con el capital, si su acción es de buena fe, los intereses legales o usuales de la región.

Los daños e intereses pueden ser fijados también por las mismas partes mediante la stipulatio pœnæ.

49. LA STIPULATIO PŒNÆ

Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut stipulemur aliquid fieri vel non fieri: et in huiusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare quid eius intersit. —La estipulación puede tener por objeto no sólo cosas, sino también hechos; de tal modo que podemos estipular que alguna cosa será hecha o no será hecha. En semejante estipulación será muy oportuno añadir una cláusula penal, por temor de que la cantidad de bienes del estipulante no quede incierta y que éste no se vea obligado a establecerla por pruebas—. Y se añade en las Instituciones de Justiniano: itaque si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adici pœna debet: Si ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?— por consiguiente si alguno estipula que se hará alguna cosa, deberá añadir: ¿Si esto no se hace, prometes darme diez sueldos de oro a título de pena?

I.3.15.7 y D.45.1.115

Es a propósito de las obligaciones de hacer y de no hacer cuando las Instituciones de Justiniano nos hablan de la estipulación penal por ser éstas siempre inciertas y si permanecieren sin ejecución, el demandante que quisiera obtener una condena se encontraría en la necesidad de probar que le ha sido causado un perjuicio, y lo que será más difícil, deberá justificar su cuantía —quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit— apreciar el interés de una persona es cuestión de hecho y no de derecho, cuya solución se deja necesariamente al arbitrio del juez, por lo que las partes no sabrían de antemano cuál sería; de ahí el uso de la stipulatio pœnæ que las partes fijan de común acuerdo para el caso de inejecución de la obligación: tasan ellas mismas previamente la condena que el juez deberá pronunciar y todo se reducirá a esta simple cuestión: ¿es debida la pena?, es decir, ¿ha sido válidamente estipulada y la condición se ha cumplido? Del papel señalado a la stipulatio pœnæ resulta que su objeto consiste casi siempre en dinero y que, aunque particularmente usada en las obligaciones de hacer y de no hacer, tiene también su utilidad en las obligaciones de dar, que no tengan por objeto una cantidad de dinero determinada.

D.50.17.24

La utilidad de la *stipulatio poenæ* era manifiesta, pues fijaba el importe de la condena para caso de incumplimiento. Unida a un pacto que no fuera civilmente obligatorio, aseguraba su ejecución, pues si el deudor no ejecutaba voluntariamente lo prometido, incurría en la pena estipulada.

G.4.51

LECCIÓN XII

LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

50. IDEAS GENERALES. EL ACTUS CONTRARIUS. 51. MODOS DE EXTINCIÓN VOLUNTARIOS Y NO VOLUNTARIOS, IPSO IURE Y OPE EXCEPTIONIS. 52. EL PAGO, CONDICIONES PARA QUE SEA VÁLIDO. 53. LA DACIÓN EN PAGO.

50. IDEAS GENERALES. EL ACTUS CONTRARIUS —ACTO INVERSO

Las obligaciones se extinguen por una serie de hechos que han sido reunidos bajo el título de modos de extinción de las obligaciones, que no tienen un carácter uniforme y que no poseen todos una eficacia igual.

Las obligaciones, como la propiedad, resisten a la acción del tiempo, son perpetuas —*placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse*—. Estos dos derechos, aunque diferentes en sí mismos, se parecen por su naturaleza perpetua, pero en tanto que la propiedad no se extingue más que por causas accidentales, sucede lo contrario con los derechos de crédito u obligaciones, pues al acreedor no le interesa que el deudor le deba perpetuamente una prestación, tiene interés en que le satisfaga su obligación para que en esa forma él incremente su patrimonio. Los derechos de crédito son apreciables en dinero y al deudor le interesa cumplir con su obligación para así desligarse de su acreedor y recobrar su libertad, en esta forma, se dice que hay *solutio*, pues el lazo de derecho que los unía se ha roto.

Así, la prestación de la cosa debida constituye el fin natural y regular de la obligación; pero esto no fue suficiente en Derecho Romano para liberar al deudor; sólo en la época clásica el derecho civil reconoció al pago como modo de extinguir la obligación. En general, podemos decir que los modos de extinción de las obligaciones han seguido un desarrollo pa-

ralelo al de los contratos. Cuando los romanos no conocían otra forma de crear la obligación más que mediante el nexum —per aes et libram— y por la sponsio, el lazo civil no podía extinguirse más que mediante las mismas formalidades, es lo que se ha llamado el *contrarius actus*; así Gayo nos lo señala: quien se ha obligado nexum, debe liberarse nexum, debiendo el deudor emplear esta fórmula: "Los tantos miles de sestericios que te debo, pago y quedo libre mediante esta moneda y esta balanza, y liberado según la ley, te presento por última vez esta balanza."

G.3.174

Varios textos del Digesto hacen mención al *actus contrarius* —acto inverso—, como medio para resolver o terminar las obligaciones: "Nos liberamos de una obligación por los modos contrarios de aquellos por los que nos obligamos; y perdemos un derecho por los modos contrarios de aquellos por los que lo adquirimos." "Todo lo que se contrae de una determinada forma se puede deshacer por la contraria." "Nada hay tan natural como extinguir un acuerdo mediante la misma forma con la que se ha convenido; por eso, la obligación verbal se extingue por unas palabras y la obligación meramente consensual se extingue por el consentimiento contrario." En esta materia campea el acto inverso que también tiene lugar en materia religiosa: *inauguratio* y *exauguratio*, *confarreatio* y *diffractio* —casar y divorciar.

D.50.17.153, 35 y 100

Vemos, pues, que los créditos más importantes del derecho quirritario, los contractuales, fueron desde luego regidos por el formulismo, tanto por lo que atañe a su nacimiento, como en lo referente a su extinción. Para que nacieran no bastó el acuerdo de voluntades, sino que hizo falta un acto formal; para que se extinguieran no bastó el simple acuerdo de las partes, sino que fue necesario otro acto formal, contrario a aquél que le había dado nacimiento, si exceptuamos a la *novación* y a la *litis contestatio*.

D.46.3.80

51. MODOS DE EXTINCIÓN VOLUNTARIOS Y NO VOLUNTARIOS, IPSO IURE Y OPE EXCEPTIONIS —EN VIRTUD DE UNA EXCEPCIÓN

Los modos de extinción de las obligaciones son susceptibles de varias divisiones, según el punto de vista que se adopte. Así como los modos de creación de las obligaciones, los modos de extinción se dividirán en dos grandes grupos: los que tienen por causa la voluntad de las partes y que son el resultado del acuerdo entre el acreedor y el deudor, como acontece en el pago, la *novación*, la *aceptilación*, la *compensación*, la *remisión de deuda*, el *mutuo disentiimiento* y los modos no voluntarios, que son aquéllos consecuencia de hechos ajenos a las partes a los cuales la ley añade por su propia autoridad fuerza extintiva, como la *pérdida de la cosa debida*, la *confusión*, la *prescripción liberatoria*, la *muerte*, la *capitis deminutio* —el cambio del anterior estado.

Desde el punto de vista de sus efectos, podemos distinguir los modos de extinción según sean reconocidos y sancionados por el derecho civil o por el derecho pretorio. Cuando una obligación se extingue según un modo reconocido por el derecho civil el acreedor pierde su acción y no puede ya perseguir al deudor, pues la obligación se ha extinguido *ipso iure*, entre estos modos de extinción tenemos al pago, la *novación*, la *aceptilación*, el *mutuo disentiimiento*, la *confusión*, la *pérdida de la cosa debida*, la *capitis deminutio*, la *sentencia*.

Los modos de extinción según el derecho pretorio son el *pacto de remisión*, el *juramento*, la *compensación* y en algunos casos la *litis contestatio*. Estos modos no extinguen la obligación *ipso iure*, como en el caso de los modos civiles, sino sólo *exceptionis ope*, por lo que el deudor puede ser perseguido por el acreedor y aquél deberá tener cuidado de hacer valer su excepción, pues de lo contrario puede ser condenado; este inconveniente resulta de la circunstancia de que un modo de extinción pretorio no puede extinguir un derecho fundado en el derecho civil; además, un modo de extinción *exceptionis ope*, no hace más que paralizar el derecho del actor, y éste puede neutralizar su efecto mediante una réplica sacada de otro hecho, en virtud de la cual la deuda puede resurgir. Por otra parte, el efecto de la extinción *ipso iure* se produce con respecto a

todos, mientras que aquél de la excepción no puede existir más que con respecto a algunas personas.

52. EL PAGO, CONDICIONES PARA QUE SEA VÁLIDO

El pago es la extinción de la obligación por el cumplimiento de la prestación de la que era objeto: *solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit* —decimos que paga quien hace lo que prometió hacer—. El pago es un modo de extinción voluntario porque supone el deseo del deudor de cumplir con la conducta debida. En lo que se refiere al objeto, pagar es ejecutarlo; el objeto mismo de la obligación determina la forma del pago. En una obligación de no hacer, se paga con una abstención; en la de hacer, se paga cumpliendo con el acto; en la obligación de dar, se paga transfiriendo la cosa debida, bien la propiedad, su posesión o la detentación.

D.50.16.176

El pago —*solutio*— consiste en la ejecución de la obligación, ya tenga por objeto una *datio* o un hecho. *Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debeatur* —acábase principalmente la obligación por el pago de lo que se debe—. Es la causa de extinción más común y la que tienen las partes a la vista cuando contratan. Hecho el pago, la obligación ya no tiene objeto, se extinguirá de pleno derecho con todos sus accesorios —fianza, hipoteca, prenda—. Pero para que el pago extinga a la obligación, debe ser válido. Veamos cómo debe ser hecho.

G.3.168, D.46.3.54

Condiciones para que el pago sea válido. a) quién puede hacer el pago. —Las Instituciones de Justiniano dicen que cualesquiera puede hacer el pago, ya el mismo deudor, ya otro por él, poco importa; la liberación tiene efecto cuando el pago se hace por un tercero, sépalo o no el deudor y este pago libera a todos los obligados. Pero la persona que haga el pago debe ser capaz para comprometer su patrimonio y propietaria del objeto con el cual hace el pago. Cuando se dice que una obligación puede ser pagada por cualquiera, esta proposición sólo es válida en las obligaciones de dar, no en las

de hacer, cuando el acreedor ha contratado por la aptitud personal de quien deberá prestar el hecho.

D.3.5.38(39), I.2.8.2, D.46.3.23

b) *A quién se debe hacer el pago.* El pago debe ser hecho al acreedor mismo y para que sea válido, el acreedor debe ser capaz de comprometer su patrimonio, por eso el pago hecho a un pupilo sin la *auctoritas* —autorización— de su tutor no será válido, como tampoco lo será si el pupilo pagare a su deudor ignorándolo su tutor. El pago también será válido cuando se hace a un representante del acreedor, tal como un mandatario, un *adiectus solutionis gratia* —designado para cobrar.

D.46.3.49, G.2.84

c) *Dónde y cuándo se debe hacer el pago.* Sobre estas dos cuestiones las convenciones expresas o tácitas de las partes son completamente soberanas. Por lo que hace a la época del pago, por regla general se presume que el plazo se establece en interés del deudor, pero esta presunción cae ante un acuerdo diferente de las partes. Por lo que se refiere al pago hecho *pendente conditione*, no vale como pago más que si la condición se cumple, pues de no ser así no estará obligado el deudor, quien podrá recuperar lo que ha pagado indebidamente.

En cuanto al lugar del pago, salvo convenio en contrario, éste se determina para los cuerpos ciertos, por el lugar mismo donde éstos se encontraban el día en que se originó la obligación; para las cosas *in genere*, por el domicilio del deudor.

d) *Cómo se debe hacer el pago.* El objeto del pago debe consistir en la ejecución completa de la obligación, el pago debe tener exactamente el mismo objeto que la obligación, es decir, que el acreedor no está obligado a aceptar cosa distinta, a menos que el deudor se haya reservado al contratar una *facultas solutionis*, si no es así, el deudor no tendrá derecho de pagar cosa distinta: *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest* —no puede pagarse una cosa por otra contra la voluntad del acreedor—; pero esta regla no impide que el deudor pueda liberarse proporcionando al acreedor, en lugar de la cosa debida, otro objeto que el acreedor acepte. La validez de esta operación llamada *datio in solutum* —dación en pago—, fue admitida en la época clásica y extinguía la obligación *ipso iure*.

D.12.1.2.1

El pago además debe ser completo, es decir, que debe comprender todo lo que el mismo acreedor pueda pedir al mismo deudor en virtud de una misma causa, de donde el acreedor puede rechazar un pago parcial, pero si lo acepta la deuda se reduce hasta la concurrencia de la cantidad pagada. Sin embargo, hay casos en que el acreedor está obligado a aceptar un pago parcial, como cuando un fiador invoca el beneficio de división, cuando el deudor se prevale de la compensación o del beneficio de competencia, cuando hay varios deudores de un mismo objeto y no existe la correalidad y cuando el pretor da un plazo de gracia al deudor perseguido por el acreedor y le autoriza a pagar su deuda en varias exhibiciones. Cuando se trata de una obligación de dar, el pago debe ser translativo de la propiedad.

D.12.1.21

Nada impide que el deudor que deba varias deudas a un acreedor, pueda pagar una de ellas; entonces, tiene el derecho de pagar la que él quiera y si no lo dijere, no se deja al arbitrio del acreedor, pues éste debe de extinguir la deuda más gravosa para el deudor, aunque Antonino Caracalla dice que si no ha indicado el deudor a qué deuda se aplicará el pago, el acreedor podrá hacerlo.

C.8.42.1

El pago hecho por el deudor cumpliendo con todos los requisitos o condiciones exigidas para su validez, extingue por completo la obligación ipso iure, en lo futuro nada podrá reclamar el acreedor, pues ha perdido su acción y el deudor está liberado. Resultado semejante se obtiene cuando un tercero con autorización del deudor hace el pago, aquél puede ser un mandatario o un procurator del deudor.

D.46.3.30

El pago también puede ser hecho por un tercero sin autorización del deudor, en cuyo caso nos encontraríamos con una gestión de negocios que da lugar a una relación obligatoria análoga al mandato. Cuando el tercero paga contra la voluntad del deudor, algunos jurisconsultos le daban al tercero la acción negotiorum gestorum utilis, pero esta corriente no prevaleció, denegándosele toda clase de recurso.

D.46.3.23 y 53

e) *Del ofrecimiento y la consignación.* El deudor tiene el derecho de liberarse de su obligación pagando al acreedor lo que a éste le corresponde. Por tanto, si el acreedor rehúsa aceptar un pago hecho válidamente, se constituirá en mora y el deudor no estará obligado a conservar en su poder el objeto de la obligación, pudiendo depositar la cosa en el lugar que señale el juez. Si el objeto era inmueble, se le ponía sin duda en secuestro. El depósito o consignación de la cosa hecho tras de ofrecimientos regulares al acreedor, libera al deudor como lo liberaría el pago, extinguiéndose la deuda ipso iure con todos sus accesorios —obligatione totius debita pecuniae solemniter facta liberationem contingere manifestum est—.

D.46.3.39

53. LA DACIÓN EN PAGO

Existe un principio que establece que el deudor no puede pagar cosa distinta a la que debe contra la voluntad del acreedor, pero en ocasiones se admitía que el deudor pudiera pagar válidamente con un objeto distinto al debido inicialmente —aliud pro alio solvere—. La dación en pago podía ser convencional, por acuerdo entre las partes y legal cuando es con base en un precepto. Los proculeyanos sostenían que la dación en pago convencional sólo daba al deudor una exceptio doli, esto es, que era un modo de extinción exceptionis ope, para los sabinianos, extinguía la obligación ipso iure, opinión que confirmó Justiniano. La dación en pago legal adquirió gran desarrollo bajo Justiniano, siempre que el deudor fuera una iglesia o se tratara de obras pías.

D.12.1.2.1

LECCIÓN XIII

LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

54. LA COMPENSACIÓN. 55. SU EVOLUCIÓN. 56. LA SOLUTIO PER AES ET LIBRAM, LA ACCEPTILATIO Y EL PACTUM DE NON PETENDO.

54. LA COMPENSACIÓN

La compensación es el saldo recíproco de créditos contrarios —*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*—. Las dos deudas pueden extinguirse hasta la concurrencia de la menor. La compensación supone un individuo que es acreedor de otro y él mismo, a su vez, es su deudor; lógicamente esto no es obstáculo para que existan dos créditos, pero mientras la ejecución de los dos créditos daría lugar a dos pagos distintos, habría una fuente de complicaciones inútiles; entraña también una pérdida para aquel que paga primero, si el otro es insolvente. Será más simple, más seguro, neutralizar los dos créditos hasta la concurrencia del menor; esto es útil, pues cada parte tiene interés en pagarse a sí misma antes que correr el riesgo de la insolvencia de la otra. Cada acreedor podrá rechazar a su deudor que lo acciona, si está preparado para compensar: "El que está dispuesto a compensar puede rechazar al acreedor y a la vez deudor suyo que le demanda." "La compensación es necesaria por la razón de que nos interesa más no pagar que repetir lo pagado."

D.16.2.1, 2 y 3

La compensación puede ser voluntaria, legal y judicial. Voluntaria cuando las mismas partes hacen la compensación, que por lo general se realiza por dos aceptilaciones recíprocas, o bien por dos simples *pacta de non petendo* —pactos o acuerdos de no exigir—. Cuando una de las partes rehúsa hacer la compensación injustamente, puede imponérsele; si la fuerza

la ley, entonces la compensación será legal; si resulta de la decisión del juez, será judicial y fue la usual entre los romanos.

55. SU EVOLUCIÓN

Durante las *legis actionis* la compensación se consideró incompatible con los deberes del juez. El deudor perseguido debía ser condenado a pagar al acreedor, aunque ese deudor a continuación podía a su vez demandarlo. El juez no podía más que limitarse a un solo asunto, dado el rigor de los principios antiguos y a lo poco evolucionado que estaba el procedimiento; por otra parte, los créditos y las deudas recíprocas tenían por causa un hecho jurídico extraño a aquel que había servido de base para la demanda, por lo que debían ser objeto de acciones separadas.

La compensación va tomando su fisonomía a partir del procedimiento formulario. He aquí sus condiciones: a) El juez compensa cuando la acción ejercida por el acreedor es de buena fe y el crédito invocado por el demandado procede de la misma fuente, aunque el juez no está obligado a hacerlo. b) Hace falta que las deudas sean exigibles, pues el deudor no está obligado a pagar antes del vencimiento. Realizada la compensación, se extinguía la deuda en la medida en que tenía lugar.

En las acciones de buena fe se da pleno poder al juez para estimar según la equidad las restituciones debidas al demandante, lo cual comprende el deber, si el demandante debe a su vez alguna cosa, de hacer compensación y de no condenar al demandado más que en el resto.

I.4.6.30

Si las obligaciones no son de buena fe, o si provienen *ex dispari causa* —de distinta causa—, el juez no podía hacer la compensación: *in compensationem hoc solum vocatur, quid eiusdem generis et naturae est, veluti pecunia compensatur cum pecunia, triticum cum tritico, vinum cum vino* y es que sólo admiten compensación las cosas de un mismo género y naturaleza, como dinero con dinero, trigo con trigo, vino con vino.

G.4.66

Estos principios tenían dos excepciones: 1. Los *argentarii* —banqueros—, debían hacer la compensación antes de demandar a su cliente y reclamar judicialmente sólo el saldo, si no lo hacían así, cometían una *plus petitio* —petición excesiva— y ya no podrían demandarlo otra vez, por haber deducido todo su derecho en justicia. 2. El *emptor bonorum* —comprador en masa de los bienes—, adquirente del patrimonio de un insolvente, puede cobrar esos créditos, pero si persigue a alguno que a la vez sea acreedor y deudor del insolvente, hay lugar a deductio —rebaja—: la condemnatio de la fórmula debe ser incerta —incierto— para que el juez pueda deducir del crédito lo que el insolvente debía al demandado; esta deductio era hecha por el juez.

G.4.64 a 68

Marco Aurelio, por un rescripto, en las acciones de derecho estricto y por medio de la excepción de dolo, introdujo la compensación. El demandado la invocaba por medio de la excepción de dolo, pues se consideró que éste existía cuando se reclamaba lo que se estaba obligado a devolver después —dolo facit, qui petit quod redditurus est.

D.50.17.173.3

Esta excepción de dolo permitía al juez estatuir según la equidad en beneficio del demandado y hacer la compensación, que tenía lugar necesariamente *ex dispari causa* —de distinta causa—, por proceder de un contrato unilateral. Esta disposición de Marco Aurelio influyó en las acciones de buena fe, que pudieron compensarse aunque fueran *ex dispari causa* y hasta fue permitido oponer la compensación a una acción penal o *rei persecutoriae* —persecutoria de la cosa— nacida de un delito y aún se pudo invocar en compensación una obligación natural —*etiam quod natura debetur, venit in compensationem*.

D.16.2.6

Bajo Justiniano ya no encontramos ni la compensación del *argentarius* —banquero— ni la deductio —rebaja— del *bonorum emptor*. En cuanto a la compensación establecida por el emperador Marco Aurelio, subsiste, pero Justiniano da mayor amplitud a las compensaciones que se fundan en un derecho evidente. La compensación tendrá lugar en lo futuro en toda

clase de acciones, tanto reales como personales. La compensación no se hará en tanto las deudas no sean liquidadas, esto es, no sólo ciertas, sino fáciles de verificar. La compensación opera *ipso iure*, siendo esta proposición oscura, pero se interpreta generalmente en el sentido de que tiene lugar en virtud de los principios mismos del derecho, sin que el demandado tenga que oponer la excepción de dolo.

I.4.6.30 y C.4.31.14

La doctrina señala ciertos casos de compensación legal, probablemente muy antiguos. El más claro es el relativo a los gastos dotales: un marido recibe en dote un fundo y una suma de dinero, debe devolver los dos valores, pero ejecuta sobre el fundo dotal gastos necesarios y es acreedor a su restitución, de donde los textos nos dicen que este crédito disminuye de pleno derecho su deuda. Esta solución y soluciones análogas son interesantes, porque nos hacen ver que los romanos habían percibido la compensación legal y que no la generalizaron porque no sintieron la necesidad de ello.

D.23.4.5.2 y D.25.1.5.1

56. LA SOLUTIO PER ÆS ET LIBRAM, LA ACCEPTILATIO Y EL PACTUM DE NON PETENDO

Al lado del pago realizado sin formalidades —no reconocido aún por el derecho civil—, existieron en la época clásica procedimientos destinados a extinguir o al menos a paralizar los efectos de las obligaciones, sin que el acreedor haya recibido satisfacción verdadera por parte de su deudor. Las formas más conocidas son la *solutio per æs et libram* —el pago por el cobre y la balanza— y la *acceptilatio*, que se aplica a las obligaciones dimanadas de los contratos verbales.

Solutio per æs et libram. —Esta era antiguamente una operación jurídica solemne, por la cual el deudor de cierta cantidad de cobre o de bronce y más tarde de plata, obligado en virtud del *nexum* debía necesariamente liberarse de su deuda, desligándose por ese medio del lazo obligacional que lo ligaba a su acreedor, utilizando el acto contrario o inverso —la *solutio per æs et libram*—, que en la antigüedad fue un pago verdadero y a la que Gayo posteriormente llamó pago imaginario y que extiende a otras situaciones: “Hay otro modo de pago

imaginario, por medio del cobre y de la balanza. El mismo está admitido solamente en ciertos casos, como por ejemplo, si la deuda proviene de un acto per aes et libram, o si lo que tú debes tiene por causa el haber sido condenado en un juicio o cuando el legatario libera al heredero gravado con el legado." Este modo de extinción seguía un procedimiento formalista para finiquitar limitativamente ciertas obligaciones, las que señala el transcrito texto de Gayo. Este es un acto que no admite término ni condición, bajo pena de nulidad, esta exigencia era impuesta por la fuerza de las cosas, por la misma declaración que hacía el deudor para liberarse.

G.3.173 a 175

La acceptilatio. "La aceptilación es una forma de extinción por medio de una interrogación recíproca, en virtud de la cual se produce la liberación de ambas partes respecto al mismo vínculo", tal es la noción que de ella nos da Modestino, Gayo dice: "También se extingue una obligación por la acceptilatio. Esta es una especie de pago simbólico: si tú quieres liberarme de lo que a ti te debo en virtud de una obligación contraída verbalmente, podría ello ocurrir del siguiente modo: permitiendo tú que yo pueda decir estas palabras: ¿Tienes tú por recibido lo que yo te he prometido? y respondiendo tú: Lo tengo... sólo se extinguen de este modo las obligaciones verbales... pero aquello que es debido por otra causa, puede ser transformado en una estipulación y entonces ser disuelta por acceptilatio." Justiniano dice: Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. —La obligación se disuelve también por la aceptilación. Esta es un pago imaginario—. Por este medio se disuelven sólo las obligaciones formadas por palabras —verbis— pero no las demás. Al igual que la solutio per aes et libram —el pago por el cobre y la balanza—, esta forma no admite término ni condición al celebrarse, bajo pena de nulidad.

G.3.169, 170, D.46.4.7, 4 y 5 I.3.29.1

La aceptilación era el medio adecuado para extinguir las obligaciones verbis: "No puede hacerse aceptilación de más obligación que la nacida verbalmente, pues la aceptilación extingue la obligación verbal porque también ella misma se hace

verbalmente, y no puede extinguirse verbalmente la obligación que no se ha contraído así."

D.46.4.8.3

La aceptilación puede tener otras finalidades, como realizar una remisión de deuda a título de donación, o para la constitución de una dote, más aún, para extinguir sin el correspondiente pago una estipulación contratada bajo el imperio del dolo o de la violencia.

La aceptilación, como el pago, tiene un efecto absoluto con respecto a todos los acreedores o a todos los deudores: el deudor quedará liberado por la acceptilatio hecha por un acreedor accesorio, todos los deudores solidarios serán también liberados por la acceptilatio hecha a uno de ellos, y la acceptilatio que beneficia a un fideiussor, libera también al deudor principal, aunque él esté obligado por un contrato real.

D.46.4.13.7 y 16

Gustó a los romanos la aceptilación como medio o procedimiento de remisión de las deudas y vieron el modo de extender su aplicación; intuyeron rápidamente que aquello que era debido en virtud de otra causa o fuente jurídica, podía ser transformado en una estipulación que sería extinguida en seguida por una acceptilatio: "Aquello que es debido por una u otra causa, puede ser transformado en una stipulatio y entonces ser disuelta por acceptilatio." Partiendo de estas premisas es como el jurista Aquilio Galo, amigo de Cicerón, y creador de otras innovaciones, ideó un formulario que se conoce con el nombre de stipulatio Aquiliana, aplicable en los casos en que se deseaba extinguir relaciones jurídicas muy variadas existentes entre dos personas, mediante un acto extintivo único, una vez convertidas en obligaciones verbales. La fórmula de esta stipulatio puede encontrarse en I.3.29.2 y en D.46.4.18, en un fragmento de Florentino.

El pactum de non petendo. En la antigüedad, de acuerdo con lo dispuesto por la ley de las Doce Tablas, la remisión sólo se efectuaba ipso iure cuando el pactum de non petendo —pacto de no exigir— se refería a las obligaciones nacidas de un delito. Si el acreedor no hacía la remisión de la deuda por medio de una acceptilatio, sino mediante un pacto de remisión o de no exigir, o la acceptilatio no era válida por defecto en

su forma, el deudor no se liberaba ipso iure, sino que tan solo tenía una excepción que le era dada por el derecho pretorio: "Si se hubiera hecho aceptación al que no estaba obligado verbalmente, sino por haber recibido una cosa —re—, no queda éste liberado, pero puede defenderse con la excepción de dolo malo o de pacto convenido."

D.46.4.19

El pacto de no exigir, es una simple convención que sólo pedía para su existencia el acuerdo de las voluntades, pudiendo celebrarse entre ausentes y aún resultar tácitamente de las circunstancias, como de la entrega del título hecha por el acreedor a su deudor: "Por tanto, si yo hubiese devuelto la caución a un deudor, se entiende que se ha convenido entre nosotros que yo no reclamaria, y se estimó que debe favorecerle la excepción nacida de la convención."

D.2.14.2.1

El pactum de non petendo puede versar sobre una parte de la deuda; puede añadirse un término o una condición; puede celebrarse por toda persona que tenga capacidad o poder bastante para hacerlo, como un esclavo sobre los créditos de su peculio; puede celebrarse por el mandatario. Este pacto no opera más que exceptionis ope —en virtud de una excepción—, de manera que el que lo invoque debe tener cuidado de que se inserte en la fórmula para paralizar la acción del demandante.

LECCIÓN XIV

LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

57. LA NOVACIÓN. 58. ELEMENTOS DE LA NOVACIÓN. 59. CONFUSIÓN. 60. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO Y PÉRDIDA DEL OBJETO. 61. LA MUERTE Y LA CAPITIS DEMINUTIO DE UNA DE LAS PARTES. 62. OTROS MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

57. LA NOVACIÓN

La novación es una forma de extinguir las obligaciones establecidas por el derecho civil, por lo que las extingue ipso iure. La novación, dice Ulpiano, consiste en hacer pasar a una obligación nueva el contenido de una obligación anterior. —Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio—. La novación extingue una deuda y hace nacer otra en su lugar. Es útil la novación para cuando el acreedor y el deudor, queriendo conservar el mismo objeto de la obligación, desean modificar alguno de sus elementos, como cambiar su naturaleza: transformando una obligación natural u honoraria en civil; o bien, cambiar la persona del acreedor o del deudor, o añadirle o quitarle una modalidad. Así pues, por la novación desaparece la antigua obligación y se transforma en una nueva. —Nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem.

D.46.2.1, D. 45.1.58

58. ELEMENTOS DE LA NOVACIÓN

Hemos señalado que cualquier obligación puede novarse, no importa que sea natural, civil, honoraria, pero son necesarios determinados elementos para que la obligación antigua se extinga ipso iure y dé nacimiento a una nueva: 1. Hace falta que la nueva obligación tenga el mismo objeto que la

anterior. 2. Es necesario que se empleen las formas exigidas por el derecho civil. 3. La obligación nueva debe diferir de la antigua. 4. Las partes deben tener la intención de novar.

1. *La nueva obligación debe tener el mismo objeto que la anterior*, pero es necesario que la obligación antigua exista, pues no podrá ser extinguido lo que no tiene realidad. La novación puede versar sobre una obligación nacida de una fuente cualquiera, "no interesa cómo sea la obligación precedente, si natural, civil u honoraria, y si verbal, real o consensual; así pues, de cualquier clase que sea la obligación precedente puede novarse verbalmente." Los romanos fueron estrictos con el requisito de que la nueva obligación tuviera el mismo objeto que la antigua, la nueva obligación podía variar en todos los elementos, pero en todos los casos el objeto debía ser el mismo. Teniendo presente esta exigencia nos explicaremos algunas soluciones que de otro modo nos parecerían ininteligibles, así dos personas, aunque estipulen el usufructo de la misma cosa, no estipulan el mismo usufructo, pues éste varía con la persona del usufructuario.

D.46.2.1.1

2. *Empleo de las formas exigidas por el derecho civil*. Para novar es necesario que las partes empleen una estipulación, aunque ningún texto clásico expresa de una manera positiva que haya una fórmula legal para hacerla. Para que haya novación se necesita que la estipulación sea válida en la forma. Sin duda alguna en el derecho civil antiguo ya había procedimientos novatorios, tales como la transcriptio a re in personam.

D.46.2.24

3. *La obligación nueva debe diferir de la antigua*. La novación debe contener algún elemento nuevo, esto es, la obligación que crea, idéntica a la antigua por su objeto, debe diferir en algo. El elemento nuevo es obvio cuando se trata del cambio del acreedor o del deudor —nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem— porque por la intervención de una nueva persona, nace una nueva obligación y la primera transferida en la segunda se disuelve; pero también puede haber cambio de cau-

sa en la obligación, como cuando se transforma un contrato de mutuo en una estipulación, o como cuando se añade o se suprime un término o una condición.

I.3.29.3a

4. *Las partes deben tener la intención de novar*. Este elemento hace falta, pues de lo contrario habría dos obligaciones. Es posible que en el derecho antiguo se manifestara esta voluntad por los términos que emplearan las partes, pero no acontecía así en el derecho clásico, por lo que había lugar a presunciones, lo que originaba dificultades sin fin. Justiniano decide que las partes debían manifestar su voluntad expresa para novar.

I.3.29.3a, D.45.1.58

Efectos de la novación. El efecto extintivo de la novación es absoluto, extingue la primera obligación ipso iure, como el pago, con todos sus accesorios. "Cuando se hace legalmente la novación, se liberan las hipotecas y la prenda y no corren los intereses." "Por otra parte, crea una nueva obligación en la que el deudor, en todos los casos está ligado por un vínculo stricti iuris —de derecho estricto—, sancionado con igual o mayor rigor que la obligación primitiva y sometido a las reglas generales de los contratos verbis. Otro efecto de la novación es que suspendía el pago de los intereses de la deuda antigua y además purgaba la mora del deudor.

D.46.2.15 y 18, D.46.1.60

Lo dicho anteriormente se refiere a la novación ordinaria, llamada también voluntaria, pero además había la novación necesaria que dimanaba de la litis contestatio, cuando el derecho en virtud del cual accionaba el actor se extinguía y en su lugar adquiría un derecho nuevo; el derecho a la condena del demandado. La novación necesaria, a diferencia de la ordinaria, no extinguía las garantías de la deuda antigua, ni suspendía el curso de los intereses.

G.3.180 y D.22.1.35

59. CONFUSIÓN

La confusión ocurre cuando la calidad de acreedor y de deudor se reúnen en la misma persona. "La confusión extin-

que las acciones existentes hasta la fecha, lo mismo que las extingue la aceptación." Este modo de extinción no podrá aplicarse sino respecto a obligaciones transmisibles, lo que no acontece en principio, con las delictuales. La confusión extingue la obligación de pleno derecho, como si hubiera mediado pago, la razón es que no puede deberse uno a sí mismo; si por alguna circunstancia las calidades de acreedor y de deudor, que estaban reunidas en la misma persona, se separan, la obligación recupera su primitiva fuerza. De aquí que la confusión sea más bien una imposibilidad de ejecución que una real causa de extinción.

D.46.3.75 y 95.2

60. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO Y PÉRDIDA DEL OBJETO

En principio, una obligación no puede existir sin objeto, de manera que la obligación cesa cuando la prestación no puede cumplirse por falta de objeto, pero esta falta debe ser ajena a la voluntad del deudor, motivada por imprevistos o imponderables —casus a nullo præstantur—. Esta extinción de la obligación casi siempre se refiere a las prestaciones relativas a hechos o cosas in specie, individualmente determinadas, no es aplicable a cosas genéricas —genera non pereunt—, pues en este caso el deudor sigue obligado; sin embargo, esta solución no se aplica cuando el acreedor se constituyó en mora. Cuando la obligación verse sobre un cuerpo cierto, el deudor se libera si la pérdida proviene de un caso fortuito o de fuerza mayor, pero no se liberará si la pérdida proviene de su dolo o si ha incurrido en mora.

61. LA MUERTE Y LA CAPITIS DEMINUTIO DE UNA DE LAS PARTES

La muerte del deudor extingue la obligación penal, salvo que la acción del acreedor hubiera sido contestada antes de morir. La muerte también extingue las obligaciones en todos aquellos casos en que se ha contratado intuitu personæ, esto es, en donde se ha tomado en cuenta la calidad personal de las partes; por tanto, por la muerte terminará el mandato y la sociedad.

D.17.2.65.9

Como la capitis deminutio maxima y media se equiparan a una muerte civil, irrogan efectos análogos a la muerte, salvo en las obligaciones naturales, porque la razón civil no puede destruir los derechos naturales —quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest—. Además, cuando el capite minutus se ha enriquecido a costa de su contraparte, el pretor acuerda, según el caso, bien la in integrum restitutio a favor de los acreedores, bien acciones ficticias contra el tercero que ha adquirido los bienes del capite minutus.

62. OTROS MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Los contratos consensuales, que son perfectos por el solo acuerdo de las partes, pueden extinguirse por el disentimiento de las mismas. Si el contrato que las partes desean disolver ha tenido un principio de ejecución, hace falta que las cosas vuelvan a su primitivo estado, en cuyo caso las partes se harán las devoluciones necesarias.

D.50.17.35, D.46.3.80

El concurso de dos causas lucrativas extingue las obligaciones de dar un objeto cierto y determinado proveniente de un título lucrativo, y tiene lugar cuando dicho objeto pasa a ser propiedad del acreedor por un modo también lucrativo, así, por ejemplo, la obligación surgida de un legado que ordena al heredero entregar una joya al legatario, se extingue si la joya ha llegado a ser propiedad del legatario porque se la han regalado. La obligación primera se ha extinguido ateniéndose al principio de que no puede ser válida la obligación si su fin es el de dar una cosa ya propia del acreedor. "Todos los deudores que deben una cosa específica por causa lucrativa, quedan liberados cuando aquella cosa llega a poder de los acreedores por otra causa también lucrativa."

D.44.7.17

Existen otros muchos modos de extinción de las obligaciones exceptionis ope —en virtud de una excepción—, que sería largo enumerar, como la exceptio derivada del SC. Macedoniano, del SC. Velleiano, de la ley Cincia, etc.

de las partes; son el polo opuesto de los contratos formales y solemnes del antiguo derecho civil.

64. POR LA MANERA DE INTERPRETARLOS

Por la manera en que son interpretados los contratos, éstos se dividen en contratos de derecho estricto y contratos de buena fe. Entre los primeros tenemos a los contratos *verbis*, *litteris*, al *mutuum*, que tienen como sanción a la *condictio*. Cuando el juez conoce acerca de éstos alguna controversia, para apreciar la medida de la obligación debe atenerse a la fórmula misma del contrato, no pudiendo suavizar su sentencia con razones de justicia o de equidad: se obligó el deudor: debe pagar, haya o no haya recibido previamente todo lo que el acreedor le reclama. Por el contrario, en los contratos de buena fe —el resto del grupo de los formados *re* y los consensuales—, todo se debe arreglar según la equidad, pudiendo el juez, para dictar una sentencia justa, interpretar la voluntad de las partes y no atenerse sólo a la forma externa del acto. Esta clasificación tiene importancia sobre todo en el aspecto procesal, por lo que vuelve a encontrarse formulada a propósito de las acciones, unas de las cuales serán de derecho estricto y otras de buena fe.

65. POR SUS EFECTOS SOBRE LAS PARTES

Atendiendo a los efectos de los contratos sobre las partes, éstos se clasifican en contratos unilaterales y sinalagnáticos o bilaterales. Unilaterales son los que sólo engendran obligación para el deudor y son todos aquellos del derecho civil como son el *nexum*, los *verbis*, los *litteris* y el *mutuum*. Contratos sinalagnáticos son los de buena fe y son aquellos que producen obligaciones para todas las partes contratantes. Estos se subdividen en contratos sinalagnáticos o bilaterales imperfectos y perfectos. Los primeros son aquellos que en el momento de su perfeccionamiento sólo crean obligación a cargo del deudor, pero posteriormente, por motivo del mismo contrato, puede surgir obligación para el acreedor; dentro de éstos tenemos al comodato, al depósito, a la prenda y al mandato. Los segundos son aquellos que en el momento en que se perfeccionan crean obligaciones para todas las partes contratantes, como acontece en la compraventa, arrendamiento y sociedad.

LECCIÓN XV

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

63. POR SU PERFECCIONAMIENTO. 64. POR LA MANERA DE INTERPRETARLOS. 65. POR SUS EFECTOS SOBRE LAS PARTES. 65A. CONTRATOS NOMINADOS Y CONTRATOS INNOMINADOS.

63. POR SU PERFECCIONAMIENTO

Los contratos son susceptibles de múltiples clasificaciones o divisiones, dependiendo esto del distinto punto de vista que se adopte.

Atendiendo a la forma en que se perfeccionan los contratos, podremos dividirlos en: 1. *verbis*, cuando se perfeccionan por las palabras, 2. *litteris*, cuando se realizan por menciones escritas, 3. *re*, cuando son perfectos por la entrega de la cosa, 4. *consensu*, cuando para su perfeccionamiento basta el consentimiento de las partes.

Los contratos *verbis* son la *dictio dotis*, el *iusiurandum liberti* y la *stipulatio*. Estos contratos se perfeccionan, como su nombre lo indica, por medio de las palabras, bajo ciertos requisitos.

El contrato *litteris* se perfecciona por medio de menciones escritas llamadas *nomina transcriptitia*, y que literalmente significa nombres que son transcritos, nombres de los deudores que aparecen en el *codex* o libro de caja del acreedor, con las cantidades que por ellos le son debidas.

Los contratos *re*, *mutuo* o préstamo de consumo, *comodato* o préstamo de uso, depósito y prenda, se perfeccionan por la entrega de la cosa —*re*—, pues se consideró con razón que nadie estaba obligado a devolver si previamente no había recibido.

Los contratos consensuales, compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato, son perfectos por el solo consentimiento

65A. CONTRATOS NOMINADOS Y CONTRATOS INNOMINADOS

Los contratos nominados son todos aquellos que fueron aceptados y dotados de acción, para sancionar su cumplimiento, en la época clásica del Derecho Romano y fueron los contratos *verbis*, los *litteris*, los *re* y los *consensuales*.

En la misma época clásica se principiaron a configurar los así llamados contratos *innominados*, porque no aparecían en la clasificación clásica de los contratos y, por tanto, no habían sido aceptados ni sancionados por el derecho. Fue definitivamente el emperador Justiniano quien los nominó y sancionó: *aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias* —pues o te doy para que me des, o doy para que hagas, o hago para que des, o hago para que hagas.

D.19.5.5

LECCIÓN XVI

LOS CONTRATOS FORMADOS VERBIS

66. EL NEXUM. 67. DICTIO DOTIS Y IUSIURANDUM LIBERTI. 68. LA STIPULATIO, SUS PRINCIPIOS GENERALES. 69. DIVISIÓN DE LAS ESTIPULACIONES. 70. ESTIPULACIONES INÚTILES. 71. ESTIPULACIONES DE ESCLAVOS E HIJOS DE FAMILIA. 72. DIVERSAS APLICACIONES DE LA ESTIPULACIÓN. 73. ESTIPULACIONES Y PROMESAS ACCESORIAS. 74. SPONSIO Y FIDEPROMISSIO. 75. FIDEIUSSIO. 76. EL PRÉSTAMO ESTIPULATORIO Y LA EXCEPTIO PECUNIAE NON NUMERATAE. 77. LA ESTIPULACIÓN DE INTERESES. 78. ACCIONES QUE NACEN DE LA ESTIPULACIÓN.

66. EL NEXUM

A principios de la época histórica los contratos solemnes quedaron reducidos a dos: los *verbis* y los *litteris*, sin embargo, había un contrato primitivo cuya importancia después desapareció, pero que era típico de los primeros tiempos, éste fue el *nexum*, sobre el cual poco se sabe. Para Manilio era todo acto celebrado *per aes et libram*, en el que estaría comprendida la *mancipatio* y el testamento *per aes et libram*, entre otros actos. En cambio para Mucius Scaevola el *nexum* sería el acto *per aes et libram* que crea obligaciones, lo que concordaría con el texto de las Doce Tablas: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*. Como haya sido, el *nexum* era un contrato celebrado por medio del cobre y de la balanza y una *nuncupatio* o declaración, en la que el deudor era señalado como *damnas* (condenado) si en el tiempo fijado dejaba de realizar la prestación debida. Esta *damnatio* autorizaba al acreedor a apoderarse del deudor, en efecto, si el deudor no cubría su compromiso, el acreedor ejercitaba en su contra la *manus iniectio*, encadenándolo y llevándoselo a su casa, teniendo que llevarlo tres días al mercado para ver si alguno pagaba su deuda y lo liberaba de su acreedor; en caso

contrario, el acreedor podía venderlo como esclavo trans Tiberim —cruzando el Tíber—, esto es, saliendo de la antigua ciudad de Roma, pues dentro de ésta ningún libre podía ser vendido como esclavo.

T.5.3. y T.3.5, Ulp.11.14

El excesivo rigor del nexum creó el descontento entre los plebeyos y motivó que hacia el año 326 A. C. la ley *Pœtelia Papiria* dispusiese que el deudor en adelante respondería de sus compromisos con sus bienes y no con su persona. En esta forma se quitó al nexum su principal efecto y pronto cayó en desuso.

El nexum era un contrato de derecho civil, solemne por las formalidades de que estaba revestido y unilateral, esto es, creaba obligación sólo para el deudor.

67. DICTIO DOTIS Y IUSIURANDUM LIBERTI

La *dictio dotis* es una forma particular de constitución de dote que no puede ser usada más que por la mujer, su deudor y su ascendiente paterno. No se sabe cuál era la forma empleada, pero el que la constituía se obligaba *verbis* sin interrogación previa. Este contrato cayó en desuso cuando en el año 428 Teodosio y Valentiniano decidieron que la simple promesa de dote sería obligatoria.

D.23.3.41 y 2

El *iusiurandum liberti* es más importante que el anterior contrato, consiste en una promesa reforzada por un juramento que hace el esclavo a su amo para prestarle determinados servicios una vez que haya sido manumitido, juramento que se renueva al otorgársele la libertad. El primer juramento sólo constituía un compromiso religioso, el segundo era el que daba nacimiento a la obligación civil, sancionada por la *actio operarum*, análoga a la *condictio certæ rei*.

D.38.1.7, D.40.12.44, D.40.4.36

68. LA STIPULATIO, SUS PRINCIPIOS GENERALES

La estipulación es una manera de contratar que consiste en una pregunta hecha por el acreedor, seguida de una respues-

ta del que va a ser deudor. En un principio fue un contrato de derecho civil del cual sólo podían participar los ciudadanos romanos utilizando el verbo *spondeo*, así, el acreedor preguntaba a su deudor: *Spondesne dare?*, a lo que el deudor contestaba: —*Spondeo*. Posteriormente, por la gran utilidad de esta forma de contratar, se hace extensiva a los tratos entre ciudadanos y extranjeros, utilizándose en estos casos otros verbos como *promittis?* *promitto*, *dabis?* *dabo*, etc., reservándose el verbo *spondeo* exclusivamente para los ciudadanos romanos, hasta que el emperador León por una constitución del año 469 suprimió la necesidad de las palabras solemnes.

G.3.92 y 93, I.3.15.1, C.8.37(38)10

Las condiciones para la formación de la estipulación son cuatro: 1. Se necesita una interrogación y que ésta sea seguida de una respuesta, ambas verbales —*Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente*—, por lo cual es inaccesible para los sordos, para los mudos —*et ideo neque mutus neque surdus stipulationem contrahere possunt*— y para los ausentes, porque las partes deben oírse mutuamente —*nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent*.

I.3.19.7. y 12

2. La respuesta debe ser conforme a la pregunta, así, si el acreedor desea que el deudor se comprometa pura y simplemente y éste contesta comprometiéndose a término o bajo condición, el acuerdo falta y el contrato es nulo. También el contrato será nulo si el acreedor pide veinte y el deudor contesta queriéndose obligar sólo por diez, aunque Ulpiano decía que el contrato era válido por diez, pero Gayo negaba su validez, opinión que confirmó Justiniano.

I.3.15.1, D.45.1.83.2

3. Es preciso que haya continuidad entre la pregunta y la respuesta, en el interin las partes no debían ocuparse de otro asunto. —*Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet*.

D.45.1.1.1 y 137 D.45.1.1.4

4. Debe haber concordancia entre la interrogación y la contestación, formalidad que se impuso con bastante rigor;

la respuesta debía ser la reproducción exacta de la pregunta, el promitente no debía cambiar ni los términos ni el sentido.

I.3.19.5

Este contrato se perfeccionaba *verbis*, pero para efectos de prueba solía redactarse un *instrumentum* o *cautio* en cuyo prefacio se anotaba el objeto del contrato, a continuación el cumplimiento de las formalidades, para terminar con los nombres y sellos de los testigos. La estipulación es de derecho estricto, por tanto unilateral, el acreedor —estipulante— no contraía obligación, el único obligado era el deudor —promitente—. El juez de la controversia debía limitarse a la interpretación rigurosa de las palabras, las palabras oscuras se interpretaban favorablemente para el deudor, porque dependía del acreedor haber hecho una interrogación más clara.

D.45.1.38.18

Extinción de la obligación verbal. La obligación verbal se puede extinguir naturalmente y civilmente, según un texto del jurisconsulto Pomponio; naturalmente se extingue la estipulación, como por el pago o cuando la cosa objeto de la estipulación deja de existir sin culpa del promitente; civilmente termina la estipulación, como por la aceptación —*acto inverso*— o cuando el derecho del estipulante y el del promitente se reúnen en una misma persona —por confusión.

D.46.3.107

69. DIVISIÓN DE LAS ESTIPULACIONES

Las Instituciones de Justiniano dividen a las estipulaciones en judiciales, pretorias, convencionales y comunes. Las estipulaciones judiciales son las que derivan del oficio del juez, como la caución de dolo, la promesa de perseguir a un esclavo fugitivo o de restituir su precio. Son ordenadas por el juez cuando las partes están in iudicio. La caución de dolo es ordenada por el juez, en un pleito de reivindicación, respecto del poseedor, para que responda de todo dolo por el cual hubiese podido experimentar algún perjuicio la cosa restituida. La *cautio* de *persequendo servo* puede ser ordenada por el juez cuando la reivindicación de un esclavo es ejercitada contra un poseedor de buena fe y éste ha usucapido al esclavo du-

rante el pleito, escapando el esclavo; en este estado, sería injusto condenarle y no lo sería menos absolverle; el juez le mandará pues, que se obligue por promesa hecha en virtud de una estipulación a perseguir al esclavo y a restituirlo cuando lo haya encontrado y en caso de falta, desidia o contravención de su parte, debe restituir el precio.

D.45.1.5, D.46.5.1

Las estipulaciones pretorias son aquellas que corresponden al oficio del pretor, tales como las relativas al daño inminente —*damni infecti*— o a los legados. En la clasificación de estipulaciones pretorias se comprende también a las estipulaciones edilicias, porque se derivan igualmente de esa jurisdicción. Aquí las partes se encuentran *in iure*, ante el magistrado encargado de administrar justicia, y se trata bien de formalizar una instancia, bien de hacer que el magistrado mismo estatuya acerca de un interés.

D.45.1.52, I.3.18

La *cautio damni infecti* tenía por objeto garantizar a una persona contra un daño que aún no estaba causado, pero que era inminente —*damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur*—, por ejemplo, el edificio vecino amenaza ruina poniendo en peligro mi propiedad, si cae, mi vecino se libera de responsabilidad abandonando los escombros; para prevenir esta situación puedo obligar antes a mi vecino a que me dé seguridades de que me indemnizará, si así no ocurre en el plazo prefijado, el pretor da la detentación del edificio a título conservatorio, detentación que puede convertirse en una verdadera posesión ante la negativa del vecino a suministrar caución. La *cautio legatorum* la otorga el heredero al legatario cuando el legado es a plazo o bajo condición, para garantizar el pago en su oportunidad.

D.39.2.2

Las estipulaciones convencionales son aquellas que toman su origen en la sola conformidad de las partes, es decir, sin mandato ni del juez ni del pretor, sino por efecto de la libre convención de los contratantes. Hay tantas especies de éstas, por decirlo así, cuantas son las obligaciones que se contraen.

Las estipulaciones comunes son, por ejemplo, la de que los

intereses del pupilo quedarán salvos —*rem salvam fore pupillo*— porque están ordenadas por el pretor y a veces también por el juez.

D.45.1.52

70. ESTIPULACIONES INÚTILES

Bajo el rubro de *De inutilibus stipulationibus* las Instituciones de Justiniano señalan sin concierto las distintas causas por las que las estipulaciones serán nulas. Se dice que la estipulación es inútil cuando, según las reglas mismas del derecho civil, es nula, no produciendo ninguna obligación; si al pretor le parece esta nulidad clara y demostrada, no debe organizar la instancia sino denegar la acción.

Las estipulaciones serán nulas, según el orden de las Instituciones: 1. Si alguno estipuló la dación de una cosa que no existe o que no puede existir. 2. Lo mismo sucede si alguno estipula la dación de una cosa sagrada o religiosa, que creyese profana, o de una cosa pública, o de un hombre libre al que se cree esclavo. 3. Si alguno responde que otro dará o hará, no está obligado, pero si responde que él mismo hará de manera que el tercero dé, estará obligado. 4. Si alguno estipula para un tercero, para otro que no sea aquel bajo cuya potestad se halla, el acto es nulo. 5. La estipulación es también inútil si la respuesta no concuerda con la pregunta. 6. La estipulación es inútil si tú estipulas de aquel que se halla bajo tu potestad, o si él estipula de ti. 7. El mudo y el sordo no pueden estipular ni prometer. 8. El loco no puede ejecutar ningún negocio, porque no entiende. 9. El impúbero sometido a la patria potestad no puede obligarse, ni aún con la autorización de su padre. 10. La estipulación es nula si se subordina la obligación a una condición imposible. 11. La obligación verbal no puede contraerse entre ausentes. 12. Ninguno podrá estipular que se le diese después de su muerte, ni tampoco después de la muerte del promitente. 13. Si alguno estipula: Si tal navío llega de Asia, ¿prometes darme hoy? sería inútil, porque se halla concebida de una manera prepóstera, esto es, tergiversa el orden de los acontecimientos. 14. El que promete que otro hará, no está obligado. 15. Ninguno puede válidamente estipular la cosa que algún día será suya, para el caso en que llegue a serlo. 16. Si el estipulante ha tenido en

la intención una cosa y el promitente otra. 17. La promesa hecha por una causa torpe.

I.3.19, D.44.7.1.9 y ss.

71. ESTIPULACIONES DE ESCLAVOS E HIJOS DE FAMILIA

El ciudadano *sui iuris* podía adquirir la propiedad y los demás derechos reales por medio de las personas colocadas bajo su potestad, igual acontece con los derechos de crédito.

El esclavo es civilmente incapaz de contratar, cuando lo hace por sí solo queda obligado naturalmente, pero para beneficio de su amo si podía contratar desempeñando el papel de acreedor: se consideraba que tomaba prestada la capacidad de su amo, de ahí que si éste no era capaz no podía estipular válidamente. Por intermedio del esclavo el amo se hacía acreedor sin saberlo, aprovechando al amo la adquisición en el mismo instante en que se celebraba la estipulación. Pero si bien el amo se hacía acreedor por medio del esclavo, no podía obligarse por su conducto —*melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*—, lo que era contrario a la equidad. El pretor remedió esta desigualdad, admitiendo que los terceros podían obrar contra el amo en razón de los contratos que habían tenido con su esclavo, mediante las acciones *quod iussu*, *excercitoria*, *institoria*, *tributoria*, de *peculio* y de *in rem verso* —de lo que se hizo con autorización, *ejercitoria*, *tributoria*, de *peculio* y de provecho obtenido—, fundándose en la consideración de que quienes habían contratado lo habían hecho en consideración a la persona del amo o del *paterfamilias* y no a la del esclavo o del hijo —*qui ita negotium gerit magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur*.

El hijo de familia púber tiene por sí mismo la capacidad de estipular, pero como no puede tener nada en propiedad, el crédito es adquirido por el padre de familia, salvo que se trate del *peculio profecticio*, *castrense* o *cuasicastrense*; si el crédito se une a los bienes adventicios, sólo el padre tiene derecho a ejercitar la acción, pero lo que resulte pertenece en propiedad al hijo y el usufructo al padre.

Las obligaciones nacidas de las estipulaciones hechas por los hijos de familia estaban en general sujetas a las mismas reglas que las de los esclavos y originaban las mismas acciones pretorias ya señaladas, aunque había algunas diferencias: 1.

Como el hijo de familia es capaz de obligarse civilmente, los terceros podían perseguirlo directamente por la acción nacida del contrato o bien ejercitar contra el padre la acción pretoria. 2. Cuando el hijo de familia se ha obligado con motivo de sus peculios, es tratado como *sui iuris* y los terceros sólo tienen acción contra él.

D.14 y D.15

72. DIVERSAS APLICACIONES DE LA ESTIPULACIÓN

Como más que un contrato la estipulación era una forma de contratar, de hacer válidas las distintas convenciones o pactos, tenía infinidad de aplicaciones; si a eso añadimos que su objeto podía ser cualquier hecho o dación, nos encontramos con que prácticamente podía cubrir todas las necesidades contractuales del ciudadano romano, los mismos contratos bilaterales eran fácilmente reducibles a dos estipulaciones. Servía también, como veremos en seguida, para que dos o más deudores pudieran obtener préstamos con facilidad, así como para garantizar la deuda de otro. Las limitaciones de este contrato eran que no podían hacer uso de él ni los sordos ni los mudos, ni celebrarse entre ausentes.

D.45.1.1

73. ESTIPULACIONES Y PROMESAS ACCESORIAS

Junto con los deudores y acreedores principales hay otras personas que desempeñan en el contrato estipulatorio un papel accesorio: estipulan al lado del acreedor, en cuyo caso se llaman *adstipulatores*; o prometen al lado del deudor, siendo en este caso designados genéricamente como *adpromissores*, para facilitar o garantizar los efectos del contrato principal. *Possumus tamen ad id quod stipulamur alium adhibere, qui idem stipuletur; quem vulgo adstipulatorem vocamus* —respecto de lo que estipulamos, podemos agregar otra persona que estipule lo mismo, al cual llamamos comúnmente *adstipulator*—. *Pro eo quoque qui promittit, solent alii obligari: quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores appellamus* —hay también otros que suelen obligarse por aquél que se compromete a los cuales llamamos a unos *sponsores*, a otros *fidepromissores* y a otros *fiadores*.

G.3.110 y 115

Del adstipulator. El *adstipulator* es un acreedor accesorio que en calidad de mandatario ha estipulado del deudor el mismo objeto que el estipulante principal. Este contrato puede hacerse inmediatamente o después del contrato principal, pero siempre que haya habido estipulación. El *adstipulator* interroga al deudor: *Idem dari spondes? —¿Prometes dar lo mismo?—*, a lo que contestaba el deudor: *Spondeo —prometo—*. En la estipulación accesorio no hace falta emplear los mismos términos que en la principal. Esta estipulación tenía sus ventajas, pues, a) el *adstipulator* podía perseguir al deudor, b) para después de muerto el estipulante principal, el *adstipulator* podía perseguir al deudor, dando cuenta a los herederos.

Los principios que rigen la *adstipulatio* son: 1. Que el *adstipulator* es personalmente acreedor: ha estipulado con el que hace la promesa, puede perseguirle o hacerle entrega por aceptación, lo que extingue la deuda para el acreedor principal. 2. Es acreedor accesorio: no puede estipular otra cosa que lo que ha estipulado el acreedor principal, ni estipular en condiciones más onerosas para el deudor. "El *adstipulator* puede estipular menos pero no más que el estipulante... si yo estipulo pura y simplemente, él puede estipular bajo condición, pero no a la inversa." 3. Es mandatario del acreedor principal, tiene obligación de darle cuenta y puede ser forzado a ello por la acción *mandati directa*. La ley *Aquilia* consideraba este daño que hacía el *adstipulator* al acreedor como un delito especial, a cuyo fin daba la *actio legis Aquiliae* —acción de la ley *Aquilia* —al acreedor principal y se condenaba al doble al culpable.

D.45.2.2, G.3.113, 215 y 216

La *adstipulatio* tenía ciertas reglas que derogaban los principios generales del derecho: a) el crédito del *adstipulator* no pasa a sus herederos —*adstipulatoris heres non habet actionem*—, b) un esclavo no puede ser *adstipulator* aunque pueda estipular por cuenta de su amo; c) el hijo de familia puede ser *adstipulator*, pero su crédito no pasa al paterfamilias y no puede perseguir al deudor sino hasta ser *sui iuris* —*independiente*— sin sufrir *capitis deminutio* —cambio de estado.

G.3.114

De los adpromissores. Adpromissor es el que se compromete accesoriamente con el promitente principal para garantizar al acreedor contra el riesgo de la insolvencia del deudor. Este procedimiento permite al acreedor hacerse pagar más rápidamente que si toma una garantía real. Por su comodidad y antigüedad, el contrato de estipulación fue el único empleado para realizar el compromiso de las cauciones, de donde su nombre de adpromissores, que abarca tres especies: 1. Los sponsors, cuando la estipulación exigía el uso del verbo spondere, privativo de los ciudadanos romanos; 2. Los fidepromissores, accesible, a ciudadanos y peregrinos —fidepromittis? fidepromitto—; 3. Los fideiussores, que se obligan por la fórmula, fideiubes? Fideiubeo.

G.3.115, I.3.20

74. SPONSIO Y FIDEPROMISSIO

El sponsor debe ser ciudadano romano, se obliga utilizando el verbo spondeo, no así el fidepromissor, que podía ser peregrino y se obligaba por el verbo fidepromitto. Ambos están regidos por los mismos principios, —sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est— y sólo servían de garantía en los contratos verbis —illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum—, su obligación no pasaba a sus herederos —sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur.

G.3.118 a 120.

Sus características son: 1. Que son personalmente deudores, de donde pueden ser perseguidos y su pago libera a los demás; 2. Son deudores accesorios, no pueden prometer más que el deudor principal, ni obligarse bajo condiciones más onerosas, pero podían prometer menos; 3. Son mandatarios del deudor principal, contra el cual pueden recurrir si han pagado, una ley Publilia aseguró este recurso, autorizando al sponsor que no había sido reembolsado por el deudor dentro de los seis meses siguientes al pago a ejercitar contra él la manus iniectio pro iudicato. En el procedimiento formulario esta vía fue reemplazada por la actio depensi —acción de pago— con condena al doble en caso de negativa del demandado.

G.3.127 y 4.22

Algunas leyes de carácter popular establecieron un trato especial para los sponsors y fidepromissores, haciendo su compromiso menos oneroso y que terminaron por dar lugar a la fideiussio: 1. Praeterea inter sponsors et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit, la ley Apuleya estableció de pleno derecho la sociedad entre los sponsors y los fidepromissores: el que pagaba, por la actio pro socio exigía a los demás su parte. 2. La ley Furia limitó su obligación a dos años y dividió de pleno derecho la deuda entre todos los que existieran aún el día del vencimiento. El sponsor que por error ha pagado más de su parte, puede usar de la manus iniectio pro iudicato contra el acreedor que no le devuelve el excedente. 3. La ley Cicereia exigió que el acreedor declarase públicamente por qué deuda recibía sponsors o fidepromissores y cuál era su número; disponía de treinta días para hacerlo, bajo pena de liberación de los adpromissores. 4. La ley Cornelia prohibió que una misma persona pudiese dar caución del mismo deudor en provecho del mismo acreedor en el mismo año por más de veinte mil sestercios, bajo pena de nulidad, tendiendo con esto a limitar el crédito de los deudores.

G.3.121 a 124

75. FIDEIUSSIO

“Puede uno obligarse en nombre propio o ajeno; el que se obliga en nombre ajeno se llama fiador. Generalmente, exigimos del que se obliga en nombre propio otros que se obliguen por la misma obligación, pues procuramos que el objeto de la obligación nos quede mejor asegurado.” El fiador puede ser ciudadano o extranjero. Se obliga por la fórmula: Idem fideiubes? Fideiubeo. Los progresos de la estipulación se aplican a este compromiso y terminó por aceptarse que el fiador que deja escribir que ha prometido, se considera obligado.

D.44.7.1.8, D.45.1.30, G.3.116

Caracteres de la obligación del fiador. Es una obligación accesoria destinada a garantizar a una principal, de donde: 1. Se une siempre a una obligación principal, su empleo no está limitado a la obligación verbis, sino que puede unirse a cualquiera obligación, aún a una natural. El compromiso del fiador seguía de ordinario a la formación de la obligación prin-

cial, pero podía ser contraído para una obligación futura en caso de que se realizara. 2. Debe tener el mismo objeto que la obligación principal, si se promete otra cosa el compromiso es nulo, el fiador no puede prometer bajo condiciones más onerosas, pero sí puede prometer menos que el deudor y su obligación puede estar sancionada más enérgicamente que la del deudor (caso de obligación natural). La obligación del fiador no está limitada en su duración, es perpetua y transmisible a sus herederos. "El fiador, como hace las veces del deudor, se obliga él mismo y deja obligado a su heredero."

D.16.2.4, G.3.120 y 126, D.46.1.4.1

Relaciones del acreedor con los fiadores. Cada fiador ha prometido al acreedor, por lo que todos están obligados hacia él. El acreedor puede exigir el pago a quien quiera, pues los fiadores se han obligado sin restricción; como el objeto de la obligación es único, si uno paga, los demás se liberan. "Suele defenderse a los fiadores para que se obligue al estipulante a que ceda al fiador que esté dispuesto a pagar la deuda entera los créditos contra los otros fiadores", según dice Juliano en su libro 89 de los digestos. Si el acreedor persigue judicialmente a cualquiera, la *litis contestatio* producía su efecto extintivo, pero por convención especial entre las partes podía evitarse este efecto.

G.3.121, D.46.1.49.1 y 26

Estos principios eran rigurosos para el fiador, quien no tenía un interés personal en el asunto y, sin embargo, se hallaba expuesto a pagar toda la deuda, aunque después podía obrar contra el deudor; esta incomodidad se remedia con el beneficio de división y con el de discusión.

Del beneficio de división. La ley Furia había decidido que la deuda se dividiera de pleno derecho entre los sponsors y los fidepromissores que existieran al vencimiento de la deuda, pero ésta no se aplicaba a los fiadores, hasta que Hadriano por un rescripto les concedió este beneficio, pero no tenía lugar de pleno derecho, sino que el fiador debía invocarlo y si pagaba todo por error, no podía por la *condictio indebiti* reclamar la parte que hubiera excedido. La división se efectuaba entre los fiadores solventes en el momento de la *litis contes-*

tatio. Este beneficio era negado a los fiadores del tutor y a los que negaban su obligación.

G.3.121, D.46.1.49.1 y 26

Del beneficio de discusión. El fiador podía verse perseguido por el acreedor, en cuyo caso le daba mandato de proceder en contra del deudor principal a riesgo y peligro del fiador; en esta forma el acreedor tenía dos acciones: la que tenía contra el deudor y la acción *mandati contraria* contra el fiador si no le pagaba todo el deudor; en esta forma el fiador sólo pagaba lo que no hubiera podido pagar el deudor. Otro medio consistía en la *fideiussio indemnitis*, que resultaba de los términos mismos empleados en la estipulación; el acreedor en lugar de preguntar al fiador, *Idem dare fideiubes?*, le preguntaba: *Quanto minus a Titio consecutus fuero, tantum dare fideiubes?* ¿Lo que no pueda lograr que me pague Ticio, prometes dármele? Así el fiador se ha comprometido bajo condición: si el deudor no paga o no paga todo. Pero estos procedimientos sólo podían utilizarse con el consentimiento del acreedor. Justiniano en 539 decidió que el acreedor debía obrar primero contra el deudor principal y después contra los fiadores. El fiador accionado antes que el deudor, podía negarse a pagar en tanto el deudor no fuera perseguido y demostrada su insolvencia por la venta de sus bienes. Este derecho es el que se ha llamado el beneficio de orden.

I.3.26.2, D.17.1.45.8, D.50.16.150

Relaciones de los fiadores entre sí y con el deudor principal.

El fiador está obligado por cuenta de otro, si ha pagado no es equitativo que soporte toda la deuda, debe tener recurso contra el deudor y contra los demás fiadores. *Omnes exceptiones, quæ reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt* —Todas las excepciones que competen al deudor, competen también al fiador, incluso contra la voluntad del deudor.

D.44.1.19

Recursos contra el deudor principal. Si el fiador se ha obligado por ruego del deudor, es su mandatario y tiene contra él la acción *mandati contraria*, siempre que no haya descuidado oponer al acreedor un medio de defensa que hubiera acarreado su absolución. Si el fiador se ha comprometido sin ruego del

deudor, pero sin su oposición, si paga, tiene contra él la acción negotiorum gestorum contraria; si fia sin quererlo el deudor, algunos le dan esa acción, pero la mayoría negaba recurso.

L.3.20.6, G.3.127, D.17.1.6.2, 20.1 y 53

Recursos contra los demás fiadores. Cuando varios fiadores afianzaban una misma deuda, este hecho no les daba ningún recurso, por lo que se ideó el beneficio de la cesión de las acciones, por el cual el acreedor cedía sus acciones al fiador en el estado en que se encontraran para que éste pudiera repetir en contra de los cofiadores. "En las acciones personales, los acreedores posteriores con cuyo dinero se pagó a los acreedores anteriores, se subrogan en su lugar." "Cuando el que tiene un deudor y unos fiadores y cede sus acciones a uno de los fiadores mediante el pago de una cantidad, podría pensarse que estas acciones ya no existen, una vez que él ha cobrado lo que se le debía, y que todos han quedado liberados por ese pago, pero no es así, porque no es cobrar lo que hace, sino que, en cierto modo, ha vendido su crédito y por eso conserva las acciones, pues está obligado precisamente a entregar estas acciones." Este fragmento de Paulo está confirmado por otro de Juliano que citamos anteriormente.

D.42.3.2, D.46.1.36, C.8.40(41)11

Extinción de la fianza. Como la obligación del fiador es accesoria, se extingue por vía de consecuencia o directamente. Por vía de consecuencia al mismo tiempo que la obligación principal, siempre que ésta se extinga de un modo absoluto, como por el pago, que afecta al objeto mismo que es único; si se trata de una causa de liberación personal al deudor, los fiadores permanecen obligados. Por vía directa se extingue en virtud de una causa que se realiza en la persona del fiador, pero que puede liberar sólo a él si únicamente afecta a su relación con el acreedor y no al objeto que es único.

D.45.2.19, G.3.168

76. EL PRÉSTAMO ESTIPULATORIO Y LA EXCEPTIO PECUNIAE NON NUMERATAE

En virtud de la estipulación y del contrato litteris, el deudor se obliga aun cuando su obligación no tuviera causa, de

manera que un acreedor poco escrupuloso podía perseguir en justicia a su deudor y exigirle el pago de lo que no le había entregado; cierto que el deudor podía oponerle la exceptio doli, pero según los principios generales competía al deudor probar el hecho del dolo invocado en su defensa, cosa muy difícil para él. Ante esa circunstancia fue hecha una reforma en su interés: se decidió que el deudor perseguido en virtud de una estipulación o de un contrato litteris y que pretendía no haber recibido la cantidad que se le exigía, podría hacer valer este medio de defensa bajo la forma de una excepción especial llamada non numerata pecuniae —de dinero no entregado—, que derogaba las reglas ordinarias en materia de prueba, pues pasaba su carga al acreedor, éste era quien debía demostrar que había hecho la entrega. Esta excepción estaba a la disposición del deudor durante cinco años y bajo Justiniano durante los dos años siguientes a la redacción del documento o de la estipulación. Expirando el plazo ya no podía usarla contra el acreedor, por lo que se permitió al deudor obrar por anticipado y ejercitar una condictio sine causa para reclamar al acreedor el chirographum —vale— suscrito sin causa y anular así la obligación literal.

D.44.4.2.3, I.3.21, G.4.116

77. LA ESTIPULACIÓN DE INTERESES

Los acreedores poco escrupulosos, solían cobrar intereses elevados a los deudores, intereses que descontaban de antemano de la cantidad estipulada. Para combatir un tanto esa costumbre y dar protección a los deudores, Caracalla les concedió a éstos la exceptio non numeratae pecuniae —excepción de dinero no entregado.

La estipulación solía ser empleada en el mutuo para producir intereses, pues el mutuo por sí solo no los daba, y un pactum adiectum era inoperante para crearlos, por ser el mutuo un contrato de derecho estricto.

78. ACCIONES QUE NACEN DE LA ESTIPULACIÓN

Las Institutas de Justiniano nos dicen que la estipulación produce dos acciones: la condictio, si la estipulación es cierta, y si es incierta, la acción ex stipulatu. Hay dos clases de con-

diciones, según sea el objeto de la estipulación, si éste es una cantidad de dinero, la acción será la *condictio certæ creditæ pecuniæ*; si el objeto consiste en cosas determinadas distintas del dinero, la acción será la *condictio certæ rei* o *condictio triticaria*. Si el objeto de la estipulación es *incertum*, da lugar a la *actio ex stipulatu*. Nacen todas estas acciones de la estipulación por ser muy amplio su objeto.

I.3.15, D.12.1.24

LECCIÓN XVII

LOS CONTRATOS FORMADOS LITTERIS

79. EL CONTRATO LITTERIS EN SU FORMA ARCAICA. 80. SU FORMA, CONTENIDO Y ESPECIES. 81. CHIROGRAPHIA Y SYNGRAPHÆ. 82. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DEL CONTRATO LITTERIS Y DE LA ESTIPULACIÓN

79. EL CONTRATO LITTERIS EN SU FORMA ARCAICA

El contrato *litteris* pertenece al derecho civil, es solemne, unilateral y engendra una acción de derecho estricto que es la *condictio certæ creditæ pecuniæ* —la condición de una cantidad determinada de dinero.

Los contratos *litteris* se perfeccionaban por medio de un asiento escrito en determinadas condiciones, en un registro o *codex*; de ahí que se les conozca con ese nombre porque tenían validez por virtud de las menciones escritas, a diferencia de los contratos *verbis* que la tenían por las palabras pronunciadas por las partes.

Los contratos *litteris* estaban aún en uso en la época clásica, pero bajo Justiniano ya no se utilizaban: *Olim scriptura fiebat obligatio... quæ nomina hodie non sunt in usu* —se contraía antiguamente la obligación por la escritura... pero estos contratos no están hoy en uso—. El contrato *litteris* no figura en la lista de los contratos dada en D.44.7.1.1 y en D.46.2.1.1; las noticias que tenemos de él nos han llegado gracias a la Instituta de Gayo en G.3.128 a 138; otra fuente de conocimiento de estos contratos son las referencias que a ellos hace Marco Tulio Cicerón, principalmente en la defensa del comediante Quintus Roscius.

I.3.21

Probablemente ya en los tiempos de las guerras púnicas las costumbres impusieron al *paterfamilias*, no a los sometidos

bajo su potestad, la obligación de tener un registro doméstico donde se anotaran todos los actos importantes que modificaran la composición de su patrimonio. Es probable que en este registro hubiera una página para los ingresos —acceptum— y otra para los egresos —expensum—; además del codex el ciudadano llevaba los adversaria, especie de borrador o libro diario en el cual transcribía las operaciones menores.

Tito Livio 24.18 y 35.7

Las anotaciones en el codex estaban hechas con el nombre de la persona con quien se había tratado y eran llamadas nomina. Cuando estos nomina eran escritos para corroborar un préstamo de dinero, se les llamaba arcaria nomina y eran un medio de prueba: el prestatario estaba obligado en virtud del mutuo —contrato formado re— y el arcarium nomen (la anotación escrita) demostraba que el dinero había salido de la caja, ex arca. La inscripción se llamaba transcriptitium nomen —nombre transferido— y engendraba una obligación literal cuando la anotación era hecha: a) para hacer una donación, b) cuando una persona consentía en obligarse a pagar una suma de dinero, c) cuando se transformaba una obligación preexistente en obligación litteris.

G.3.137, 131 y 128

80. SU FORMA, CONTENIDO Y ESPECIES

Como hemos indicado y el mismo nombre de estos contratos lo dice, se perfeccionan mediante la escritura que efectúa el paterfamilias en su libro de registro o codex; tratemos, pues, de los requisitos que deben concurrir para que la obligación pueda formarse litteris:

1ª La obligación literal supone menciones escritas redactadas por el acreedor en su codex, éste siempre anota que ha desembolsado cierta suma de dinero para el deudor —expensum ferre debitori—. Es cuestión no aclarada si a esta salida del acreedor debía corresponder en el codex del deudor la correlativa entrada —acceptum— de esa cantidad. En una primera época el rigor de la contabilidad privada debió determinar anotaciones en los respectivos libros de las partes, pero en la época

clásica ya no era exigida, bastaba que el acreedor anotara en su codex.

2ª Estas menciones escritas figuran no sobre una hoja cualquiera, sino sobre las tabulae o codex accepti et expensi —libro de las entradas y salidas— donde el paterfamilias anota todas las cantidades que recibe o entrega por cualquier título.

3ª No se exige ninguna mención escrita por parte del deudor para el perfeccionamiento del contrato, aunque sin duda alguna un deudor cuidadoso anotará en su codex la entrada —acceptum— de esa cantidad.

G.3.137

Las obligaciones nacidas del contrato litteris se llaman nomina transcriptitia —nombres transferidos— y la operación que les da origen, esto es, el contrato mismo, se llama transcriptio —transferencia—. Se hace la transferencia de dos modos: fit autem nomen transcriptitium duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam —se hace, pues, la transferencia del nombre de dos formas: o de la cosa a la persona, o de persona a persona—; en la primera intervienen dos personas, tres en la segunda.

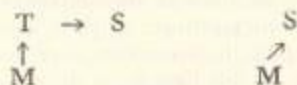
G.3.128

Transcriptio a re in personam. “Se hace la transcripción a re in personam cuando por ejemplo yo te anoto en la hoja del expensum lo que tú me debes por causa de una compra, de una locación o de una sociedad”. En este caso el acreedor anota en su codex que ha recibido de su deudor lo que éste le debía por determinado concepto —venta, locación o sociedad, según el texto de Gayo— y, aunque en realidad esa entrega no se ha consumado, en la columna de los expensi anota como entregada esa misma suma de dinero a su deudor. Por lo expuesto, se ve que están tratando de transformar en literal una obligación preexistente, las partes están novando la obligación antigua y la están transformando en una obligación civil, nacida litterarum —de las menciones escritas—. Hay aquí una obligación que se extingue por la acceptilatio dando lugar a una nueva obligación literal, que la reemplaza; hay un pago y un préstamo ficticios. Mediante el anterior simple juego de asientos de contabilidad, se lograba transformar obligaciones civiles o de buena fe, en obligaciones que siempre eran de es-

tricto derecho, con todos los beneficios y seguridades que ello reportaba al acreedor.

G.3.129

Transcriptio a persona in personam. Cuando la transcripción tenía lugar de persona a persona, no era la causa de la deuda lo que cambiaba, sino la persona del deudor. Mevio debe a Ticio diez aureos, Ticio a su vez es deudor de la misma suma a Sempronio; Ticio le ofrece a Sempronio como nuevo deudor a Mevio, quien lo acepta, anotando en su codex que Ticio le ha pagado los diez aureos y que esa misma suma la ha entregado a Mevio. Esta transcriptio permitía al deudor liberarse sin desembolsar numerario, sustituyéndose por otra persona; el acreedor, por su parte, podía encontrar un deudor más solvente o más conocido.



G.3.130

Objeto del contrato litteris. Como se ha visto, la obligación literal surgía de la anotación que hacía el ciudadano romano en su codex o libro de caja; como en estos libros los asientos necesariamente tienen que ser hechos en dinero, sólo el numerario podía ser objeto de esta clase de obligación. A diferencia de la stipulatio, la transcripción no podía referirse a otro objeto mas que a dinero, el objeto no podía ser de ninguna manera una cosa incierta, ni un hecho ni una abstención. Así pues, el contrato litteris no puede dar nacimiento más que a obligaciones de una suma de dinero, sancionadas por la actio legis sacramentum in personam y después de la ley Silia (200 a. C.?) por la legis actio per conditionem y en el procedimiento formulario por la conditio certae creditae pecuniae —condición de determinada suma de dinero—. Este contrato no puede celebrarse condicionalmente, pues entra el dinero en el arca y se hace la anotación, o no entra, y entonces no hay por qué hacerla.

81. CHIROGRAPHÆ Y SYNGRAPHÆ

Los contratos formados litteris no eran accesibles a los peregrinos; Gayo nos señala dos especies de escritos que con respecto a ellos los reemplazaban, éstos eran los chirographa y los syngraphæ, usados particularmente por los griegos. Pero mientras que en el contrato litteris la escritura es obra del acreedor, en éstos es el deudor quien declara deber. Materialmente el chirographa y el syngrapha son fáciles de distinguir, el primero es firmado por el deudor y conservado por el acreedor; el segundo lleva la firma de cada parte y se redacta por duplicado. El contrato litteris estaba en vigor al fin de la República, pero fue perdiendo importancia porque los ricos acostumbraron utilizar los servicios de los banqueros y abandonaron paulatinamente el uso de los códigos y, por otra parte, adoptaron el empleo de los chirographa y de los syngraphæ.

D.2.14.47.1, D.22.1.41.2

82. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DEL CONTRATO LITTERIS Y DE LA ESTIPULACIÓN

Semejanzas. Como la estipulación, el contrato litteris es de derecho civil, solemne, unilateral, engendra una acción stricti iuris —la conditio certae creditae pecuniae— y excluye toda búsqueda de las causas reales que hayan podido determinar el acuerdo de las voluntades.

Diferencias. Las formas del contrato litteris no tienen nada de común con las de la estipulación; como consisten en menciones escritas, pueden servir para obligar tanto a un sordo, como a un mudo y aún a un ausente, en este respecto es más amplio que la estipulación; pero, como por otra parte, estas menciones deben estar escritas en el codex del acreedor, resulta que los peregrinos, no estando obligados a llevarlo, no pueden adquirir por esto un crédito literal; por la misma razón los esclavos y los hijos de familia no pueden usar este contrato. Como lo escrito constata la entrega de dinero, excluye necesariamente la condición expresa.

G.3.138

Como la obligación litteris tiene necesariamente por objeto una suma determinada de dinero, de esto se sigue que siempre

será sancionada por la *condictio certae creditae pecuniae*, a diferencia de la estipulación que según la amplitud de su objeto puede ser sancionada por la *condictio certae creditae pecuniae*, la *condictio triticaria* y la *actio ex stipulatu*.

I.3.15.pr.

LECCIÓN XVIII

LOS CONTRATOS FORMADOS RE

83. EL MUTUO. 84. FORMACIÓN Y OBJETO DEL MUTUO. 85. LOS INTERESES EN EL MUTUO. 86. SANCIÓN DEL MUTUO. 87. DIFERENCIAS DEL MUTUO CON LOS DEMÁS CONTRATOS REALES. 88. FENUS NAUTICUM. 89. EL SENADOCONSULTO MACEDONIANO. 90. EL COMODATO. 91. FORMACIÓN Y OBJETO DEL COMODATO. 92. EFECTOS DE COMODATO. 93. SU SANCIÓN.

83. EL MUTUO

Los contratos *re* —mutuo, comodato, depósito y prenda— tienen importancia porque tienden a hacer menos formalista al derecho, para su perfeccionamiento ya no se requiere ninguna solemnidad, no hay que pronunciar palabras consagradas, ni son necesarias anotaciones escritas: bastó la entrega de la cosa —*re*— para dar la medida de la obligación del deudor. El mutuo es un contrato que pertenece todavía al derecho civil, los otros tres, al derecho de gentes, el Derecho Romano está recibiendo ya el influjo de ese derecho, en contra del rigor del derecho antiguo.

Los contratos anteriores que hemos estudiado en realidad no eran más que formas de contratar, de dar fuerza obligatoria a convenciones muy variadas. En cambio, los contratos *re* y los consensuales se aplican cada uno a una operación especial; si nos dicen que se ha celebrado una estipulación, no sabemos qué negocio se haya contratado; por el contrario, si nos dicen que se ha concertado un comodato, ya sabemos que se contrató un préstamo de uso.

El contrato de mutuo reviste especial significación, pues en él se realiza plenamente la justicia conmutativa que inclina a la voluntad a dar estrictamente a cada persona lo que a ella corresponde, conservando la igualdad de cosa recibida a cosa entregada: si debo diez monedas, cumplo exactamente devol-

viendo diez monedas; si soy deudor de diez litros de aceite, me libero de mi obligación entregando igual medida a mi acreedor.

Los contratos reales se perfeccionan cuando al acuerdo de las partes sigue la tradición o entrega de la cosa, hecha por el que se hace acreedor al que se obliga. La necesidad de la entrega —re— para la perfección del contrato es muy lógica, pues es natural que no se esté obligado a devolver lo que no se haya recibido previamente.

G.3.90

El mutuum o préstamo de consumo es un contrato por el cual una persona —el mutuante— transfiere gratuitamente la propiedad de cosas genéricas a otra persona —el mutuuario— que se obliga a restituirlas al cabo de cierto tiempo.

Por lo que se refiere a su etimología, Gayo en sus *Institutas* dice. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est ex meo tuum fit —es por esto que se llama mutuo, porque lo que yo te he dado, cesa de ser mío para ser tuyo—. Un fragmento de Paulo en el *Digesto* dice: Appellata est autem mutui datio ab eo quod de meo tuum fit: et ideo si non fiat tuum non nascitur obligatio —se denomina dación en mutuo porque el objeto se hace de mío tuyo; y así, si no se hiciera tuyo, no nace la obligación—. Las anteriores definiciones expresan la idea de que las cosas que son del acreedor, tienen que hacerse del deudor para que haya obligación. Mutuum viene de muto-as-are-avi-atum, verbo que significa mandar, cambiar, de donde el mutuo implica necesariamente un cambio, una translación de propiedad, para que el deudor pueda disponer y consumir las especies recibidas.

G.3.90, D.12.1.2.2

84. FORMACIÓN Y OBJETO DEL MUTUO

Al prescindir los romanos del acto mancipatorio —nexum—, surgió el contrato de préstamo no formal, el mutuum, contrato real que exigía para su perfección la entrega de cosas fungibles como propiedad del mutuuario, quien se obligaba a restituir otras tantas de la misma calidad en el término convenido. Por tanto, son dos sus elementos: la datio rei, esto es, la entrega de los géneros o cosas fungibles, y la conventio, esto es, el acuerdo de las partes que tiene como fin la restitución

de los mismos. “No basta para que nazca la obligación que las monedas sean del que las da y se hagan de quien las recibe, sino que se den y reciban con la intención de que se constituya la obligación.”

D.12.1.2.4, D.44.7.3.1

Mutui autem datio consistit in his rebus, quæ pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, el mutuo tiene por objeto —dice Gayo— las cosas que se identifican por el peso, número o medida, como el vino, el aceite, el trigo, el dinero. Las cosas quæ numero constant, son aquellas que pertenecen a un género en el cual todos los individuos presentan propiedades idénticas y por consiguiente son sustituibles, tales como las monedas. Las cosas quæ pondere aut mensura constant, son aquellas que tienen un peso igual o bajo una misma medida, pueden prestarse a un mismo uso y rendir la misma utilidad, tales son como lo mencionan los textos, el aceite, el vino, los granos. El mutuo excluye todos los inmuebles, los muebles como los esclavos y algunos animales que se distinguen por diferencias individuales. Las cosas dadas a título de mutuo deben pasar directamente del patrimonio del mutuante al del mutuuario, por tanto, la tradición debe ser hecha por el mismo mutuante o por una persona que obre con su auencia, esto es, un esclavo, su hijo o un mandatario.

D.44.7.1.2 y D.12.1.2.1

Las consecuencias que emanan de la necesidad de una datio son las que siguen: cuando el tradens —el que entrega— no es propietario o no está autorizado por el propietario a entregar las cosas, el mutuo es nulo, no nace ninguna relación contractual; pero esto no significa que la tradición no pueda por sí misma o por el concurso de hechos posteriores, producir ciertos efectos. A este respecto los textos dicen: *a*) En tanto que el objeto se encuentre en las manos del accipiens —del que recibe—, el propietario puede reivindicarlo. *b*) Si le ha consumido de mala fe, está obligado según el derecho común por la acción ad exhibendum —para mostrarlo— que ejercitará el propietario. *c*) Si el consumo ha sido hecho de buena fe, esta consumición lo libera con respecto al propietario, pero lo liga con el tradens que en adelante estará investido de una condictio. Esta acción no deriva de una pretendida reconcili-

liatio mutui —reconducción del mutuo— sino en el enriquecimiento que el accipiens ha retirado del consumo del objeto. El mutuo es igualmente nulo cuando el tradens, aunque propietario, es incapaz de enajenar.

D.12.1.19.1, 11.2 y 12, D.44.7.24

Por ser el mutuo un contrato de derecho civil, estricto, unilateral, el mutuante no contrae ninguna obligación hacia el mutuario; quedará ligado sólo por su dolo, del cual ninguna convención puede liberarle.

El mutuario debe cosas fungibles, por lo que la pérdida fortuita no le libera de su obligación de restituir. El objeto de su obligación es igual a aquel de la datio, por lo que podemos decir: 1. El género de las cosas debidas se determina por el de las recibidas; si se recibe dinero, dinero tendrá que devolverse; si se recibe vino, vino se entregará. 2. La calidad de las cosas debidas se determina por la de las recibidas. Si el deudor es autorizado a devolver cosas de menor calidad, puede hacer valer esta ventaja por la exceptio pacti conventi —excepción de pacto convenido— pero no puede ser obligado a devolver cosas de mejor calidad, pues la medida de su obligación la constituyó la datio que le hizo el mutuante. 3. La cantidad debida se determina por la cantidad recibida. Si las cosas han sido contadas, el mutuario devolverá el mismo número de cosas semejantes; si han sido pesadas o medidas, devolverá el mismo peso o la misma medida. Nada se opone a que si el mutuario recibe diez pueda devolver nueve, en cuyo caso habrá mutuo por esta cantidad y donación por uno; pero no será válido el contrato cuando recibe el mutuario diez y se le quiere obligar a pagar once, pues los once no están contenidos en la datio.

I.3.14.2, D.2.14.17, D.12.1.3

De lo anterior resulta que el mutuo es un contrato esencialmente gratuito, pero esto no significa que la ley proscriba la obligación de pagar intereses.

D.19.5.24, C.4.32.3

85. LOS INTERESES EN EL MUTUO

El carácter gratuito del mutuo no significa otra cosa sino que los intereses del capital prestado no corren en ausencia

de convención, ni en virtud de una simple convención. Los intereses se deben sólo cuando haya una estipulación, aunque este principio tenía sus excepciones en el caso de préstamo de cereales, cuando se trataba de dinero prestado por una ciudad, en el nauticum fœnus —préstamo a la gruesa— y en las operaciones con los banqueros.

La tasa del interés en un principio no fue reglamentada y esto dio lugar a muchos abusos, hasta que las Doce Tablas la fijaron en 8½% —unciarium fœnus— o sea una onza. Parece que esta tasa fue bajada a la mitad y una ley Genucia en 342 a. C. prohibió el préstamo a interés. En tiempo de Cicerón se introdujo la costumbre de contar los intereses por meses, llamados centesimæ y se estableció la tasa en un 1% mensual. Justiniano fijó el tipo legal en 6% a los particulares y en un 8% para los comerciantes, disponiendo que el nauticum fœnus no pasara del 12%.

86. SANCIÓN DEL MUTUO

Este contrato es tan rigurosamente unilateral como la estipulación; del mismo modo que el estipulante no se obliga a nada porque no se compromete prometiendo nada, el mutuante no se obliga a nada porque no recibe nada. Si el mutuario recibe algún perjuicio por la mala calidad del objeto prestado, no tiene ninguna acción contractual para hacerse indemnizar, como único recurso tiene la acción de dolo.

La obligación del mutuario es de derecho estricto. Este contrato está sancionado por la condictio, que será la condictio certæ creditæ pecuniæ —condición de cantidad cierta de dinero— cuando haya sido objeto del mutuo una suma de dinero, en otro caso será la condictio triticaria o condictio certæ rei —condición de cosa cierta.

I.3.14

87. DIFERENCIAS DEL MUTUO CON LOS DEMÁS CONTRATOS REALES

Los contratos reales se subdividen en dos grupos, de una parte el mutuum, de la otra el comodato, el depósito y la prenda. En el primero, el mutuante transfiere al mutuario la propiedad del objeto, es un préstamo de consumo; en los

otros, sólo se transfiere el uso o la detentación de las cosas, por lo que en éstos no se requiere que el acreedor sea propietario del objeto.

En el mutuo, aquel que recibe contrata una obligación cuyo objeto es genérico; en los otros tres contratos, el deudor debe un cuerpo cierto, pues en el depósito aunque se den a guardar cosas in genere, se les considera como específicas, dado que el depositario no puede disponer de ellas y debe devolver las mismas, de donde resulta que si éste llegare a perecer fortuitamente, el deudor quedará liberado, no así en el mutuo, pues genera non pereunt.

La obligación nacida del mutuum es de derecho estricto sancionada por la *condictio*. La obligación que nace de los otros contratos *re*, es de buena fe. El mutuo es unilateral, los demás contratos *re*, son sinalagmáticos imperfectos. El mutuo está sancionado por una acción *stricti iuris*, los demás contratos *re* son de buena fe y están sancionados por acciones especiales, una directa y otra contraria.

88. FŒNUS NAUTICUM

El *nauticum fœnus* —préstamo a la gruesa—, llamado también *traiectitia pecunia* —dinero que se traslada—, es un préstamo hecho a un armador para empresas marítimas, supone dos condiciones: 1. El mutuario se propone transportar el dinero prestado o las mercancías adquiridas con él. 2. La convención lo libera de restituir la suma prestada si el navío o la carga perecen por caso fortuito. Aquí las reglas del mutuo reciben tres derogaciones: a) Los riesgos son a cargo del mutuante, no ciertamente durante todo el lapso del préstamo, sino desde que comienza hasta que termina la travesía. b) Los intereses podían ser tan considerables como las partes lo quisieran, pues se les considera más bien como una indemnización del riesgo corrido por el prestamista que como una renta o interés por el goce prestado al deudor. c) Por un motivo semejante los intereses no tienen necesidad de ser estipulados, basta una simple convención para hacerlos correr.

D.22.2.1, 3, 4, 5.1, 7

Mohatra. La *mohatra*, del árabe *muhátara*, es una institución que se desarrolló en el derecho post Justiniano y que

tiene su base en un texto de Ulpiano que dice: "Me pediste que te diese unas monedas en préstamo y, como no las tenía, te di una cosa para vender con el fin de que dispusieras del precio." Así, el mutuario vendía el objeto y disponía del precio en su beneficio, para al vencimiento del contrato devolver al acreedor la cantidad que había obtenido al vender la cosa.

D.19.5.19

89. EL SENADOCONSULTO MACEDONIANO

El *senadoconsulto macedoniano* fue expedido en el reinado de Vespasiano y decide de una manera general que los préstamos de dinero hechos a los hijos de familia no darán ninguna acción al mutuante en su contra. Anteriormente una ley propuesta bajo Claudio había anulado estos préstamos para el caso especial en que su exigibilidad fuera puesta a la muerte del padre.

Este *senadoconsulto* sólo concedía una *exceptio*, no privaba al préstamo de toda eficacia, dejaba subsistir una obligación natural. La *exceptio* se aplicaba a todo préstamo de dinero, aunque se disfrazase como préstamo de otras cosas o bajo la apariencia de otro contrato no formal.

D.14.6.1, I.4.7.7

90. EL COMODATO

El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una persona, el comodante, entrega gratuitamente una cosa a otra persona, el comodatario, para servirse de ella y devolverla después de haber hecho el uso convenido.

I.3.14.2

Commodatum viene de *commodum*, que significa servicio, utilidad: *Commodo-dare*, dar utilidad o servicio. Su etimología procede del verbo *commodo-as-are*, disponer en la medida conveniente, prestar.

91. FORMACIÓN Y OBJETO DEL COMODATO

Para que el comodato se forme, es necesario que se haga la entrega de la cosa al comodatario, ésta no es más que una nuda

traditio, pues como dice Pomponio, *rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus*. —Conservamos tanto la posesión como la propiedad de la cosa dada en comodato— y esta cosa no la hará suya el comodatario —*nemo enim commodando rem facit eius cui commodat*—. Como no se transfiere la propiedad de la cosa comodada, podremos prestar la cosa ajena como dice Paulo, aún si un ladrón presta el objeto que ha robado, tendrá la acción del comodato según Marcelo. El comodatario en todos los casos no tendrá sino la simple detentación del objeto.

D.13.6.8.9, 15, 16

Ulpiano dice: *non potest commodari id quod usu consumitur* —no puede ser objeto de comodato lo que se consume por el uso—, salvo que se reciba *ad pompam vel ostentationem*. El comodatario al no recibir más que la detentación del objeto, no podrá consumirlo puesto que no se le ha transferido la propiedad, sólo podrá hacer el uso convenido, para devolver el mismo bien *in specie* —específico—, no *in genere* —en género— como en el mutuo. El comodatario nos queda obligado por recibir una cosa, pero él está obligado a restituir aquella misma cosa que ha recibido —*sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur*.

D.44.7.1.3, D.13.6.3.6

Como este contrato es esencialmente gratuito no se exige remuneración; habrá entonces un arrendamiento si a cambio se da dinero, o un contrato innominado si se da otra cosa.

El comodato versa sobre cosas muebles consideradas en su individualidad —*in specie*—, también pueden ser objeto de comodato las cosas inmuebles —*res soli*—, aunque Labeón aplicaba especialmente el nombre de comodato al caso de cosas muebles y para los inmuebles usaba la expresión *utendum dare*. Las cosas *in genere* no pueden ser objeto de comodato sino en tanto que las partes las consideren como cuerpo cierto y prestadas sólo para muestra y ostentación —*ad pompam vel ostentationem*—, como cuando un comerciante pide prestado oro para aparentar solvencia cuando obra la caja ante sus clientes, o cuando se comoda dinero para hacer con él un pago figurado.

D.13.6.3.6 y 4

92. EFECTOS DEL COMODATO

El comodatario debe restituir el objeto que recibió en el tiempo y en el lugar convenidos, devolución que no será completa en tanto no comprenda también los frutos y los productos que haya podido dar la cosa cuando estuvo en sus manos. No debe usarla más que para lo que haya sido prestada, si falta a esta obligación debe reparar el daño que haya causado y si incurrió en mala fe comete un robo de uso —*qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur*— al decir de Iulianus. Gayo dice que —*in rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non præstet, quibus resisti non possit*—, esto es, el comodatario debe prestar tal diligencia en la conservación del objeto que le ha sido prestado, como la que prestaría el tipo ideal de un diligentísimo padre de familia —porque el contrato es en su beneficio— y sólo no responderá de aquellos acontecimientos que no pueden resistirse o impedirse, como la muerte del esclavo acontecida sin su culpa ni dolo, la incursión de ladrones o piratas, el naufragio, el incendio, etc.; en estos casos se liberará de su obligación porque debe devolver un cuerpo cierto que sin su culpa ha perecido, sin embargo, si la cosa ha sido estimada por el comodante en el momento de la convención, el comodatario deberá devolver la estimación porque así fue la voluntad de ambos.

D.13.6.5, 5.8, 5.4 y 18

A virtud de este contrato, en el momento en que se forma, crea en el comodatario las obligaciones siguientes: *a)* Devolver la cosa prestada en el tiempo convenido. *b)* Servirse de ella para el fin que acordó con el comodante. *c)* Cuidar el objeto con toda diligencia.

D.13.6.5.8 y 18

El comodante queda con la propiedad o posesión del objeto que ha prestado temporalmente al comodatario y sólo responde de su dolo, pues él se ha despojado de un bien que le pertenece en beneficio de su contraparte.

D.13.6.8

El comodante debe indemnizar al comodatario por los gastos extraordinarios que haya hecho para la conservación de la cosa, aunque ésta haya perecido. Los gastos ordinarios son a cargo del comodatario. El comodante está obligado sólo por su dolo, del cual ninguna convención puede liberarle, así sucede cuando conscientemente presta un recipiente dañado que contamina el vino o el aceite del comodatario. Por lo demás, los principios establecen que el comodante no responda de su falta, pues el contrato es en beneficio del comodatario, a menos que esté personalmente interesado en el contrato, como en el caso que cita Ulpiano, en que se prestan objetos a la novia o a la esposa para que sea conducida con gran ostentación al domicilio conyugal.

D.13.6.18.2, 3 y 5.10

93. SU SANCIÓN

El comodato es un contrato de buena fe, sinalagmático imperfecto, lo cual significa que cuando se perfecciona se obliga el deudor únicamente y por virtud del contrato, posteriormente, puede verse obligado también el acreedor.

D.13.1.16

Como este es un contrato de buena fe, el juez estatuye en el juicio *ex bono et aequo* lo que deba restituirse al actor. El comodante tiene como sanción de su derecho la *actio commodati directa* en contra del comodatario, para hacerse devolver el objeto y para reclamarle los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia haya causado al objeto prestado. Por su parte, el comodatario puede usar del derecho de retención en tanto el comodante no le indemnice de los gastos extraordinarios que haya hecho para la conservación del objeto; tiene también el comodatario la *actio commodati contraria* para reclamar al comodante los daños e intereses que le sean debidos.

D.13.6.17.1, 3 y 18.1

LECCIÓN XIX

LOS CONTRATOS FORMADOS RE

94. EL DEPÓSITO, SU FORMACIÓN, OBJETOS, EFECTOS, SANCIONES. 95. FORMAS ESPECIALES DEL DEPÓSITO. 96. EL PIGNUS, SU FORMACIÓN, OBJETO, EFECTOS, SANCIONES. 97. FORMAS ESPECIALES DEL PIGNUS.

94. EL DEPÓSITO, SU FORMACIÓN, OBJETO, EFECTOS, SANCIONES

Depositum, que designa a la vez el contrato y la cosa depositada, viene de *ponere*, *dictum ex eo quod ponitur*, al decir de Ulpiano. El depósito es un contrato por el cual una persona, el depositante, entrega una cosa a otra persona, el depositario, quien se obliga gratuitamente a guardarla y devolverla al primer requerimiento —*is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur*.

D.44.7.1.5

El depósito, lo mismo que el comodato, es esencialmente gratuito, pues si se ha convenido un precio por la custodia de los objetos el contrato será un arrendamiento o uno de los contratos innominados.

D.16.3.1.pr., 9 y 10

Su formación. Para que el depósito se forme es necesario que se haga la entrega de la cosa al depositario, quien quedará obligado *re*. Esta entrega no es más que una *nuda traditio*, pues, como dice Florentino, la propiedad de la cosa depositada pertenece al depositante, así también como la posesión. El depositante entrega al depositario la simple detentación de la cosa que le confía, por lo que podemos depositar no sólo los objetos de nuestra propiedad, sino también los ajenos; pero en el caso del secuestro, el secuestrario sí es poseedor.

I.3.14.3, D.16.3.1.39 y 17.1

Su objeto. El depósito en el Derecho Romano no puede tener por objeto más que cosas muebles consideradas in specie, poco importa que sean consumibles o que no lo sean, pues el depositario no tiene derecho a disponer de ellas, está obligado a devolverlas intactas al depositante.

D.16.3.1.5, 8 y 9

Sus efectos. A virtud de este contrato, en el momento en que se forma, crea en el depositario la obligación de devolver la cosa depositada en el tiempo convenido o antes si así es requerido por el depositante, pues el plazo está establecido en su interés. Dice Juliano que "el que depositó una cosa puede demandar en seguida con la acción de depósito, porque comete dolo el que la recibió por el hecho de no devolverla al que la reclama". El depositante puede verse obligado a indemnizar al depositario por los perjuicios que le haya causado la cosa y por los gastos en que haya incurrido para su conservación.

D.16.3.1.22 y 23

Como el depósito es un contrato de buena fe, sinalagmático imperfecto, en el momento de su perfeccionamiento se obliga el depositario únicamente, posteriormente por efecto del contrato puede verse obligado el depositante.

D.16.3.1.23

Las obligaciones del depositante se reducen a dos: 1. Está obligado no sólo por su dolo, sino también por su falta, porque es en su interés el contrato. 2. Debe reembolsar al depositario de todos los gastos hechos en virtud del contrato.

Las obligaciones del depositario son: 1. Debe, desde el momento en que se le solicite, devolver la cosa depositada con sus frutos, aun antes de que llegue el término, pues éste es en interés del depositante. "Si la cosa depositada se devolviera deteriorada, puede demandarse con la acción de depósito como si no se hubiese devuelto, ya que cuando se devuelve deteriorada puede decirse que no fue devuelta por dolo malo." 2. Debe abstenerse de usar la cosa, pues de lo contrario cometería un *furtum usus*. 3. Debe reparar sólo el perjuicio causado por su dolo y falta grave, pues el contrato no es en su beneficio. Excepcionalmente el depositario responde de su falta lige-

ra, cuando él mismo se ha ofrecido para custodiar el objeto o cuando así se ha convenido.

D.16.3.1.24, 16 y 45, D.16.3.1.35

Sus sanciones. Como este es un contrato de buena fe, el juez estatuye en el juicio *ex bono et æquo*. El depositante tiene en contra del depositario como sanción de su derecho la acción *depositi directa* para hacerse devolver el objeto custodiado. En el depósito voluntario el pretor da acción al simple por lo que se haya depositado y en el depósito necesario o *miserabile* da acción al doble contra el mismo depositario y en contra de su heredero al simple; pero si es por dolo del mismo heredero, al doble. El depositario, por su parte, tiene la acción *depositi contraria* para hacerse indemnizar del perjuicio que le haya causado la cosa depositada y para hacerse reembolsar los gastos hechos con ocasión del depósito. El depositario tenía además el derecho de retención o la compensación, opuesta a la acción directa, beneficios que le quitó Justiniano.

I.3.14.3, D.16.3.5 y 18

95. FORMAS ESPECIALES DEL DEPÓSITO

A. Depósito necesario. *Eum tamen deponere tumultus vel incendii vel ceterarum causarum gratia intellegendum est, qui nullam aliam causam deponendi habet quam imminens ex causis supra scriptis periculum*, en este fragmento señala Ulpiano que este depósito es aquel que se hace en caso de tumulto, incendio u otra cosa semejante y lo que lo caracteriza es que el depositante obra bajo el imperio de las circunstancias y de la necesidad y no puede escoger al depositario, pues sus objetos están expuestos a un riesgo inminente y los confía al primero que encuentra.

D.16.3.1.2 y 3

En esta especie de depósito, conocido también con el nombre de *miserabile*, encontramos dos derogaciones al derecho común: 1. El depositario que niega el depósito o que por su dolo se ha vuelto imposible la restitución, es condenado al doble, pues su infidelidad es tanto más grave y peligrosa cuanto que el acreedor no ha sido libre de rehusarle su confianza. 2. Los herederos del depositario están ligados, pero no tan

severamente como el autor. Sólo su dolo los obliga a pagar al doble; no se les obliga in simplum más que durante un año, según un fragmento de Pomponio en el libro vigésimo nono a Sabino, los herederos del depositario quedan obligados al todo si el difunto incurrió en dolo malo —ex depositi ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur.

D.16.3.1.1 y 4, D.44.7.12

B. *Depósito voluntario*. Es aquel en el que el depositante escoge libremente al depositario y es el más común.

C. *Secuestro*. "Propiamente se deposita en secuestro lo que se entrega solidariamente por muchos para ser custodiado y devuelto con alguna disposición particular... aunque pueden ser varios los depositarios o uno solo, sin embargo, en el secuestrario sólo pueden depositar varios, porque se hace esto cuando hay algo controvertido." El sequestrum es el depósito en manos de un tercero, sequester, de una cosa, mueble o inmueble, o persona, sobre la que hay contienda entre dos o varias personas. El sequester debe devolver la cosa o persona a una de ellas, a la que gane la causa.

D.16.3.6 y 17, D.50.16.110

El secuestro casi siempre tiene su origen en un debate relativo a la cosa depositada, por lo que es al que gana a quien debe dársele. Además, se diferencia del depósito común en que el sequester tiene la posesión del objeto depositado. Mientras se ventila el juicio a ninguno de los litigantes compete la posesión, ésta es conferida al sequester, pero aprovecha finalmente al que obtenga el objeto y podrá usucapir por medio del sequester. Contra el secuestrario se demandará rectamente con la acción de depósito secuestraria, la cual se da también contra su heredero.

D.16.3.17.1, D.41.2.39, D.16.3.12.2

D. *Depósito irregular*. Este depósito tiene la particularidad de que el depositario puede disponer del objeto dado en custodia, de modo que si ha recibido dinero puede gastarlo y devolver la misma suma, no las mismas monedas, como estaría obligado a hacerlo en el depósito común. Esto se explica porque en virtud de un pactum adiectum, un contrato puede excederse de sus límites y producir efectos que no lograría

por su sola fuerza. En esta forma, el acreedor tiene la acción depositi, que es bonæ fidei, para hacerse devolver el dinero y puede obtener intereses desde que el deudor incurrió en mora, resultado que no puede obtenerse en un contrato stricti iuris a menos que las partes así lo hayan estipulado expresamente.

D.16.3.24 y 29.1

96. EL PIGNUS, SU FORMACIÓN, OBJETO, EFECTOS, SANCIONES

La prenda, pignus, es un contrato por el que el deudor o un tercero entrega una cosa al acreedor para seguridad de su crédito, con cargo para éste de restituirla después de haber obtenido satisfacción.

I.3.14.4, D.44.7.1.6

Pignus apellatum a pugno: quia res quæ pignori dantur, manu traduntur —la prenda se llama así por derivar de puño, pues las cosas que se dan en prenda se entregan a mano.

D.50.16.238.2

Este contrato presenta analogía con el comodato y el depósito, pero es un contrato accesorio que garantiza a una obligación principal, bien sea ésta civil, pretoria o natural, y no se extingue sino hasta que se haya hecho el pago total, por ser indivisible.

D.13.7.9.1 y 8.2

Bajo el aspecto de derecho real conferido al acreedor, ya se ha hablado de la prenda en el tratado de derechos reales. Ahora la veremos bajo el aspecto de contrato, de los vínculos personales, esto es, de las obligaciones contraídas entre el acreedor con prenda y el deudor.

Su formación. Este contrato se perfecciona por efecto de la entrega de la cosa, re, pues la obligación principal que lo constituye es la de entregar. El acreedor prendista recibe la posesión del objeto, quedando en poder del deudor la propiedad —pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem.

D.13.7.35.1

Su objeto. Propiamente hablando, sólo las cosas muebles son dadas en prenda, aunque también podían serlo los inmuebles. Este contrato interesa a ambas partes: aprovecha al deudor que encuentra con más facilidad crédito, y al acreedor, quien está más seguro de ser pagado.

D.20.1.11.3

Sus efectos. El prendista tiene estas obligaciones: 1. La principal consiste en restituir la cosa, pero esto no lo hará hasta en tanto no se haya satisfecho su crédito. 2. No debe usar la cosa, pues cometería un *furtum usus*. 3. Deudor de un cuerpo cierto, queda libre de su obligación cuando la cosa perece por caso fortuito, pero como está interesado en el contrato, está sometido a la misma responsabilidad que el comodatario, estando obligado no sólo por su dolo, sino por toda falta que no cometería un buen padre de familia.

D.44.7.1.6, D.47.2.55, D.13.7.13.1 y 14, C.8.29(30)

El acreedor, al no ser pagado su crédito, puede vender la prenda, bien se haya convenido así desde un principio, bien lo sea más tarde; la venta que haga a tercera persona será válida y el comprador adquirirá la propiedad de la cosa. Cuando se conviene entre las partes que no se pueda vender, el acreedor podrá hacerlo siempre que haya dirigido tres notificaciones al deudor para que éste le pague y haga caso omiso de ello. Pero aunque al acreedor le fuere lícito vender el bien pignorado, no puede ser forzado a hacerlo, aunque el deudor fuera insolvente, porque ese convenio se hace en interés del acreedor. El pacto para poder vender la prenda debe redactarse comprendiendo a todos los posibles vendedores, pero aunque sólo se hubiera incluido el nombre del acreedor, su heredero podrá vender según derecho, a no ser que se haya convenido lo contrario.

S.P.2.5, D.13.7.4, 6 y 8.4

Del lado del constituyente estas son las obligaciones: 1. Debe reembolsar al prendista de todos los gastos necesarios para la conservación del objeto y aún de los gastos útiles que hayan sido hechos conforme a su propia voluntad. 2. Debe indemnizar al acreedor del perjuicio que le haya causado por su dolo o culpa, a menos que haya constituido la prenda para

garantizar la deuda de otro, en cuyo caso sólo responde de su dolo. Es responsable también cuando da en prenda la cosa de otro o un bien ya hipotecado que sólo preste una garantía insuficiente.

D.13.7.25, 1.2, 16.1, 36.1, 8

Sus sanciones. Lo mismo que el comodato y el depósito, éste es un contrato de buena fe. El deudor tiene la *actio pignoratitia directa* contra el acreedor prendista para hacerse restituir la cosa una vez que haya pagado; también utilizará esta acción para hacerle responder de toda falta que no hubiera cometido un diligente padre de familia. El acreedor prendista tiene la *actio pignoratitia contraria* para hacerse reembolsar los gastos necesarios que hizo para la conservación de la prenda y aún los gastos útiles en una medida equitativa. Puede también ejercitar su derecho de retención y el derecho de oponer la compensación a la acción directa. Para la persecución de la prenda se da al acreedor una acción real.

D.13.1.16, D.13.7.8 y 1.2

97. FORMAS ESPECIALES DEL PIGNUS

Pignus Gordianum. Una constitución del emperador Gordiano autoriza al prendista, aunque haya sido pagado, a retener la prenda para garantía de créditos ajenos a este contrato que tenga con el mismo deudor.

La anticresis. Es una convención o pacto que celebran las partes a virtud del cual los frutos pagan el interés del crédito garantizado por el objeto dado en prenda.

D.20.1.19 y 11.1, C.4.24.1

LECCIÓN XX

LOS CONTRATOS FORMADOS CONSENSU

98. LOS CONTRATOS FORMADOS CONSENSU. 99. LA EMPTIO-VENDITIO. 100. SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA HASTA LLEGAR A CONTRATO CONSENSUAL. 101. DIFERENCIAS ENTRE LA EMPTIO-VENDITIO CONSENSUAL Y LA COMPRAVENTA MEXICANA ACTUAL. 102. ELEMENTOS DE ESTE CONTRATO. 103. EFECTOS DEL CONTRATO PARA EL VENDEDOR. 104. EL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN. 105. LOS VICIOS OCULTOS. 106. OBLIGACIÓN DE NO COMETER DOLO. 107. EFECTOS DEL CONTRATO PARA EL COMPRADOR. 108. LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA. 109. PACTA ADIECTA FRECUENTES.

98. LOS CONTRATOS FORMADOS CONSENSU

Toca ahora hablar de los contratos consensuales que son la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato. En éstos la obligación se contrae por el solo consentimiento, pues no hace falta ningún escrito, ni la presencia de las partes, ni la entrega de la cosa. Estos contratos pueden tener lugar entre ausentes, quienes podrán dar su consentimiento por carta o por mensajero; cada parte se obliga con la otra a todo cuanto la equidad exige que ellas se presten mutuamente. Presentan, pues, estas características: 1. Se pueden formar entre ausentes. 2. Se pueden contraer por carta o por medio de un nuncio, cuyo papel sólo consiste en llevar a una de las partes el consentimiento de la otra. 3. Son sinalagmáticos perfectos, excepto el mandato, que es sinalagmático imperfecto. 4. Son contratos de buena fe y en este respecto se asemejan a los tres últimos contratos re —comodato, depósito y prenda.

D.44.7.2, I.3.22, D.13.5.14.3

99. LA EMPTIO-VENDITIO

Antecedentes históricos. En un fragmento de Paulo en el Digesto, se dice que el origen de la compraventa está en las permutas, porque antiguamente no existía el dinero; por tanto, tenía uno que buscar quién necesitaba lo que a uno le sobraba y quién tenía lo que a uno le hacía falta, labor un tanto difícil, por lo que "se eligió un material cuya valoración pública y perpetua evitase, mediante la igualdad de la cuantía, las dificultades de la permuta", esta materia es el dinero, "desde entonces no constituyen ambas cosas mercancías, sino que una de ellas se denomina precio". Así ya tenemos a la compraventa bien diferenciada del cambio o permuta: en ésta se da mercancía y se recibe mercancía, los papeles de las partes son idénticos; en la compraventa se da mercancía por una de las partes —el vendedor—, y por la otra —el comprador—, se hace entrega del precio, siendo diferentes las obligaciones de las partes en el contrato.

D.18.1.1

Definición. Hay compraventa —en su tercera etapa— cuando una parte llamada vendedor, procura la libre posesión y el disfrute completo y pacífico de una cosa determinada a la otra parte, llamada comprador, mediante el pago de un precio fijado en dinero.

I.3.23 y 1

Se da el nombre de vendedor a aquel que debe procurar la cosa, y está investido de la acción venditi o ex vendito —de la acción de venta—. El comprador es el que debe dar el precio y su derecho está sancionado con la actio empti o ex empto —acción de compra—. Como la compraventa es un contrato consensual y sus elementos propios consisten en la res y en el precio, se formará en el instante mismo en que las partes estén de acuerdo en la cosa y en el precio. No se requiere para su perfeccionamiento ningún escrito, pero si las partes han acordado que la compraventa sea por escrito, ésta no será perfecta hasta en tanto no se cumpla este requisito, según dispuso Justiniano.

D.19.1.13.19 y 11.1, D.18.6.8 C.4.21.17

100. SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA HASTA LLEGAR A CONTRATO CONSENSUAL.

Venta primitiva en Roma por la mancipatio. La compra-venta atraviesa en Roma por tres etapas; ésta es la primera, la que se hace por dos mancipaciones, per aes et libram, con toda la solemnidad y formalismo de esa operación del derecho civil antiguo. El vendedor se hace mancipar el precio del comprador y éste se hace mancipar la cosa. La venta así celebrada no era verdaderamente un contrato, era una transferencia recíproca de valores, con la desventaja de que por lo categórico de la fórmula de la mancipatio sólo podía hacerse de contado, por otra parte, eran dos operaciones civiles desligadas la una de la otra, terminadas no subsistía ninguna obligación entre las partes, salvo la obligación del mancipante que el adquirente hacía valer mediante la actio auctoritatis, y que consistía en asegurarlo contra el despojo, si a pesar de esto la cosa le era quitada, debía resarcir el duplum. No es accesible a los peregrinos y necesariamente traslada la propiedad.

S.P.2.18.3

Venta por una doble estipulación. Esta es la segunda etapa por la que atraviesa la compraventa. El vendedor y el comprador se comprometían por dos estipulaciones recíprocas —stipulationes empti et venditi—, una para entregar la cosa, la otra para pagar el precio, procedimiento que tenía el inconveniente de aislar una de otra a las obligaciones recíprocas que en el pensamiento de las partes se servían de causa la una a la otra. Además, si una parte no cumplía podía obrar contra la otra, la cual estaba obligada iure civili y no tenía otro recurso para su defensa que la exceptio doli.

Sin embargo, este estadio es más ventajoso que el anterior: la compraventa pudo hacerse a crédito, lo cual es básico en el comercio y ya pudieron los peregrinos utilizar esta forma al serles accesible la estipulación.

Venta consensual. La compraventa formada por dos estipulaciones, actos unilaterales y de derecho estricto, presentaba una fisonomía netamente romana que hubiera conservado indudablemente durante largo tiempo a no ser por las relaciones cada vez más numerosas con los demás pueblos, que sugirieron la idea de una compraventa consensual, operación o nego-

cio del ius gentium que por sus ventajas no tardó en ser reconocida por el derecho civil como un contrato y sancionada con dos acciones bonae fidei. Este contrato era muy simple, despojado de toda formalidad, bastaba el acuerdo de las partes sobre la cosa a entregar y el precio a recibir para que se perfeccionara. Pudo ser utilizado por todo el mundo por ser una institución del derecho de gentes, aunque reglamentado por el derecho civil. Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur. —Pues la compraventa es del derecho de gentes, y por tanto se perfecciona por el consentimiento—. No transfiere la propiedad necesariamente para que puedan utilizarla los peregrinos y para que pudiera aplicarse a los fundos provinciales y a las cosas que se tenían in bonis, de lo contrario, su objeto hubiera sido muy restringido.

D.18.1.1.2 y 28

101. DIFERENCIAS ENTRE LA EMPTIO-VENDITIO CONSENSUAL Y LA COMPRAVENTA MEXICANA ACTUAL.

En el Derecho Romano la compraventa no fue un contrato translativo de dominio, el vendedor sólo tenía la obligación de entregar la cosa y garantizar una posesión pacífica y útil al comprador. En nuestro derecho la compraventa sí es contrato translativo de dominio, pues aunque el artículo 2248 del Código Civil dice: "Habrà compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero", sin embargo, el artículo 2014 del mismo ordenamiento establece que: "En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la translación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya sea simbólica, debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público", o sea, que en la compraventa de cosas ciertas y determinadas no "se obliga a transferir la propiedad" al vendedor, sino que de acuerdo con el artículo 2014 "la translación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato". En cambio en el Derecho Romano era necesario forzosamente la tradición del objeto pues traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur —por tradiciones y usucapiones se trans-

fiere la propiedad de las cosas, no por medio de simples pactos—. De manera que en todos los casos el vendedor debería hacer tradición de la cosa, pues el dominio de ella no se transfería por el simple convenio o pacto.

C.2.3.20

Con objeto de que todos, ciudadanos y no ciudadanos, pudiesen en Roma comprar y vender, no se exigió que en la compraventa se transfiriera la propiedad, sino tan sólo la posesión del objeto vendido; de haberse exigido la translación de la propiedad, los peregrinos sólo hubieran podido vender *nec mancipi*, pues a ellos, por no tener el *ius commercii*, les estaba vedada la *mancipatio* y la *in iure cessio*. De aquí que bastara poseer para poder vender, no era necesario ser propietario, bastaba que el vendedor garantizara una tenencia pacífica al comprador, pudiendo, por tanto, hasta vender la cosa ajena. En cambio, en nuestro derecho el artículo 2269 del Código Civil claramente estatuye que "ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad".

102. ELEMENTOS DE ESTE CONTRATO

La compraventa es un contrato consensual y es perfecta cuando, además de los elementos esenciales para la validez de todo contrato, las partes están de acuerdo sobre la cosa vendida —*res* o *merx*— y sobre el precio —*emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit quamvis nondum pretium numeratum sit...*—, aunque éste —el precio— no haya sido entregado y la cosa tampoco. Si las partes hacen redactar un escrito, éste sólo servirá como prueba. Tampoco hacen falta las arras para su validez, pues éstas sólo tienen el valor de una prueba. Así pues, la compraventa es perfecta desde que el vendedor y el comprador están de acuerdo sobre la cosa vendida y sobre el precio, que son el objeto mismo de la obligación de ambos contratantes y constituyen por consiguiente los elementos esenciales del contrato. Examinemos estos dos elementos a continuación.

I.3.23, D.18.1.2.1

Cosas materia del contrato. El principio general es que no haya compraventa sin mercancía, *emptio nec venditio sine re*

que *veneat non potest intellegi*, pero este principio sufre excepciones, en el mismo fragmento de Pomponio se añade: *et tamen fructus et partus futuri recte ementur* —o sea que, también podrán comprarse los frutos que se recolectarán y lo que se para—. Podemos decir que puede ser materia de este contrato todo lo que pueda entrar en el patrimonio del comprador: *Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit* —Se puede hacer rectamente venta de todas las cosas que una persona puede tener, poseer o perseguir— y de acuerdo con un fragmento de Paulo, no podrán ser objeto de compraventa aquellas cosas que por su naturaleza, por el derecho de gentes o por la costumbre de la ciudad, estén fuera del comercio.

D.18.1.8

Desarrollando esta noción, pueden ser objeto de venta:

1. Las cosas corporales, pertenezcan o no pertenezcan al vendedor pues el vendedor no estaba obligado a transferir la propiedad, por esta circunstancia los peregrinos pudieron utilizar este contrato y pudieron ser objeto de él los fundos provinciales de los cuales los romanos sólo eran poseedores, no propietarios.
2. Los derechos, si se trata de un derecho real que aún no existe separado de la propiedad, la venta es válida; si por el contrario se trata de derechos reales, ya existentes o establecidos, no se les vende válidamente, al menos como objetos distintos, más que a aquellos que pueden cambiar de titular o ser ejercidos por un tercero. Así, el usufructo, la enfiteusis y la superficie se venden igual que las cosas corporales; el derecho de uso, por el contrario, no se vende. En cuanto a las servidumbres prediales y al derecho de hipoteca, en razón de su carácter accesorio, las primeras no se venden más que con el fundo dominante y la otra con el crédito que garantiza.
3. Los créditos. "Si se vendió un crédito, escribe Celso, que no se debe responder de que el deudor es solvente, pero sí de que existe un deudor."
4. Una herencia. "Cuando alguno vendió una herencia, debe existir ésta para que haya venta, pues no se compra el azar como en la caza y otros casos semejantes, sino una cosa, sin la cual no tiene lugar la compra." Si se vendiese una herencia de alguien que todavía vive o no existe la herencia, el acto es nulo, porque el objeto vendido no existe.

D.18.1.28,32, D. 18.4.4,7

El precio. El precio es la contraprestación que debe entregar el comprador al vendedor por la mercancía que ha adquirido; debe consistir en dinero necesariamente —pretium in numerata pecunia consistere debet—. El precio es lo que distingue a la compraventa del cambio tanto jurídica como económicamente y califica a la parte que debe entregarlo como el comprador, con obligaciones bien definidas, muy distintas de la persona que las recibe: el vendedor, como veremos. El precio es el valor en que se estima una cosa; es un valor que se fija en dinero y que todos aceptamos porque nos sirve para adquirir nuevas cosas y nos evita caer en las incomodidades del cambio. El precio es elemento esencial de la compraventa. Tres son las características del precio: debe ser serio —verum—, determinado —certum— y adecuado al valor del objeto —iustum.

I.3.23.1 y 2, D.18.1.72

El precio debe ser verum. El precio debe ser serio y lo será si el vendedor tiene la intención de exigirlo al comprador y éste de pagarlo. Si faltare esta intención el precio sería ficticio o simulado y la operación, aunque las partes la hayan calificado de compraventa, caerá dentro de las donaciones. Sin embargo, hay casos en que se admitía la validez de una venta hecha nummo uno —por una moneda—, sin que por ello se considerara que fuera una donación.

D.41.2.10.2

El precio debe ser certum. ¿Quiere decir esto que no hay compraventa si el precio no es determinado y conocido desde el primer momento? No. Así, el comprador puede comprometerse sin mayor precisión a pagar la suma que contiene su cajón, o una suma igual a la que la cosa costó al vendedor. Bastará por tanto que el contrato suministre los elementos de la determinación del precio, volviéndolo en adelante independiente de la voluntad de los contratantes. De aquí concluimos que la compraventa será nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes, pero no lo será cuando se conviene que un tercero sea el que fije el precio.

D.18.1.7.1, 35.1, C.4.38.15

El precio debe ser iustum. El precio para ser iustum debe ser adecuado al valor real del objeto; si el comprador aprovechando la necesidad del vendedor compra a menos de la mitad del valor real, el vendedor puede pedir la rescisión del contrato, salvo que el comprador abone lo que falte del precio para que la lesión de ultramidad desaparezca.

C.4.44.2. y 8

Las arras. Las arras era cierta suma de dinero o un objeto cualquiera, frecuentemente un anillo, que una de las partes, por lo común el comprador, entregaba a su contraparte como señal y prueba de la conclusión del contrato y que se aplicaba al precio, de tal manera que el comprador sólo daría lo restante. Las fuentes romanas sólo hablan de las arras a propósito de este contrato, pero sin duda que también se daban arras en algunos otros, haciendo el papel de arrha confirmatoria. Una vez cumplido el contrato se imputan a cuenta de la prestación, o se devuelven, o si la parte que las dio se desiste del contrato, las perderá en beneficio de su contraparte. Podríamos decir que las arras son un precontrato o una promesa de contrato, por ellas las partes se obligan a terminar el contrato que desean celebrar y que por cualquiera circunstancia no pudieron concluir en su primera entrevista.

D.19.1.11.6, G.3.139, D.18.1.35

103. EFECTOS DEL CONTRATO PARA EL VENDEDOR

Un texto de Paulo en el Digesto enumera tres obligaciones a cargo del vendedor: entregar la posesión de la cosa, garantizar contra la evicción y abstenerse de todo dolo —venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo.

D.19.4.1

Entrega de la cosa. El vendedor cumple con su obligación de entregar la cosa dándole la posesión al comprador y no se tiene por poseedor sino a aquel a quien la posesión no le puede ser quitada —non videtur possessionem adeptus is qui ita nactus est, ut eam retinere non possit—, lo que significa que el comprador debe ser puesto en posición de defenderse con éxito contra cualquiera que le dispute la posesión por la vía de los

interdictos, para estos efectos él tendrá lo que le es debido: la *vacua possessio* —la libre posesión—. A esto se limita la obligación de entregar: a la *vacua possessio*, y se considera entregada la posesión aunque la cosa pertenezca a un tercero que el día menos pensado pueda venir a reivindicarla; en otras palabras, el vendedor no está obligado a transferir la propiedad del objeto que vende por los motivos que hemos indicado.

D.19.1.11.2 D.18.1.25.1

Pero, ¿cómo cumplirá el vendedor con su obligación de entregar la cosa? El vendedor cumplirá de la siguiente manera: 1. Debe entregar todo lo que haya vendido; si entrega menos el comprador podrá exigirselo por la *actio empti*; si por error entrega más, puede hacerse restituir el excedente por una *condictio*. 2. El vendedor debe entregar la misma cosa al comprador y pasarle todos los derechos que sobre ella tenga; si no lo es, entonces estará obligado a garantizar contra la evicción; tal es lo que se lee en un fragmento de Ulpiano en el Digesto. 3. Con la cosa vendida deben ser entregados todos sus accesorios, así como los frutos y los productos que la cosa haya producido desde el día en que el comprador pudo haber exigido la entrega. Esta obligación de entregar entraña como consecuencia la de guardar la cosa entre tanto se hace tradición de ella al comprador.

D.4.3.18.3, D.41.2.5, Fr.Vat.1:

104. EL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN

Hay evicción todas las veces que la cosa es quitada por efecto de una sentencia dictada sobre el fondo del derecho o cuando el comprador no la conserva más que en virtud de un título nuevo. Si el comprador sucumbe por un interdicto, no hay evicción, porque le queda el recurso de la acción real. La garantía de evicción se considera como una consecuencia natural del contrato que es *bonæ fidei*, pero ésta no siempre ha dimanado naturalmente del contrato, sino que ha sufrido transformaciones.

D.21.2.1 y 37

En la primera etapa, cuando la compraventa se hacía por *mancipationes*, la parte amenazada de evicción se dirigía a la otra para pedirle que interviniera en el proceso y le diera los medios para defenderse—*præstare auctoritatem*—, si a pesar de esto sucumbía el comprador, el vendedor debía indemnizarlo con el doble del precio.

D.21.2.29.2 y 53.1

En la segunda etapa, la promesa de garantía contra la evicción figura en el número de las obligaciones del vendedor. El comprador se hacía estipular del vendedor *rem habere licere* —tener lícitamente la cosa—, promesa que era incierta —indeterminada—, quedando al arbitrio del juez fijar el monto de la indemnización, que podía ser mayor o menor; para evitar este inconveniente las partes estipulaban ordinariamente el doble del precio —*stipulatio duplæ*—, con lo que se reemplazaba también la obligación al doble impuesta antiguamente al vendedor que había faltado a su deber de auctor —auxiliar.

D.21.2.2, Fr.Vat.8

En la última etapa, cuando la compraventa es consensual, el comprador para precaverse de la evicción sólo tenía el derecho de exigir al vendedor que le prometiera de *evictione cavere* —garantizar contra la evicción—; como el contrato ya era de buena fe, el vendedor debía suministrar todas las prestaciones que las costumbres imponían, de donde esta promesa acompañara habitualmente a toda compraventa, tanto bajo la forma incierta *rem habere licere* —tener lícitamente la cosa—, como bajo la forma cierta —determinada— de la *stipulatio duplæ* —de la estipulación al doble—. Más tarde, se tiene por hecha esta promesa en todas las compraventas y se permite obrar al comprador como si efectivamente hubiera estipulado una indemnización. Debía realizarse otro progreso: la obligación de garantía fue vista como inherente a la compraventa, de tal modo que el comprador que sufría evicción tuvo el derecho de hacerse indemnizar por la *actio empti*; en adelante dimanó naturalmente del contrato, siendo entonces de buena fe. Sin embargo, en la venta de objetos valiosos se siguió empleando la *stipulatio duplæ*.

D.18.1.66, D.19.1.11.15

En la doctrina definitiva el vendedor está obligado en virtud del mismo contrato a garantizar al comprador contra la evicción, la *actio empti* sanciona esta obligación; pero además el comprador tiene derecho en todas las ventas de importancia a la *actio ex stipulatu duplae*. Pero las acciones en garantía no pueden ser intentadas más que si *a)* La evicción sufrida por el comprador tuvo por causa la falta de derecho del vendedor, que vendió una cosa de la cual no era propietario, o estaba gravada con una hipoteca o usufructo. *b)* Si el comprador no conocía el riesgo de la evicción. *c)* Si dio oportuno aviso al vendedor de las pretensiones del tercero. Si el comprador que aún no ha pagado el precio, sufre evicción y es perseguido por el vendedor por la *actio venditi*, puede rechazar su pretensión por vía de simple defensa. Si el vendedor conserva la nuda proprietas y persigue por la acción reivindicatoria al comprador, éste podrá rechazar su pretensión por la *exceptio rei venditæ et traditæ* —excepción de cosa vendida y entregada.

D.21.1.31.20, D.21.2.29.2

105. LOS VICIOS OCULTOS

Según las Doce Tablas el vendedor no se comprometía más que en la medida de sus declaraciones expresas sobre la bondad o la ausencia de ciertos defectos de la cosa, la inexactitud de estas afirmaciones lo sometía a la acción *ex empto*. Estas aseveraciones que no podían tener lugar en la *nuncupatio* —declaración—, cuando la compraventa se hacía por *mancipatio*, se hacían en un pacto adjunto, esta era la *lex mancipii*, especie de cuaderno donde se anotaban las declaraciones —dicta— del vendedor relativas a la cantidad, calidad y estado de las cosas vendidas, debiendo responder de ellas y era condenado si eran inexactas a una pena que generalmente era del doble. Esta legislación era buena, pero dejaba ancho margen al dolo y a las negligencias del vendedor, en buena hora la jurisprudencia lo volvió responsable de los defectos por él conocidos y de los cuales calló. Los ediles curules complementaron estas disposiciones del derecho civil estatuyendo como principio general que el vendedor debería conocer los defectos de la cosa y garantizarlos en todos los casos; pero este edicto debe ser visto en su conjunto, textualmente no reglamentó más que las ven-

tas de esclavos y de animales. Interpretado más ampliamente, fue aplicado a toda suerte de ventas mobiliarias o inmobiliarias.

D.21.1.1 y 1.38

El edicto de los ediles curules viene a confirmar y a completar estas disposiciones del derecho civil, pero referidas a las compraventas hechas en los mercados; mas fue tan útil su favor que la práctica extendió estas reglamentaciones a todas las ventas, aun a aquellas que no tenían lugar en los mercados.

D.21.1.63

Las disposiciones esenciales del edicto de los ediles curules son tres: 1. El vendedor está obligado a declarar todos los vicios que disminuyan sensiblemente la utilidad y el valor de la cosa, si los declara se libera de toda responsabilidad, pero si no los declara se expone a dos acciones: a la *quanto minoris* o *æstimatoria* o a la *redhibitoria* —a la de reducción del precio o a la rescisoria o resolutoria—, ambas suponen que el vicio existía antes de la venta, que no era aparente y que era desconocido del comprador. Estas dos acciones no podían ser acumuladas y tenían objetivos diferentes: *a)* La acción *redhibitoria* tiende a resolver el contrato y a colocar a las partes en el estado en que se encontraban como si no hubiera habido jamás compraventa, así que se le compara a una *in integrum restitutio* —devolución completa— recíproca. Por esta acción el comprador devolverá el objeto con sus frutos al vendedor, indemnizándolo por el uso que haya hecho de él y por el deterioro, y el vendedor le regresará el precio con sus intereses al comprador, pagándole además los gastos útiles y necesarios. Esta acción se podía ejercer en un plazo de seis meses a contar desde el día en que el comprador conoció o pudo conocer el vicio de la cosa, y una vez deducida en justicia no podía ser repetida, pues el comprador había ya recibido satisfacción. *b)* La acción *quanto minoris* o *æstimatoria* tenía por finalidad que el comprador obtuviera una deducción en el precio, manteniéndose el contrato firme, al descubrir algún vicio. Esta acción se extingue al año. La acción *æstimatoria* puede ser deducida en justicia cada vez que el comprador descubra un nuevo vicio. (La Ley Federal de Protección al Consumidor en su artículo 31, da estas mismas acciones edilicias.) 2. El ven-

dedor debe prometer indemnización tanto por los vicios que él conozca como por los que le sean desconocidos, pues debe conocer lo que vende. Aquí el edicto edilicio completa al derecho civil que no hacía responsable al vendedor más que de las promesas formales y de sus reticencias estudiadas. Esta obligación era también sancionada por las dos acciones redhibitoria y quanto minoris. 3. Finalmente, los ediles hicieron responsable al vendedor de todas sus declaraciones y dichos —dicta promissave— relativos a los vicios y a las cualidades de la cosa, en lo que confirman al derecho civil, pero lo aventajan dando las acciones redhibitoria y quanto minoris, qui ex empto potest conveniri, idem etiam redhibitorias actionibus conveniri potest.

D.21.1.1.8, 21, 23.7.60

106. OBLIGACIÓN DE NO COMETER DOLO

El vendedor debe responder de no haber en él dolo malo, que no consiste solamente en hablar obscuramente con ánimo de engañar, sino también en disimular con insidia. Esta obligación inherente a todos los contratos de buena fe, produce en la compraventa efectos importantes: 1. En todos los casos en que la cosa vendida pertenezca al vendedor debe transferir la propiedad al comprador, pues de nada le serviría conservar el nudum ius quiritorium —el nudo derecho de los quirites—. 2. Cuando la venta tiene por objeto una cosa ajena y lo sabe el vendedor, le compete la actio ex empto al comprador de inmediato, pues aquél ha faltado a la buena fe exponiendo a éste a una amenaza permanente de evicción. Esta decisión presenta interés si un caso fortuito destruye la cosa y vuelve imposible la acción en garantía, como cuando el esclavo vendido muere antes de la evicción, no dando lugar a ella por ese caso fortuito, pero podrá obrarse por el dolo si lo hubo. 3. La cláusula de no garantía cuando es insertada de mala fe por el vendedor que conoce el riesgo de la evicción, no lo libera de la actio ex empto. 4. El vendedor está obligado, independientemente del edicto edilicio, por todos los vicios que él conoce y ha disimulado, aunque no den lugar a las acciones edilicias.

D.18.1.43.2, S.P.1.13a.4, G.4.131a, D.19.1.30.1

107. EFECTOS DEL CONTRATO PARA EL COMPRADOR

La principal obligación del comprador consiste en pagar el precio y su obligación es mayor que la del vendedor, pues no le basta entregar el dinero, sino que debe transferir la propiedad —emptor autem nummos venditoris facere cogitur—, la moneda es res nec mancipi y no hay aquí ninguna razón de las que impedían al vendedor en muchos casos transferir la propiedad de la cosa vendida.

D.19.1.11.2

El vendedor tiene la acción venditi para perseguir al comprador, pero esta acción no ofrecía ninguna garantía contra un comprador insolvente, de ahí que el vendedor tuviera otros recursos: 1. El derecho de retención, esto es, el vendedor no entregaba la cosa hasta en tanto no le pagara el precio el comprador. Pero no podía prevalerse de este recurso el vendedor si había dado crédito al comprador. 2. El derecho de reivindicación, cuando el vendedor entrega la cosa antes de que el comprador se la pague y es propietario de ella, puede conservar la propiedad y con ella la reivindicatio que es su sanción. 3. El vendedor no pagado puede reservarse el derecho de hipoteca sobre la cosa vendida. 4. La lex commissoria, que veremos en seguida, a virtud de la cual el vendedor se reserva el derecho de resolver el contrato si el comprador no paga el precio en determinado plazo.

D.19.1.13.8, D.43.26.20

Además de la obligación de pagar el precio, el comprador puede estar ligado por varias obligaciones accesorias que derivan de la equidad y de la buena fe. Así, desde el día del contrato está obligado a pagar los impuestos que graven al fundo vendido como consecuencia de su derecho a los frutos. También, desde ese mismo día debe reembolsar al vendedor los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa. Finalmente, a partir del momento de la tradición, si el precio no es pagado producirá intereses sin distinguir si la cosa vendida da frutos o no los da.

Fr.Vat.2, S.P.2.17.9, C.4.49.13 y 16

108. LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA

La regla general es que el comprador soporte los riesgos de la cosa vendida, salvo que la venta sea hecha condicionalmente, o que el vendedor los acepte expresamente. La razón es obvia, si con posterioridad a la venta el objeto vendido sube de valor, el comprador puede exigir su tradición sin que por ello deba añadir nada al precio. Entonces, nada más natural que imponerle por reciprocidad la carga del riesgo.

D.18.6.8, I.3.23.3

Hemos dicho que el comprador soporta los riesgos de la cosa vendida, pero sólo los que se produzcan por caso fortuito, pues el vendedor está obligado a guardar la cosa hasta el momento en que la entregue, obligación que le impone responder no sólo de las faltas que él procura evitar en sus propias cosas, sino todas aquellas que no cometería un buen padre de familia.

D.18.6.3

Si el vendedor no responde de los casos fortuitos, tampoco debe aprovecharse de ellos, no se le tiene entonces por liberado de sus obligaciones más que en la medida en que la ejecución se ha hecho imposible. De donde, si era propietario de la cosa, deberá ceder las acciones al comprador, como cuando la cosa ha sido destruida o dañada por un tercero, en cuyo caso cederá la acción legis Aquiliæ, si ha sido robada, la acción furti, la reivindicatio, la condictio furtiva. Si no era propietario, entonces el vendedor estará obligado por la acción ex empto, pues si no hubiera vendido la cosa de otro, estaría en posibilidad de ceder aquellas acciones.

D.18.1.35.4

109. PACTA ADIECTA FRECUENTES

Lex commissoria. Por esta cláusula el vendedor se reserva el derecho de resolver la compraventa si el precio no le es pagado en un plazo determinado, siendo libre de ejercer esta cláusula u optar por exigir el precio al comprador cumplido el plazo que se le ha dado, en cuyo caso renuncia a la cláusula.

sula. Si se ejerce esta cláusula, el comprador debe devolver la cosa con sus frutos.

D.18.3.4.4, 2 y 3

Adictio in diem. Por esta cláusula el vendedor se reserva el derecho de vender la cosa a un tercero, si éste en un plazo determinado ofrece mejores condiciones. Por mejores condiciones debemos entender un mejor precio, un menor plazo para el pago del precio, en fin lo que sea más útil al vendedor. El vendedor en estos casos debe avisar al comprador, quien tiene la preferencia, pero si no usa de ella, el vendedor puede rescindir el contrato.

D.18.2.1, 4.6, 5, 7 a 9

Pactum de retrovendendo. Este era otro de los pacta adiecta que solían añadirse a la compraventa y por cuya virtud el vendedor se reservaba el derecho de comprar nuevamente la cosa por el mismo precio, bajo determinados requisitos.

C.4.54.2

Pactum displicentiæ. Este era un acuerdo en virtud del cual el comprador podía rescindir el contrato si el objeto comprado no le satisfacía. "Si la cosa hubiese sido vendida de tal modo que, en caso de no agradar, se tuviese por no comprada, no se considera que ha sido vendida bajo condición, sino que la compra se resuelve bajo condición."

D.18.1.3, D.41.4.2.5

En las anteriores cláusulas se imponía a la compraventa por medio del pactum adiectum, una condición que generalmente era resolutoria del contrato.

LECCIÓN XXI

LOS CONTRATOS FORMADOS CONSENSU

110. LA LOCATIO-CONDUCTIO. 111. SUS ESPECIES. 112. ELEMENTOS DEL CONTRATO. 113. EFECTOS DEL CONTRATO PARA EL LOCATOR. 114. EFECTOS DEL CONTRATO PARA EL CONDUCTOR. 115. EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO. 116. SANCIONES DE ESTE CONTRATO. 117. LA ENFITEUSIS

110. LA LOCATIO-CONDUCTIO

Así como en Roma a la compraventa se le denominaba *emptio-venditio*, señalando los diferentes papeles de cada una de las partes, al arrendamiento se le llamaba *locatio-conductio*, connotando igualmente las distintas obligaciones de las partes. El arrendamiento se asemeja mucho a la compraventa y se rige por las mismas reglas de derecho. En efecto, así como la compraventa se forma desde que ha habido acuerdo acerca del precio, del mismo modo, existe el arrendamiento desde que se ha acordado sobre la renta —*merces*—. El arrendador tiene algunas obligaciones semejantes al vendedor, tales como hacer entrega de la cosa, garantizar contra la evicción y los vicios ocultos, abstenerse de todo dolo; por su parte, el arrendatario deberá pagar por el disfrute del bien una renta al arrendador, renta que es el equivalente del precio en la compraventa.

I.3.24, D.19.2.2

Locatio-onis, significa arriendo, alquiler y Quintiliano también le da la significación de disposición, colocación de las cosas; también significa jornal o salario. Este sustantivo viene a su vez de *loco-as-are* (de *locus*, lugar), que quiere decir colocar, poner, dar en alquiler, arrendar. *Conductio-onis*, significa conducción, el alquiler; deriva de *conduco-is-ere-xi-ctum* (de *cum* y *duco*, llevar) que significa conducir, llevar, tomar a sueldo, asalariar, encargarse por cierto precio.

Definición. El arrendamiento es un contrato por el cual una persona —el *locator*— se compromete con otra —llamada *conductor*— a procurarle el goce temporal de una cosa, la prestación de una serie de servicios, o la realización de una obra determinada mediante una remuneración en dinero. Al *conductor* suele denominársele *colonus* cuando arrienda tierra para cultivarla, e *inquilinus* cuando se trata de una finca.

Derivado del derecho de gentes y admitido por el derecho civil, el contrato de arrendamiento, lo mismo que la compraventa, es perfecto por el solo consentimiento de las partes y se rige por las mismas reglas de derecho; es, por lo tanto, un contrato de buena fe, *sinalagmático perfecto*, pues en cuanto se perfecciona el *locator* se obliga a suministrar la cosa o trabajo y el *conductor* debe a él la remuneración llamada *merces*.

111. SUS ESPECIES

Las Doce Tablas sólo hablan del arrendamiento de animales de tiro, por lo que parece que este contrato se originó en el arriendo de cosas muebles, para tener después por objeto a las cosas inmuebles; dentro de éstas entra el contrato de *aparcería*, a virtud del cual el *colono* paga al dueño o poseedor del terreno parte de los frutos que recolectó como retribución por el goce.

Posteriormente este contrato se aplicó a la *locatio conductio operarum* —arrendamiento de servicios— y a la *locatio conductio operis faciendi* —ejecución de un trabajo u obra—; el primero consiste en la prestación remunerada del trabajo, como en el caso del jornalero o del sirviente doméstico; por lo demás, sólo se aplica a las *operæ illiberales*, o sea, a los servicios de orden inferior, a los que se les puede fijar un precio. En esta especie el patrono dispone de la *actio conducti* y el jornalero de la *actio locati*. Las *operæ liberales*, o sea, los servicios profesionales, excluían toda tasación económica y sólo daban origen a los honorarios o *munera*, que se reclamaban por medio de una *cognitio extraordinem* —instancia extraordinaria.

T.12.1, G.4.28

La *locatio conductio operis faciendi versa* sobre la ejecución, también remunerada, de un trabajo que puede consistir en el transporte de cosas o personas, la construcción, repara-

ción o manufactura de un objeto. Este arrendamiento de obra obliga al empresario —conductor— a ejecutar la encomienda. La persona que daba el encargo —locator— estaba obligada a pagar la retribución pactada, bien por todo el trabajo encomendado, bien por partes, o en el término señalado. En esta especie, por una rareza, se invierte el papel de las partes, se llama locator a aquel que paga la merces y conductor a aquel que suministra su trabajo o sus servicios. *Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est.* —Siempre que se da algo a hacer, hay locación.

I.3.24.4, G.3.147, D.19.2.22.1

En cuanto a las obligaciones que derivan de estas dos últimas especies, se reducen por una parte a ejecutar el hecho convenido y por la otra, a pagar la merces, siendo las partes responsables de su dolo y de su falta, como en la *locatio conductio rerum* —arrendamiento de cosas.

Por lo que respecta a los riesgos, si por caso fortuito o de fuerza mayor no puede ser realizado el trabajo, la merces queda debida y los riesgos son para el conductor en el arrendamiento de servicios. En la *locatio operis faciendi* —locación o encargo para hacer una obra— la remuneración no es debida sino hasta que la obra ha sido terminada y aprobada por el que hace el encargo; por lo que si perece antes de haber sido aprobada, el conductor operis —el que hace la obra— no puede reclamar su salario y soporta los riesgos, salvo fuerza mayor; si se pierde después de aprobada y entregada, los riesgos son para el locator —el que da el encargo— y deberá la merces.

D.19.2.36

112. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Este contrato se perfecciona solo consensu como la compraventa, por lo que no requiere ningún escrito, si se hace es tan solo como prueba; pero al igual que en la compraventa, si las partes determinan que se haga por escrito, entonces no será perfecto hasta en tanto no se cumpla con esa formalidad que se han impuesto.

D.19.2.1

El consentimiento de las partes recae sobre la cosa que se va a arrendar y sobre la merces que se va a pagar por su disfrute, que son los elementos esenciales.

D.19.2.2

Cosas que se pueden arrendar. Pueden ser objeto de arrendamiento tanto las cosas corporales como las incorporales. En cuanto a las primeras basta en principio con que estén en el comercio y que sean vistas como cuerpos ciertos, de donde resulta que si se consumen por el uso raramente entrarán en el arrendamiento. En cuanto a las cosas incorporales, pueden ser objeto de arrendamiento el usufructo, las *operæ servorum*, —los trabajos de los esclavos—, la enfiteusis, la superficie y bajo Justiniano el derecho de habitación. Las servidumbres prediales no pueden ser arrendadas sin el terreno a que pertenecen y el conductor es responsable de las que deje extinguir. No sólo podemos arrendar lo que nos pertenece sino también las cosas ajenas, porque en este contrato el locator da al conductor sólo el disfrute de la cosa arrendada.

D.19.2.39

Precio o merces. El precio o merces es la prestación que recibe el locator del conductor por el disfrute que éste obtiene del bien. La merces es el equivalente del precio en la compraventa; debe consistir in numerata pecunia salvo en el contrato de aparcería —*colonus partiarius*— en el cual el colono paga la merces entregando al dueño del terreno parte de los frutos. La merces debe ser cierta, esto es, fijada por las partes o por un tercero. También debe ser vera, cuando la merces es ficticia el arriendo es nulo en tanto arrendamiento, pero puede valer como donación. En el arrendamiento no se ha legislado, como en la compraventa, sobre la característica de que la merces deba ser justa, de manera que queda al arbitrio de las partes establecer sobre el particular, sin que por este motivo hubiera lugar a lesión, como la lesión de ultramitad en la compraventa. Como la merces es la representación del goce del bien y este disfrute no puede ser suministrado al conductor más que de una manera sucesiva, la merces no es debida más que a medida que se va disfrutando del bien, de ahí que se pague periódicamente y no en una sola exhibición como en la compraventa; como garantía del pago de la merces, se esti-

ma que los muebles y semovientes introducidos en el bien arrendado, quedan en prenda para el arrendador, aunque nada expresamente se hubiera convenido.

D.19.2.25, 46, G.3.143, D.2.14.4

113. EFECTOS DEL CONTRATO PARA EL LOCATOR

El arrendador o locator debe procurar ante todo al arrendatario o conductor el disfrute de la cosa —*præstare frui licere*— durante todo el tiempo del contrato, esto es, el conductor está dotado sólo de un crédito, no de un derecho real, que tiene por objeto tanto el uso propiamente dicho como los frutos. Por otra parte, este disfrute puede hacerlo directamente el conductor o por intermedio de un tercero, salvo convención en contrario que prohíba subarrendar. Esta primera obligación no solo le impide obstaculizar el disfrute al conductor, sino que por vía de consecuencia le impone ciertas obligaciones más: *a)* Debe entregar la cosa con sus accesorios expresa o tácitamente contenidos. Esta misma obligación la tiene el vendedor en la compraventa. *b)* Debe conservar la cosa, por tanto, debe hacerle las reparaciones que necesite para que el arrendatario la disfrute totalmente, pues éste puede obligarlo ex conducto para que lo haga o para obtener la reducción proporcional de la merces. *c)* Responde, sépalo o no, de los vicios que impidan o disminuyan el disfrute del mueble o inmueble; esta obligación también la tiene el vendedor: garantizar contra los vicios ocultos, así como la que sigue. *d)* Debe el locator garantizar al conductor contra la evicción y todo acto que atente contra el disfrute de la cosa; si vendiere la cosa, debe indemnizar al conductor o hacer que el nuevo propietario respete sus derechos. Una segunda obligación del arrendador consiste en reembolsar al conductor por los gastos que éste haya hecho, necesarios o útiles, para la conservación de la cosa.

D.47.2.61.8, D.19.2.15.8, 19.2, 15.1, 25.2, 9, 55.1

114. EFECTOS DEL CONTRATO PARA EL CONDUCTOR

La obligación más importante es el pago de la merces, pago que se hará periódicamente por ser el disfrute del bien sucesivo. No habrá obligación de pagar la merces cuando no se disfrute del objeto arrendado, *vis maior non debet conductori*

damnosa esse. —La fuerza mayor no debe perjudicar al arrendatario. —Si el disfrute se reduce, la merces también se reducirá proporcionalmente. Cuando se trata de un fundo rural y por circunstancias accidentales la cosecha fue mínima, el colono puede exigir la reducción de la pensio. También debe el conductor conservar la cosa como un buen padre de familia; en el caso de aparcería, debe cultivar oportunamente la tierra para no perjudicarla. Debe respetar el destino de la cosa. Finalmente, salvo pérdida fortuita de la cual quedaría liberado por ser deudor de un cuerpo cierto, debe restituir el objeto al terminar el arrendamiento.

D.19.2.19.6, 15.2, 25.3, I.3.24.5

115. EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO

La muerte del arrendador o del arrendatario no le ponen fin. Por lo común, el arriendo de cosas finaliza a la llegada del término convenido, si se trata de inmuebles rurales lo normal era que terminara a los cinco años, pero si las partes guardan silencio, se da entonces nacimiento a un nuevo contrato de arrendamiento al que los intérpretes han dado en llamar *tácita reconducción* y que está sujeto a los mismos requisitos que el anterior.

D.19.2.13.11 y 14, I.3.24.6

A veces el arrendamiento concluye antes de la llegada del término: la pérdida fortuita de la cosa arrendada lo anula de pleno derecho, porque quita a una de las obligaciones su objeto y a la otra su causa. También termina cuando el locator hace expulsar al conductor que ha abusado del disfrute o que debe dos anualidades de la merces; pero aunque no se presenten estas circunstancias, el locator puede dar por terminado el contrato cuando necesita disfrutar él mismo del objeto arrendado, o cuando desea repararlo. El conductor a su vez, puede dar por terminado el contrato antes del término cuando ve restringido su disfrute por hecho del locator o de un tercero, o bien si por caso fortuito se deteriora la cosa de modo que ya no pueda disfrutarla. Igualmente cuando deviene propietario o usufructuario de la cosa el conductor puede dar por terminado el contrato.

D.19.2.54.1, 56, 9.1

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato de arrendamiento, si no hay dolo ni falta, hace cesar las obligaciones de las partes para el futuro; en caso contrario, si hay dolo o falta, la parte responsable deberá daños y perjuicios.

116. SANCIONES DE ESTE CONTRATO

El contrato de arrendamiento da nacimiento a dos obligaciones recíprocas, ambas de buena fe; la del locator, sancionada por la acción *conducti* y la obligación del conductor sancionada por la acción *locati*.

D.19.2.19.2 y 15

Las acciones que nacen del contrato de arrendamiento son de buena fe y por la extensión que les da este carácter sirven para reclamar todos los resultados que deriven equitativamente del contrato o de sus pactos accesorios. Por la acción *locati* el locator exigirá al conductor que le pague la merces, que responda del mal uso que dé al bien, etc. Por la acción *conducti*, el conductor exigirá al locator que le rebaje la merces cuando no goce de todo el bien, que le reembolse de los gastos de reparación que haya hecho, que le indemnice en caso de evicción, etc.

D.19.2.19.2 y 15

Recordemos que el pretor da un interdicto muy importante al locator, el interdicto *Salviano*, para hacerse poner en posesión de los aperos del colono cuando éste no paga la pensión; interdicto que posteriormente da lugar a la acción *Serviana*, acción real, por medio de la cual el locator reclama ya contra el conductor, ya contra todo tercero detentador, los objetos del conductor especialmente afectados al pago de la merces o pensión.

D.43.33.1

117. LA ENFITEUSIS

La enfiteusis es una convención que por su ejecución da nacimiento a un derecho real; pero durante mucho tiempo se dudó en si catalogarla en la compraventa o en el arrendamiento; se parece a aquélla por su perpetuidad y por el ca-

rácter real del derecho que la puesta en posesión hace adquirir al enfiteuta; por otra parte, se asemeja al arrendamiento por la circunstancia que el enfiteuta no deviene propietario y en que su obligación principal tiene por objeto no un precio único sino una serie de prestaciones correlativas a su disfrute. Era importante resolver este problema sobre todo cuando la cosa perecía por caso fortuito, si era un arrendamiento cesaría la obligación del enfiteuta, si era una compraventa, continuaría obligado no obstante que ya no pudiera disfrutar del bien.

Gayo se planteó el problema en las Instituciones y resuelve en 3-145 que la enfiteusis *magis placuit locationem conductionemque esse*, se asemeja más al arrendamiento, pero la controversia se prolongó hasta que el emperador Zenón hizo de la enfiteusis un contrato distinto, resolviendo que la pérdida total del bien sería a cargo del propietario y la parcial a cargo del enfiteuta.

C.4.66.1

Además de la anterior diferencia entre la enfiteusis y el arrendamiento, dejando a un lado las referentes a la duración y a la naturaleza del derecho del enfiteuta, hay otras: *a)* El enfiteuta no puede exigirle al propietario que conserve el inmueble en buen estado. *b)* Es a cargo del enfiteuta el impuesto predial. *c)* Adquiere los frutos desde que son separados o recolectados. *d)* En el derecho de Justiniano el enfiteuta que quiera ceder su derecho debe avisar al propietario para que éste ejercite su derecho del tanto. *e)* El enfiteuta que durante tres años no pague la renta o el impuesto puede ser expulsado.

C.4.66.2

LOS CONTRATOS FORMADOS CONSENSU

118. LA SOCIEDAD. 119. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. 120. CONSECUENCIAS ESPECIALES DE SU CARÁCTER DE CONTRATO INTUITU PERSONÆ. 121. REPARTO DE LOS BENEFICIOS. 122. OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS. 123. ESPECIES DE SOCIEDADES. 124. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD. 125. SANCIONES.

118. LA SOCIEDAD

Societas viene de socius-ii, que significa socio, compañero, participe, asociado; a su vez, parece que socius deriva de sequor-eris-sequi, que significa ir detrás, acompañar, seguir.

Podemos definir a la sociedad diciendo que es un contrato consensual, por el cual dos o más personas se comprometen a poner ciertas cosas en común para sacar de ellas una utilidad apreciable en dinero.

D.17.2.29 y 80, D.44.7.57

119. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Las partes deben ponerse de acuerdo para formar la sociedad —animus contrahendæ societatis— pues de lo contrario otro será el contrato que celebren como se desprende de un fragmento de Ulpiano en el Digesto. Su acuerdo debe recaer:

1. Sobre los bienes que se comprometen a poner en común y 2. Sobre el fin común del cual tendrán participación: ganancia o pérdida.

D.17.2.6

1. Cada socio se compromete a poner alguna cosa en común. Lo ordinario es que esa parte consista en dinero, pero podrá ser también cualquiera otra cosa corporal o incorporal como un derecho de crédito, trabajo, conocimiento. Lo esen-

cial en la sociedad es que los socios aporten algo, no necesariamente que cada uno aporte lo mismo, pues el que da menos restablecerá la igualdad con su trabajo, pero si a uno se le exime de la obligación de aportar, entonces ahí habrá donación.

D.17.2.5 y 80

2. Las partes persiguen un resultado común que consistirá en un beneficio del cual cada socio tendrá parte; pero hay que decir: a) Que no siempre toda sociedad se forma por un deseo de especulación, en ocasiones se forman las sociedades para repartirse los gastos a fin de que determinada obra o empresa les sea menos onerosa. b) Aunque las sociedades deseen un beneficio, los hechos pueden resultar contrarios a sus deseos y la sociedad puede liquidarse por las pérdidas, siendo entonces la pérdida común como lo hubiera sido la ganancia: este es un resultado aceptado de antemano por el solo hecho de su asociación. Societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur.

D.17.2.67

La sociedad existe desde el momento en que las partes, de acuerdo para obligarse, están también conformes sobre el objeto de sus aportaciones respectivas y sobre el reparto de los beneficios o de las pérdidas; a partir de ese momento todas ellas están investidas de la acción pro socio

D.17.2.29

120. CONSECUENCIAS ESPECIALES DE SU CARÁCTER DE CONTRATO INTUITU PERSONÆ

El contrato de sociedad se distingue de los demás contratos onerosos en que se forma intuitu personæ, esto es, que tomamos en consideración las cualidades personales de aquellos con quienes nos asociamos, no deseamos simplemente hacer tal negocio, sino que queremos hacerlo con tales personas, de ahí ese dicho socii mei socius, meus socius non est —el socio de mi socio no es mi socio—. Además, la sociedad implica un ius fraternitatis, los asociados deben comportarse y tratarse como hermanos; este principio un poco vago en sí mismo, no está desprovisto de consecuencias prácticas, nos explica: a) Por que el asociado perseguido por su consocio

goza, al menos, por regla general, de la excepción *quod facere potest* —ser condenado tan solo en la medida en que pueda pagar—. *b)* Por que el arreglo relativo al reparto de las utilidades o de las pérdidas puede en ciertos casos ser atacado como contrario a la equidad y *c)* Por que también ciertos jurisprudentes se rehúsan a admitir la validez de una sociedad contraída bajo condición, porque la fraternidad existe o no existe, pero ésta no podrá ser condicional.

I.3.25.5, D.17.2.20 y 63

121. REPARTO DE LOS BENEFICIOS

Conviene examinar la forma en que las utilidades y las pérdidas se reparten dentro de la sociedad. Ulpiano hace mención a este respecto, así, pueden convenir que tendrán partes desiguales: uno dos tercios, tanto en la ganancia como en la pérdida, y el otro en ambos un tercio, lo que es común cuando las aportaciones son desiguales; o bien partes iguales. Se podrá convenir también que una parte no soportará pérdida sino que sólo se beneficiará con las ganancias, lo que es común cuando una de las partes lleva a la sociedad su conocimiento o dirección técnica. Lo que no se aceptaba era que uno de los asociados fuera excluido de los beneficios, aun soportando su parte de pérdida, es lo que se llama sociedad leonina en atención a la famosa fábula de Fedro.

I.3.25.1, G.3.49, D.17.2.29.1 y 2

Puede también ser designado un tercero para hacer el reparto de los beneficios en cuyo caso su papel consistirá en hacerlo según la equidad y si a ella faltare, puede modificarse el reparto por un juicio de buena fe. Si los contratantes han guardado silencio, aquí la regla es que las partes sean iguales, iguales, dice Justiniano, *æquæ*, decían Gayo y Ulpiano, en fin, en la participación es amplia la voluntad de las partes, debiendo ésta no traspasar los límites de la equidad.

G.3.150, D.17.2.29

122. OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS

El fin de la sociedad es obtener un resultado del que participen todos los asociados, cada uno de ellos debe hacer común

a los demás no sólo lo que ha prometido sino también lo que ha obtenido al llevar al cabo las operaciones propias de la sociedad, esto es lo que los textos expresan con la palabra *communicare*, si quis societatem contraxerit... cogitur rem communicare. Conviene desarrollar más esta idea en las proposiciones que siguen:

D.17.2.74

1. Cada socio está obligado a realizar su aportación. Si se trata de cosas corporales lo hará por tradiciones, in iure cessiones o mancipaciones que las volverán indivisas entre los distintos asociados; si se tratare de créditos, aquí habrá lugar a cesiones o a delegaciones; si de industria, ejecutará su obligación prestando los servicios o conocimientos prometidos.

2. El socio está obligado a garantizar los bienes aportados contra la evicción y contra los vicios ocultos que disminuyan su valor.

D.17.2.1.1, 2 y 3

3. Cada socio tiene el derecho y la obligación de llevar los asuntos comunes. (En las sociedades dotadas de personalidad, la administración la lleva un *syndicus* o *actor*.) Del mismo modo que los beneficios de esta gestión se reparten entre todos, los gastos y las pérdidas se soportan en común por los asociados. Además conforme a los principios generales, los asociados no se representan recíprocamente, por lo que en sus tratos con terceros podemos distinguir dos situaciones: *a)* Cuando obran conjuntamente las consecuencias del acto se realizan en la persona de todos ellos; *b)* Cuando uno de ellos sólo es el que obra, él sólo es el que deviene acreedor o deudor y por lo tanto sólo él podrá perseguir o ser perseguido por los terceros.

D.17.2.52.4 y 67

4. Como corolario de lo anterior las sumas que obtiene el gerente forman un beneficio común, al igual que las deudas una carga común, resultado que deberá comunicarse a sus co-asociados, entregando las cantidades correspondientes o exigiendo las que le sean debidas.

D.17.2.63.5

5. Los coasociados responden de su dolo y de su falta, pero como los negocios de la sociedad son en cierta medida también los del socio que obra por ella, está obligado a poner en ellos la diligencia misma que pone en los propios. La falta debe ser apreciada con indulgencia, el asociado no responde más que de lo que no tiene costumbre de cometer en sus propios negocios; esto se explica por el *ius fraternitatis* y porque el asunto que lleva es también de él. El daño que resulta del dolo o de la falta de un socio no se compensa con los beneficios que la sociedad le deba, porque quien debe ejecutar muchos negocios no se liberará de unos ejecutando bien los otros.

D.17.2.52.1 y 2, 72, 25 y 26

123. ESPECIES DE SOCIEDADES

Las sociedades se pueden clasificar en universales y particulares; dentro de las primeras tenemos: 1. La *societas universorum bonorum* —sociedad sobre todos los bienes— y 2. La *societas universorum quæ ex quæstu veniunt*. —La sociedad sobre todos los bienes adquiridos como ganancia—. Dentro de las segundas existen: 3. La *societas alicuius negotiationis* —la sociedad para algún negocio— y 4. La *societas unius rei* —la sociedad para un asunto—. Las sociedades universales tienen por característica abarcar la universalidad o una parte alicuota del patrimonio de los asociados; en las particulares los asociados sólo ponen en común bienes particulares.

I.3.25, G.3.148, D.17.2.5

Las sociedades pueden aún clasificarse bajo otro punto de vista, unas tienen el carácter de personas morales, las otras no lo tienen. Esta clasificación presenta interés, pues cuando la sociedad es una persona moral, ella puede tener sus bienes, sus créditos y sus deudas, que son parte del patrimonio de cada asociado; por el contrario, cuando la sociedad no es reconocida como persona moral, algunos bienes pertenecerán por indiviso a sus asociados, ciertos créditos y deudas, aunque contraídos por uno de los socios, deben finalmente aprovechar a todos o ser soportados por todos, aquí no habrá patrimonio diferente del suyo y la palabra sociedad no expresa aquí más que la suma de los intereses comunes. Además, la sociedad como persona moral sólo existe mediante una autorización

legislativa: "No se concede a cualquiera el poder constituir una sociedad, un colegio u otra corporación semejante, porque esto se halla regulado por leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales."

D.12.1.16, 74, D.3.4.1

Societas universorum bonorum. Esta sociedad es aquella donde los asociados se comprometen a aportar todos sus bienes presentes y futuros, aun aquellos que adquieran a título gratuito o por el ejercicio de una acción penal; como consecuencia, las deudas del socio tanto presentes como futuras son a cargo común, pero la sociedad no se beneficiará ni se perjudicará por los actos ilícitos cometidos por sus asociados, éstos serán a cargo del socio. Esta sociedad se daba generalmente entre parientes, sobre todo entre coherederos, para evitar que al ser repartida la herencia sufrieran una desclasificación en los registros del censo.

D.17.2.1 y 3

Societas universorum quæ ex quæstu veniunt. Esta clase de sociedades parece que tuvo su origen entre libertos que no tenían medios económicos y que se reunían aportando su trabajo o industria para subsistir. Esta sociedad no reporta otras deudas que las dimanadas de una adquisición que le ha beneficiado, su activo se compone de los ingresos de los trabajos efectuados por los asociados y por las adquisiciones hechas durante el curso de la sociedad.

D.17.2.7 a 13

Societas negotiationis alicuius. En esta sociedad varias personas hacen aportaciones con miras a una serie de operaciones comerciales determinadas; su activo se compone de las aportaciones de los asociados y su pasivo de las deudas que provienen de las operaciones de la sociedad. Pertenecen a este grupo las sociedades de publicanos, de banqueros, de traficantes de esclavos, las *vectigalium* y muchas otras como las empresas de transporte, de trabajos públicos, etc.

D.17.2.37

Societas unius rei. Esta sociedad se limita a una sola operación o a un solo objeto, por ejemplo, para comprar y explo-

tar un fundo, o cuando se reúne una persona que tiene tres caballos con otra que tiene uno, así les será más fácil vender la cuadriga: "si hemos contraído una sociedad, tú con tres caballos y yo con uno, para que tú, después de recibir mi caballo, vendieses la cuadriga y me dieras una cuarta parte del precio..."

D.17.2.58

Societas vectigalis. Ésta es una especie de *societas negotiationis alicuius*; se encargaba de la recaudación de los impuestos y era sobre todo una asociación de capitales, pues por los anticipos que debían hacerse al fisco no era fácil que pudiera un solo particular hacerlo, se asociaban varios y el excedente de lo recaudado se lo repartían. Esta sociedad tenía un trato diferente a las demás de su clase por el interés público que representaba, así, esta sociedad constituía una persona moral, a la muerte de uno de los asociados la sociedad no se extinguía sino que continuaba con los supérstites y con los herederos del difunto.

D.17.2.59

124. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD

Cuando una sociedad se disuelve, no significa que los efectos que haya producido se extingan, sino simplemente que ya no producirá otros. Una vez disuelta la sociedad es necesario liquidar los derechos respectivos de las partes y si a ello hay lugar, proceder a la partición; para este fin disponen de las acciones *pro socio* y *communi dividundo*.

Causas de disolución de la sociedad. *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione, ex tempore.*

1. *Ex personis.* La sociedad termina *ex personis* por la muerte de uno de los asociados, por su *capitis deminutio* y por la venta en bloque de sus bienes. La muerte termina la sociedad, exceptuando la *societas vectigalis*, pues los socios no estaban obligados a continuarla con los herederos en vista del principio de que las sociedades se forman *intuitu personarum*. El contrato de sociedad podía contener una cláusula indicando que continuaría con los restantes, pero esta cláusula no tenía efecto. También termina por la *capitis deminutio*, se disuelve igual-

mente la sociedad si los bienes de uno de los socios son vendidos pública o privadamente, para pagar a sus acreedores.

2. *Ex rebus.* La sociedad termina por la pérdida fortuita del fondo social, o más generalmente, por un acontecimiento que hace imposible el funcionamiento de la sociedad, por ejemplo, mi amigo tiene tres caballos y yo uno y el mío perece antes de la venta, el fondo social no se ha destruido y, sin embargo, la sociedad termina, porque en adelante no podrá lograrse el fin de la sociedad: vender una cuadriga. Dentro de esta causa de disolución de la sociedad cabe el caso cuando se logra el término de la operación prevista, de manera especial para las sociedades *unius rei*.

3. *Ex voluntate.* La sociedad termina *ex voluntate* o por renuncia, cuando uno hace saber a sus coasociados la intención de retirarse. Si el socio se retira fraudulentamente en el momento en que realiza un beneficio, debe participar su resultado a sus coasociados; si lo hace en una época en que pueda perjudicar a los intereses sociales, será responsable de los perjuicios. Si se renuncia antes del término sin dolo, si hay beneficio será sólo para los socios, si hay pérdida, la soportará también el que se retiró.

4. *Ex actione.* La sociedad termina *ex actione* cuando por una estipulación o por un juicio cambia de finalidad o causa. También termina, aunque no siempre, por el ejercicio de la acción de división *communi dividundo* y por el ejercicio de la acción *pro socio* que rompe el *ius fraternitatis*.

5. *Ex tempore.* La sociedad termina por la llegada del término fijado por los contratantes, aunque no la disuelve de pleno derecho sino que su efecto se limita a liberar de responsabilidad al asociado que se retira.

I.3.25.4 a 8, D.17.2.4, 63.10, 65.3 a 8, G.3.151 a 154

125. SANCIONES

Las obligaciones que derivan del contrato de sociedad están garantizadas con la acción *pro socio* y la acción *communi dividundo*.

Actio pro socio. Esta acción deriva del contrato de sociedad y tiende a hacer ejecutar las obligaciones nacidas del contrato, tales como obtener que se hagan las aportaciones, que se comunique un beneficio, que se ceda un crédito, el reembolso

de un anticipo o la indemnización de una pérdida. Esta acción es de buena fe, gozando el demandado del beneficio de competencia —*in id quod facere potest*—, y lleva consigo la nota de infamia para el condenado.

I.3.25.9, D.17.2.63

Actio communi dividundo. Esta acción deriva del simple hecho del estado de indivisión, la acción pro socio es insuficiente cuando la sociedad ha creado ese estado; si la división no puede hacerse amigablemente, cada asociado puede pedirla por esta acción. Esta acción tiene por objeto la partición de algún bien común, indiviso, es de buena fe y por ella el juez está facultado a tomar en consideración no todas las obligaciones de las partes, sino sólo aquellas que se refieren a las cosas comunes. Esta acción puede tener lugar durante el curso de la sociedad para la división de ciertos beneficios en que los socios no estaban de acuerdo, se hace la adjudicación de esos bienes y continúa la sociedad.

D.17.2.43, 10.3.1 y 2

LECCIÓN XXIII

LOS CONTRATOS FORMADOS CONSENSU

126. EL MANDATO. 127. ELEMENTOS DEL CONTRATO, SU OBJETO. 128. IDEAS ROMANAS ACERCA DE LA REPRESENTACIÓN. 129. EFECTOS DEL CONTRATO PARA LAS PARTES. 130. EFECTOS DEL CONTRATO CON RELACIÓN A TERCEROS. 131. EXTINCIÓN Y SANCIONES DEL MANDATO. 132. APLICACIONES ESPECIALES DEL MANDATO.

126. EL MANDATO

Mandatum viene de mando-as-are, de manus que significa mano y do, dar, este verbo latino quiere decir dar comisión, comisionar, encargar, mandar, encomendar, confiar.

El mandato es un contrato por el cual una persona —dominus, mandans, mandator— da encargo a otra persona —procurator, mandatario— que acepta, de realizar gratuitamente un acto determinado o un conjunto de operaciones.

I.3.26.13

La utilidad de este contrato es manifiesta, pues durante nuestra ausencia un tercero podrá encargarse de nuestros asuntos en la medida que convenga a nuestros intereses. Este contrato debe ser gratuito, pues si hay retribución será un arrendamiento o un contrato innominado, *mandatum nisi gratuitum nullum est*. Tiene su origen en la amistad y en el deseo de hacer un servicio, *originem ex officio atque amicitia trahit*.

D.44.3.1, D.17.1.1.4

Este es uno de los contratos consensuales, el consentimiento podía manifestarse expresa o tácitamente. A diferencia de los anteriores es sinalagmático imperfecto, pues en el momento en que se perfecciona nace la obligación a cargo del mandatario de ejecutar el mandato, posteriormente, el dominus puede verse obligado hacia el mandatario, por ejemplo, a indemnizar.

zarlo de sus gastos. Es de buena fe y las diferencias que de él surgen son reguladas por la equidad, está sancionado por la *actio mandati directa* y la *actio mandati contraria* —la acción de mandato directa y la acción de mandato contraria—. Al igual que el contrato de sociedad, éste se forma intuitu personæ, no encomendamos a cualquiera nuestros asuntos, sino a aquel que nos merece confianza.

D.17.1.22.11

127. ELEMENTOS DEL CONTRATO, SU OBJETO

Tres son los elementos del contrato:

1. El mandatario se compromete a hacer algo por cuenta del mandante, le hace un servicio. ¿Qué clase de servicio? El servicio no debe ser contrario ni a las leyes ni a las buenas costumbres, *qui hominem vulnerandum, occidendum, mandatum suscipiat, nihil mandati iudicio consequi potest propter turpitudinem mandati* —el que acepta el mandato de herir o matar a una persona, nada puede conseguir por la acción de mandato por la inmoralidad del mismo—. El mandato tiene por objeto actos referentes al patrimonio, actos de administración en el sentido más amplio de la palabra. Esta fórmula excluye los servicios profesionales retribuidos que son exigibles por una *persecutio extra ordinem* —persecución extraordinaria— y que, sin embargo, la costumbre veía ahí como una relación de mandato, para evitar tratar a los profesionistas como artesanos o locatores.

D.17.1.22.6, I.3.26.7, G.3.157

2. El mandato por definición es esencialmente gratuito, de lo contrario sería una *locatio-conductio* o un contrato innominado. Pero este rigor se suavizó y en la época clásica se reconoció que los servicios del mandatario podrían ser remunerados, remuneración que no toma el nombre vulgar de merces sino de emolumento u honor, y la vía para reclamarla no era la acción *mandati* sino una *persecutio extra ordinem*.

D.17.1.1.4

3. Es necesario que el mandante tenga un interés pecuniario en la ejecución del mandato; es un principio general

que toda obligación debe procurar al acreedor una ventaja apreciable en dinero, si no tiene interés, no tiene acción. El mandatario, por su parte, no debe empobrecerse ni enriquecerse por el mandato, si la ejecución del mandato le cuesta, debe ser indemnizado.

D.17.1.20

128. IDEAS ROMANAS ACERCA DE LA REPRESENTACIÓN

Por útil que nos parezca el mandato, no apareció pronto en Roma, en efecto, los actos del estricto derecho civil primitivo eran solemnes y exigían la presencia del interesado, ninguno podía hacerse representar por otro, a no ser por alguno sometido bajo su potestad, pues entonces se consideraba que formaban una persona. En los actos no solemnes, se podía ser representado por un esclavo, como para adquirir un derecho real o de crédito. Si se pedía a una persona libre que actuara a nuestro nombre y aceptaba, no podía ser constreñida jurídicamente a que obrara, si obraba, el acto recaía en su persona, haciéndose ella acreedora o deudora hacia él o los terceros con quienes tratara. El derecho civil bajo el sistema formulario, se dio cuenta de los problemas que traía el no admitir la representación y allanó las dificultades que presentaba la regla que no permitía litigar por otras personas, creando al *cognitor*, representante que era nombrado en presencia del magistrado y que en el litigio formaba una sola persona con el que lo había constituido.

Aunque el mandato fue considerado como contrato *bonæ fidei*, no tuvo los alcances que tiene en la actualidad. Todos los actos que celebraba el mandatario con terceros, recaían en su persona y había necesidad de que rindiera cuenta de ellos al mandator, traspasándole los efectos para quedar él liberado. Por otra parte cuando una persona bajo potestad —un hijo, un esclavo— actuaba con la autorización del *paterfamilias* con terceros, lo hacían acreedor, pero no podían comprometerlo, lo que daba lugar a iniquidades e injusticias. En buena hora el edicto del pretor permitió obrar contra el *dominus*, así, da la *actio institoria* cuando se trata de un comercio, la *exercitoria* cuando el amo hacía función de armador.

129. EFECTOS DEL CONTRATO PARA LAS PARTES

Obligaciones del mandatario. Podemos reducir a tres las obligaciones del mandatario:

1. Debe ejecutar el mandato; hacer precisamente lo que se le ha encargado, en las condiciones determinadas por el mandante y en la mejor forma posible; si no obra responderá de su inacción. Se considera que el mandatario no ejecuta el mandato cuando: a) El negocio hecho por el mandatario no es el que se le había encomendado —si mandavero tibi, ut domum Seianam... emeris tuque Titianam emeris... non videris implese mandatum—, como cuando se le encarga que compre una casa y compra otra. b) El negocio hecho por el mandatario ha sido el que se le ordenó, pero lo hizo en condiciones más onerosas. Supongamos con Gayo 3-161, que se me ha encargado comprar un fundo en cien sestercios y lo he comprado en ciento diez. ¿Puedo forzar al mandante a que lo tome por 110? Gayo decía que no, porque encontraba inicuo que uno fuera obligado a aceptar una cosa que no tenía el derecho de exigir, pero los proculeyanos decidieron en sentido contrario, siendo aprobada su decisión por Justiniano; en este caso el mandante debe pagar los cien y el mandatario absorberá los diez, suma en la que se excedió de las instrucciones del mandante.

I.3.26.8, 11, D.17.1.5.2, 41 y 3.2

2. El mandatario está obligado a rendir cuentas, no debe conservar nada de los beneficios que haya recibido de su gestión, debe cederlos íntegramente al mandante, para lo cual empleará los procedimientos que el derecho común pone a su disposición: si ha adquirido un derecho de propiedad, deberá entregarlo o mancipar la cosa; si por el ejercicio de un mandato se ha vuelto acreedor o deudor, deberá ceder sus acciones y es tal el alcance de esta disposición que aunque encargado de un litigio, si triunfa sólo por error o injusticia del juez esto no obstante, deberá entregar al mandante el monto de la condena, decidir lo contrario sería admitir su enriquecimiento.

D.17.1.20 y 45, D.41.1.59, D.3.3.46.4

3. Como el contrato es en beneficio del mandante podríamos concluir de esto que sólo responderá el mandatario de su falta grave y así se constata en varios textos del Digesto, sin embargo, desde la época clásica había ya una tendencia a exigir del mandatario los cuidados de un buen padre de familia, tal es la regla expuesta por Ulpiano en dos ocasiones y también la de los rescriptos de Diocleciano, que terminaron por dejar esto fuera de duda. Las causas de esta exigencia son fácilmente comprensibles: quien confía sus asuntos a un mandatario cree contar con él con la misma eficacia propia y quien acepta esta confianza que se ha puesto en él, se compromete a merecerla.

D.17.1.8.10, 29 y 3

Obligaciones del mandante. Podemos también resumir en tres las obligaciones del mandante:

1. Debe indemnizar al mandatario de todos los gastos en que éste haya incurrido con motivo de la ejecución del mandato, sin detenerse a examinar si era posible reducirlos o si su beneficio aún subsiste; por ejemplo, si se encarga al mandatario que compre un esclavo en cien sestercios y eso fue lo que costó, el mandante debe reembolsar dicha suma al mandatario sin discutir si el esclavo fue caro o ya no vale lo que costó. Debe indemnizar también al mandatario por las pérdidas que haya sufrido en la ejecución del mandato.

D.17.1.12.9, 27.4, 56.4

2. El mandante debe tomar a su cargo todas las obligaciones contraídas por el mandatario, procurándole su liberación, bien sea ejecutándolas o haciéndose cargo de ellas mediante una novación.

D.17.1.45 y 2 a 5

3. Finalmente, y conforme a los principios generales, el mandante responde no sólo de su dolo sino de toda falta, puesto que está interesado en el mandato. Su obligación es sancionada por la acción mandati contraria, que no es infamante como lo es la directa.

D.47.2.61.5, D.50.17.23

130. EFECTOS DEL CONTRATO CON RELACIÓN A TERCEROS

Un principio de los más antiguos del Derecho Romano establecía que un acto jurídico no podía ser considerado la obra de personas que no hubieran figurado en él ni, por consiguiente, producir con respeto a ellas sus efectos, en otras palabras, los romanos no admitían la representación en el sentido moderno. Este principio se aplica tanto en nuestra materia como en la tutela, con los mismos inconvenientes y esto explica por qué el mandatario debe hacer pasar esos actos al mandante, quien finalmente es el que se hará acreedor o deudor. Así como la tutela terminó por ser atemperada con la ayuda de acciones útiles de estos inconvenientes, lo mismo sucedió con el mandato, cuando se permitió que el mandante podía ser perseguido o perseguir en virtud de los actos del mandatario. Esta reacción operó de inmediato en lo referente a la adquisición de derechos reales, gracias a la regla *per extraneum possessio acquiri potest* —por una persona ajena se puede adquirir la posesión—, el mandante deviene propietario por el hecho del mandatario y a la inversa, siendo hecha la tradición regularmente por cualquiera que obra *voluntate domini* —por disposición del amo—, el mandatario puede transferir la propiedad de los bienes del mandante. Por lo que respecta a las obligaciones, el antiguo principio permaneció intacto, sin duda alguna a causa de la naturaleza personal del lazo que crean. Para comprender el progreso y las circunstancias que lo determinaron, es necesario dar una somera idea de las llamadas acciones institoria y exercitoria.

D.41.1.13

Se llama institor a aquél que retira directamente los beneficios de una empresa comercial o industrial, y factor es el encargado, que generalmente era un hijo o un esclavo del institor. El tercero que contrata con el factor no tenía en su contra más que un derecho ilusorio, en efecto, el esclavo no se obliga civilmente por contrato y el hijo de familia no tiene patrimonio propio, además, el tercero no podía obrar contra el comitente por la regla de que un *alieni iuris* —dependiente— no puede obligar al *paterfamilias*. Pero como la realidad era que el tercero había contratado con el factor en consideración al nombre del dueño y que éste había autorizado a su

subordinado para contratar, era equitativo que se obligara el amo; así lo vio el pretor y permitió al tercero acreedor obrar contra el institor con la misma acción nacida del contrato bajo el nombre de acción institoria. Esta acción nacida de las transacciones comerciales después se aplicó a actos de otra naturaleza y a los actos de mandato. Papiniano fue el primero que la extendió permitiendo al tercero acreedor obrar contra el mandante *ad exemplum institoriae actionis* —a semejanza de la acción institoria—, ejercitando la acción institoria *utilis* o *quasi institoria*. Más tarde parece ser que el mandante pudo obrar directamente contra el tercero, ejercitando *utilitatis causa* la acción nacida del contrato, al menos en los casos en que la cesión de acciones era obligatoria para el mandatario.

D.41.2.49.2, D.19.1.13.25

Se llama *exercitor* al capitán o patrón de una nave, que por lo común era un esclavo o un dependiente del propietario; al tercero que ha contratado con él le concede el pretor la acción *exercitoria* —acción de patrón—, a fin de que pueda reclamar por la totalidad de las deudas contraídas en los negocios referentes a la nave. Gayo con claridad nos dice que la acción *exercitoria* tiene lugar “en el caso de que un *pater* o un *dominus* haya puesto a un hijo o a un esclavo al mando de una nave y se realizara con él alguna transacción relativa al negocio por el cual fue puesto en dicho mando”.

G.4.71

A pesar de estos progresos el Derecho Romano no aceptó en los contratos el derecho de representación, siempre es en la persona del mandatario donde se realizan los actos, los efectos de su ejecución, que el derecho pretorio pasa al mandante como acciones útiles.

131. EXTINCIÓN Y SANCIONES DEL MANDATO

El mandato termina: *a)* Naturalmente, por la ejecución del acto o actos encomendados al mandatario. *b)* Por imposibilidad de ejecutarlo. *c)* Cuando no se ha terminado, en cuyo caso las obligaciones ya nacidas y no ejecutadas persisten, pero disuelto el contrato ya no se producen nuevas. *d)* Por mutuo disenso. *e)* Por la sola voluntad del mandante, que tiene

el derecho de resolverlo cuando le plazca. *f)* Por la voluntad del mandatario, siempre que no lo haga en un momento inoportuno, en cuyo caso deberá daños e intereses al mandante, a menos que haya causa justificada, como enfermedad o la insolvencia del mandante. *g)* Por la muerte del mandante o del mandatario, por ser este uno de los contratos que se celebran intuitu personæ —por consideración a la persona.

I.3.26.9 y 10, D.17.1.26

Como es un contrato sinalagmático imperfecto, consensual y de buena fe, el mandato está sancionado por una acción directa y otra contraria. Mediante la acción mandati directa el mandante exige al mandatario la ejecución del mandato, la rendición de cuentas; esta acción es infamante por haber faltado el mandatario a la confianza que se depositó en él. Por la acción mandati contraria el mandante exige al mandante que le indemnice de los gastos hechos, por las pérdidas sufridas con motivo de su gestión y que le libere de las obligaciones contraídas; esta acción no es infamante como la directa. Además, como se ha indicado, el pretor dio las acciones adiectitiæ qualitatis.

D.17.1.12.7, 9, G.3.155

132. APLICACIONES ESPECIALES DEL MANDATO

El mandatum credendæ pecuniæ. El mandatum credendæ pecuniæ o mandatum qualificatum —el mandato para prestar dinero—, suministraba un medio para escapar al rigor de las reglas de la fianza, dando al acreedor una plena seguridad para su crédito. He aquí cómo se forma: Mevio pide prestado a Ticio, quien le exige una caución, Sempronio accede, pero en lugar de ser fiador, es un mandator credendæ pecuniæ; en efecto, Sempronio da mandato a Ticio para que le preste a Mevio:

§
S → T → M

en esta forma, Ticio tiene como deudor principal a Mevio quien le está obligado por el contrato de mutuum y como mandatario que es Ticio de Sempronio, puede perseguirlo por la acción mandati contraria.

D.46.1.13, I.3.26.5

Mandatum tua gratia. "El mandato en tu solo interés es inútil y por consiguiente, no produce entre vosotros ni obligación ni acción de mandato." Se da este mandato, siguiendo a Justiniano, cuando por ejemplo, se aconseja colocar dinero en la compra de bienes inmuebles, antes que prestarlo a interés o viceversa; pero aquí, más que mandato hay un consejo y nadie se obliga por un consejo.

I.3.26, D.17.1.2.6

El mandatum post mortem. En el derecho clásico no eran tenidos por válidos los llamados mandatos post mortem, esto es, aquellos que debían ser cumplidos después de la muerte de una de las partes. Gayo así lo señala: "Si se me manda hacer una cosa después de mi muerte, el mandato es inútil, ya que está generalmente admitido que la obligación no puede nacer en la persona del heredero." Pero bajo Justiniano sí se admitió su validez: "Ninguno podía estipular que se le diese después de su muerte ni tampoco después de la muerte del promitente. Pero así como ya hemos dicho que del consentimiento de los contratantes procede la validez de las estipulaciones, hemos tenido a bien introducir en esta parte del derecho una necesaria concesión, de tal modo que si la estipulación ha sido concebida para después de la muerte... del estipulante o del promitente, valga la estipulación."

G.3.158, I.3.19.13

LECCIÓN XXIV

LOS PACTOS

133. CLASIFICACIONES DE LOS PACTOS. 134. PACTOS DEL DERECHO CIVIL. 135. PRINCIPALES CONTRATOS INNOMINADOS. 136. PACTOS DEL DERECHO PRETORIO. 137. PACTOS SANCIONADOS POR LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES. 138. PACTO DE CONSTITUCIÓN DE DOTE. 139. COMPROMISO ARBITRAL.

133. CLASIFICACIONES DE LOS PACTOS

Podemos clasificar a los pactos en dos grandes grupos, por un lado los pactos nudos que estaban desprovistos de sanción y, por el otro, a los *pacta vestita* o sea aquellos que estaban provistos de sanción y que tuvieron un gran desarrollo en el Derecho Romano; entre éstos tenemos a los pactos sancionados por el derecho civil, a los pactos pretorios y a los pactos legítimos o sancionados por el derecho imperial.

El pacto o convención no es otra cosa que el consentimiento de dos o más personas y así considerado entra como elemento esencial en los contratos y en algunos modos de extinción de las obligaciones, pero, por regla general, cuando ese acuerdo de voluntades no podía clasificarse como un contrato nominado, era considerado como un mero pacto sin consecuencias jurídicas en un principio, pero en la época clásica los pactos ya daban lugar a una obligación natural.

D.2.14.7.2, D.46.3.5.2

Los pactos desde tiempos muy remotos se abren camino en la escena jurídica. Aparecen en primer término los *pacta nuda*, o sea los pactos desprovistos por completo de sanción —*ex pacto actio neque nascitur neque tollitur*—, sin embargo, desde la ley de las Doce Tablas bastaba un simple pacto para extinguir *ipso iure* las acciones *furti* e *iniuriarum* —las acciones de hurto y de injurias—; después cuatro pactos son recono-

cidos por el derecho civil bajo el rubro de contratos consensuales: la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

D.2.14.17.1

Contra aquella disposición tan terminante del derecho civil, el pretor declara de una manera general que hará observar todo pacto celebrado sin dolo, pero sólo lo sanciona por vía de *exceptio*: *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*— el pacto nudo no da origen a una obligación, pero sí a una excepción—. Aquí se van gestando los *pacta vestita* o pactos sancionados. La legislación pretoria contenía un progreso: desde el momento en que el pacto tendía a obligar podía, presentándose el caso, suministrar una excepción y es aquí donde se ven realmente los elementos de una obligación, aunque fueran débiles e imperfectos. Ante esta situación el derecho civil tuvo que reconocer fuerza obligatoria a ciertas convenciones, ya porque estaban unidas a un contrato —*pacta adiecta*—, bien porque habían sido ejecutadas por una de las partes y éstos fueron los contratos innominados. Por su parte el pretor dijo que haría respetar los pactos que se celebraran sin dolo ni fraude y que no fueran en contra de las disposiciones legales; pero esto no quiere decir que el pretor sancionara todos los pactos con una acción, daba, eso sí, una *exceptio* y en un número reducido de casos una acción *in factum* —sobre el hecho— para asegurar su ejecución. Finalmente, las constituciones imperiales reconocieron fuerza obligatoria a determinados pactos que han dado en llamarse pactos legítimos.

D.2.14.7.4 y 7

134. PACTOS DEL DERECHO CIVIL

Entre los pactos del derecho civil tenemos a los *pacta adiecta* —pactos adjuntos a un contrato— y a los contratos innominados.

1. *Pacta adiecta*. Los pactos adjuntos a un contrato son aquellos que tienden a modificar sus efectos naturales, es decir, a aumentar o a disminuir sus obligaciones, como el pacto que le impone al deudor a dar fiadores, o bien cuando se le dispensa de garantizar contra la evicción. *Los pactos adjuntos*

—pacta adiecta—, se pueden añadir *a)* tanto a un contrato de derecho estricto, como *b)* a uno de buena fe, y pueden ser de dos clases: *in continenti* y *ex intervallo*, según se añadan en el momento mismo de celebrar el contrato o tiempo después.

a) Pacta adiecta en los contratos de derecho civil. Por regla general, tanto los pactos hechos *in continenti* como los hechos *ex intervallo* en los contratos de derecho civil, permanecieron desprovistos durante mucho tiempo de sanción, pues se oponía a ello el principio de la continuidad del acto jurídico y la fórmula concisa de esos contratos. Por otra parte, el pacto o aumentaba o atenuaba la obligación primitiva, si lo primero, no podía ser sancionado por la *condictio*, pues la medida de la obligación estaba ya dada por el contenido de las palabras, de la escritura o de los géneros en el caso del mutuo. Si se consagrara la validez del pacto, equivaldría a admitir por la convención adicional lo que no se permitiría por la convención principal, a saber, el efecto obligatorio del simple consentimiento. Si el pacto era *ad minuendam obligationem* —para atenuar la obligación—, el deudor continuaba debiendo según el derecho civil la totalidad de lo que había prometido, para lo cual sólo disponía de la excepción *pacti conventi* —de pacto convenido— pero como el contrato de estricto derecho tenía carácter unilateral no podía el deudor tener acción para hacer valer el pacto.

D.2.14.7.4

b) Pacta adiecta en los contratos de buena fe. Los pactos añadidos *in continenti* a un contrato de buena fe forman parte de él, mientras que los añadidos *ex intervallo* no, teniendo sólo el valor de un pacto aislado; esto quiere decir que cuando se trata de un pacto *in continenti* las obligaciones que crea están sancionadas por la misma acción que nace del contrato y las que suprime se considera *ipso iure* que jamás han nacido. Si se trata por el contrario, de un pacto *ex intervallo*, éste no opera más que por vía de excepción, de donde si suprime alguna de las obligaciones nacidas del contrato su inexecución está asegurada, pero si añade alguna, permanece como no puesta, a menos que el acreedor encuentre más tarde ocasión de oponerla cuando es demandado.

D.2.14.7.5

2. *Contratos innominados.* Vistos estos contratos en el último estado de desarrollo de la doctrina romana, cuando fueron unánimemente reconocidos y sancionados por la acción *praescriptis verbis* —de palabras prescritas—, no eran otra cosa que una convención sinalagmática ejecutada por una de las partes, o lo que viene a ser lo mismo, resultan de una prestación hecha *in vista* o para obtener una prestación recíproca. Esta convención considerada en sí misma o según la ejecución unilateral que reciba, no entra en ninguno de los contratos nominados; si consideramos que toda prestación consiste necesariamente en dar o en hacer, terminaremos por reconocer con Paulo la posibilidad de cuatro combinaciones diferentes, o sea la existencia de cuatro contratos innominados: *aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias* —pues o te doy para que me des, o doy para que hagas, o hago para que des, o hago para que hagas—. En los cuatro casos Paulo llama a la operación *datum ob rem*, *datum* se aplica a la prestación que forma el contrato y *res* a aquella que se encuentra así vuelta obligatoria. Los textos no los designan con el nombre de contratos innominados, sino con el de *negotia nova* o *contractus incerti* —negocios nuevos o contratos indeterminados.

D.19.5.5

En el último estado del derecho, los contratos innominados están invariablemente sancionados por la acción *praescriptis verbis*, pero ésta no fue creada para ellos; ya existía antes. Parece que fue Labeón quien la ideó y la daba en dos hipótesis donde se reunían todos los elementos de un contrato definido por el derecho civil y donde era difícil clasificar y calificar el contrato. Pero no fue la acción *praescriptis verbis* la única que sancionó a estos contratos; cuando se trataba de una *datio*, el que había entregado el objeto, podía, si lo prefería, recuperarlo por la *condictio ob rem dati* —condicción de cosa entregada—, también llamada *condictio causa data, causa non secuta* —condicción de causa entregada, causa no cumplida—. En otros términos, se podía escoger entre la ejecución del contrato o su resolución. Esta facultad de resolver el contrato no debe verse como un vestigio del antiguo derecho civil conservado por rutina; puede ser que después de entregado el objeto éste haya adquirido un valor considerable, o que la cosa que le sea de-

bida se haya deteriorado, o el hecho tenga un valor insignificante; en estos casos, al no cumplir oportunamente la otra parte, quizá conviniera más al acreedor resolver el contrato que exigir su cumplimiento. En los contratos *do ut facias* —doy para que hagas—, el que hacía la *datio* —la entrega— podía resolver el contrato por un simple cambio de parecer notificando al deudor, es lo que se ha llamado la *condictio expenitentia* —condición de arrepentimiento—. Fácilmente se explica este trato singular observando que este *ius poenitentia* se aplica a situaciones parecidas al mandato (*datio* de un esclavo para manumitirlo, *datio* de dinero para hacer un viaje), en virtud del derecho de revocación que pertenece al mandante.

D.19.5.17.2, 3, 18, 19, 20, 22

135. PRINCIPALES CONTRATOS INNOMINADOS

Los principales contratos innominados son en el derecho clásico, el *æstimatum* la *transactio* y el cambio, y bajo Justiniano, el precario.

Æstimatum. Hay *æstimatum* cuando una persona entrega a un tercero una cosa estimada en cierto precio y conviene con él en que la venderá y le devolverá, o el precio señalado, o la cosa, si no ha podido venderla. Si el tercero la vende más cara, guardará para sí la diferencia; si la vende a menor precio, deberá su estimación. En esta hipótesis la acción *præscriptis verbis* toma el nombre de *actio æstimatoria* —acción por causa de una tasa—. Este contrato era muy usual entre comerciantes mayoristas que entregaban mercancía a minoristas para que éstos la vendieran al detalle.

I.4.6.28. D.19.3.1, D.19.5.13

Transactio. La transacción es un contrato bilateral, por el que las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas. El que transige lo hace sobre una cosa que se halla en duda o sobre un litigio incierto y no concluido. Se puede considerar que hay transacción no sólo cuando se hubiese reforzado el contrato con una estipulación *Aquiliana* (ver N° 56), sino también si se hubiese convenido simplemente un pacto. El que deja de cumplir con lo pactado en una transacción lícita, no solamente será rechazado por

la excepción, sino que también se verá obligado a pagar la pena que hubiera lícitamente prometido al estipulante en caso de haber obrado contra el convenio.

D.2.15.1. 2, 16

Cambio. Hay cambio cuando se entrega una cosa para recibir otra. Es la principal aplicación del contrato innominado *do ut des*. No se confunde con la compraventa: 1. Porque el cambio no es puramente consensual como aquélla, sino que se forma por una transferencia de propiedad; 2. Mientras que en la compraventa sólo el comprador está obligado a transferir la propiedad del dinero al vendedor, en el cambio las dos partes deben transferirla, una para dar nacimiento al contrato, la otra para libertarse; 3. Mientras que en la compraventa los papeles de las partes son diferentes, en el cambio se confunden; 4. En el cambio la parte que primero ha ejecutado la *datio* tiene el derecho de resolver el contrato mediante la *condictio ob rem dati* —condición de cosa entregada—, cuando la otra parte no quiere o no puede ejecutar su obligación; en la compraventa el derecho de resolución no pertenece al vendedor no pagado más que si se ha reservado ese derecho por un pacto unido *in continenti*, llamado *lex commissoria*.

D.31.77.18, C.3.36.23, C.3.38.7

Precario. Hay precario cuando una persona concede a otra, que se lo ha rogado, la posesión y disfrute gratuito de una cosa, a cargo de restituirla a la primera reclamación. El precario primero se aplicó a fundos de tierra, después a cosas muebles y aún incorpóreas como las servidumbres. El que concedía la cosa a título de precario, para hacérsela devolver, disponía del interdicto de precario y de la *rei vindicatio* cuando era propietario. Bajo el Imperio se le dio la *condictio incerti* para hacerse devolver la posesión; finalmente se le dio la acción *præscriptis verbis*. El precario es semejante al comodato, aunque en el precario puede pedirse la devolución del objeto en cualquier momento; el comodatario detenta, el precarista posee; el comodatario responde de toda falta, el precarista sólo de su dolo y falta grave.

D.43.26.1 y ss., 12, 19.2

136. PACTOS DEL DERECHO PRETORIO

Ya el pretor había indicado en su edicto que haría respetar todo convenio lícito, hecho sin fraude, para lo cual sólo daba el recurso de oponer una excepción. Pudo haber ido más lejos dando una acción para que todos los pactos hubieran estado debidamente sancionados, pero se abstuvo de hacerlo, sancionando únicamente a algunos con una acción *in factum*, por este motivo son llamados pactos pretorios.

D.2.14.7.7

Pacto de constituto. El pacto de constituto es la promesa, sin que se requiera para su validez formalidad alguna, de pagar a día fijo una deuda preexistente. El pretor sancionó este pacto porque el que lo viola falta manifiestamente a la equidad, pues ha reconocido una deuda, el acreedor ha consentido en darle nuevo plazo y, sin embargo, rehúsa pagar. Este compromiso fue sancionado por la acción de pecunia constituta.

D.44.4.2.4, D.13.5.1

Son dos las aplicaciones del constituto: el constituto *debiti proprii* y el constituto *debiti alieni* —el acuerdo sobre deuda propia y el acuerdo sobre deuda ajena—. La primera debe haber sido ideada para prorrogar la deuda propia sin necesidad de recurrir a los medios establecidos por el derecho civil, como la novación o el contrato *litteris*. La segunda proporcionaba un medio cómodo para realizar con mayor facilidad operaciones jurídicas que el derecho civil volvía complicadas, y se utilizaba para caucionar la deuda de otro, para liberar al deudor dando uno nuevo al acreedor.

D.13.5.5.3 y 26

Pacto de juramento. El pacto de juramento consiste en la afirmación solemne de un derecho o de un hecho. Generalmente se da cuando hay un litigio dudoso y se ponen de acuerdo las partes para que una de ellas otorgue el juramento afirmando la existencia o inexistencia del derecho o hecho en disputa. La parte a quien toque jurar, puede abstenerse de hacerlo, pero si lo hace se forma un pacto que el pretor sanciona, teniendo quien ha jurado una *exceptio iuris iurandi*

—excepción de juramento— y una acción *in factum* de *iureiurando* —acción sobre el hecho de juramento—. Por la excepción rechazará la acción por la cual la contraria ponga en duda lo que se había dilucidado por el juramento, así, el deudor que ha jurado que no debía nada, rechazará la acción del acreedor que pretenda cobrarle. Por medio de la acción de *iureiurando* quien ha jurado podrá reclamar el beneficio del derecho cuya existencia ha afirmado. El juez de la acción o de la excepción sólo debe examinar si se ha prestado el juramento y si así ha sido reconocerá que asiste la verdad a quien ha jurado.

D.12.2.27 y 40

Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. (Lo que asumieron bajo su custodia el capitán de una nave, el posadero y el establero.) El pretor da acción "contra los navieros, posaderos y estableros que no restituyan lo que de cualquier persona hubiesen asumido bajo su custodia". Todas las cosas que hubiesen sido recibidas con el propósito de preservarlas o custodiarlas frente a eventuales daños por el capitán de una nave, por el posadero o establero, debían ser devueltas por estas personas que respondían de su pérdida o daño. Los viajeros tenían en contra de ellos una acción de *recepto*, acción de resarcimiento fundada en el hecho de que los que ejercían como armador de la nave, posadero o establero, habían asumido al aceptarlas, la responsabilidad de tenerlas a salvo y devolverlas al que se las había confiado, responsabilidad que sólo cesaba en caso de fuerza mayor.

D.4.9.1

Receptum argentariorum. El *receptum argentariorum* era el compromiso mediante el cual un banquero se obligaba a pagar una deuda presente o futura de un cliente suyo frente al tercero acreedor. El banquero asumía sobre sí mismo la deuda de su cliente y por este acto respondía frente al tercero, quien tenía en su contra la acción *receptitia*.

D.13.5.27 y 28

Pacto de hipoteca. Se contrae la hipoteca en virtud de un pacto cuando alguien conviene que algunos objetos de su pro-

piedad se afecten en garantía del cumplimiento de una obligación. El acuerdo entre las partes bastaba para crear la hipoteca. D.20.1.4

137. PACTOS SANCIONADOS POR LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES

Los emperadores al través de las constituciones imperiales, reconocieron también fuerza obligatoria a algunos pactos que los comentaristas dieron en llamar pactos legítimos y que fueron sancionados por la *condictio ex lege*. Estos pactos son:

Donación entre vivos. La donación entre vivos consistía en un traslado de propiedad hecho a título de dádiva, según el derecho antiguo; en el derecho clásico se entendía por ella una liberalidad irrevocable por la que una persona, el donante, se despoja voluntariamente de una cosa o de una ventaja apreciable en dinero, en provecho de otra persona, el donatario. Esta donación debe aminorar el patrimonio del donante y aumentar el del donatario; una vez perfecta no puede revocarse arbitrariamente y debe ser libremente consentida por el donante —*donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur*—. La aceptación del donatario no es indispensable para que la donación sea válida —cuando se paga una deuda sin saberlo el deudor—, sin embargo, el donatario puede rechazar la donación.

D.39.5.29

Por lo común, antes de que se realizara la donación había un convenio previo entre las partes, pero este acuerdo en un principio no estaba sancionado, para que lo estuviera era preciso emplear un procedimiento del derecho común que diera al donatario una vía de ejecución contra el donante; este procedimiento varía, y debemos distinguir las siguientes etapas: a) Según el derecho antiguo. b) Según el régimen de la Ley Cincia. c) Según la reforma de Antonino Pio. d) Según el régimen de la insinuación y e) Según las reformas de Justiniano.

Fr.Vat.310

a) *Derecho antiguo.* Los procedimientos para hacer perfecta la donación eran: 1. Una *datio*, o sea la entrega de la

cosa que hiciera propietario quiritario al donatario, o al menos propietario bonitario. 2. Una estipulación, que hacía al donatario acreedor del donante y le daba la *condictio* para forzar al donante a cumplirla. 3. El contrato *litteris*, cuando con autorización del donante el donatario hace en su libro de caja —*codex*— la anotación por la cantidad fijada.

D.39.5.33 y 1, Fr.Vat.311

b) *Régimen de la Ley Cincia.* Esta ley fue votada bajo la proposición del tribuno Cincio Alimento en el año 204 a. C. La ley Cincia de *donis et muneribus* —de dones y regalos— contenía dos capítulos, el primero prohibía a los patronos recibir regalos de sus clientes y a los abogados recibir honorarios; el segundo reprimía las donaciones excesivas exceptuando las hechas entre ciertos parientes y entre los cónyuges, desconociéndose la tasa establecida por la ley. A las donaciones que no pasaban de la tasa, o que se hacían a personas exceptuadas, se les aplicaba el derecho antiguo, a las que excedían la tasa, se les aplicaba la ley. Pero esta ley era imperfecta porque no declaraba la nulidad de esas liberalidades que estaban sobre la tasa y el donante arrepentido no tenía acción a su alcance para recuperar lo entregado al donatario; cuando aún no había hecho la entrega, podía revocar la donación y negarse a ejecutarla, oponiendo a la acción del donatario la *exceptio legis Cinciae*, excepción que podía oponer aun cuando estuviera ligado según el derecho antiguo.

Fr.Vat.298 y ss.

c) *Reforma de Antonino Pio.* El emperador Antonino Pio establece que la simple convención de donación, siempre que conste por escrito y que éste se entregue al donatario, será obligatoria entre ascendientes y descendientes. El pacto de donación se vuelve así un pacto legítimo, teniendo el donatario la *condictio ex lege* desde que tiene en su poder el escrito.

Fr.Vat.312

d) *Régimen de la insinuación.* La Ley Cincia cae en desuso y en su lugar aparece una nueva institución: la de la insinuación, que consiste en la formalidad de transcribir en los registros del magistrado superior o del juez, el escrito de donación. Esta formalidad ya era usada, pero no era obligatoria,

fue impuesta a todas las donaciones bajo pena de nulidad por Constancio Cloro y posteriormente limitada a las donaciones superiores a doscientos sueldos.

Fr.Vat.312

Cuando Justiniano sube al trono, la donación se perfecciona: entre ascendientes y descendientes por un escrito entregado al donatario, además, si excede de doscientos sueldos es necesario transcribirla en los registros —insinuación—; entre otras personas, la donación supone la observancia de las formalidades exigidas antes de la Ley Cincia y, si su importancia lo pedía, la insinuación.

C.8.53.34

e) *Reformas de Justiniano.* Justiniano decide que entre toda clase de personas la simple convención de donación, escrita o no escrita, sería por sí misma una causa suficiente de obligación. El donatario fue investido de la *condictio ex lege* para obtener la translación de propiedad, es decir, la entrega o tradición. Además, Justiniano no exigió la insinuación más que para las donaciones superiores a quinientos sueldos, siendo nulas por el excedente.

C.8.53.36.3

La donación era irrevocable, pero podía revocarse por causas especiales: 1) Cuando la donación estaba hecha *sub modo* y el donatario no cumplía con la carga que le había sido impuesta; 2) Cuando la donación la hacía el patrono, que no tenía hijos, a su liberto y después tenía uno, podía recogerle toda la liberalidad; 3) El donante podía obtener la revocación por ingratitud del donatario, Justiniano determinó limitativamente estas causas.

C.8.55(56).10

Donación mortis causa. La donación por causa de muerte es la que se hace previendo la muerte; cuando alguno dona así: que si sucumbe en el peligro, la cosa se hará del donatario; más si sobrevive volverá a él. El carácter esencial de esta donación no consiste sólo en que se haga previendo la muerte, sino en que se halle subordinada a la condición de que venga la muerte, así vemos en un fragmento de Marciano

que si alguno previendo su fin dona algo de un modo irrevocable, hace una verdadera donación entre vivos, porque la muerte es el motivo que determina, pero no la condición bajo la cual se hace la donación.

D.39.6.1, 35.4, I.2.7.1

La donación *mortis causa* ocupa un lugar intermedio entre la donación entre vivos y el legado; difiere de aquélla por los caracteres siguientes: no es definitiva más que a la muerte del donante, caduca si el donatario muere primero y es revocable a voluntad del donante, salvo cláusula en contrario. Por una constitución Justiniano decidió que las donaciones *mortis causa* y los legados, producirían los mismos efectos y estarían sujetos a las mismas reglas, terminándose por someterla a las disposiciones restrictivas de las leyes Iulia y Papia Poppæa y de la ley Falcidia; sin embargo, la donación es independiente del testamento y puede producir en vida del donante ciertos efectos, aunque revocables, el legado sigue la suerte del testamento y sólo tiene efectos a la muerte del testador; la donación supone el acuerdo entre las partes, no así en el legado.

C.8.56(57).4, D.39.6.37

La donación *mortis causa* llega a caducar cuando el donatario muere antes que el donante; cuando, habiéndose hecho la donación en vista de un peligro de muerte, el donante se salva de ese peligro; cuando el donante revoca la donación.

D.39.6.16.30

Donaciones entre cónyuges. La donación entre cónyuges es aquella que es hecha por uno de ellos al otro durante el curso del matrimonio. Cuando la *manus* era la consecuencia de las *iustæ nuptiæ*, no cabían estas donaciones, pues los bienes de la mujer eran adquiridos por el marido, pero fue distinto cuando cayó en desuso la *manus*; hacia el fin de la República la costumbre, bajo la influencia de los jurisconsultos, prohibió las donaciones entre esposo, aunque en la época de la ley Cincia estaban permitidas, pues los cónyuges figuraban entre las *personæ exceptæ* a las que se podía donar *ultra modum* —más allá de la tasa—. La prohibición se debió a la relajación de las costumbres, para evitar que el cónyuge poco escrupuloso

se aprovechara de ellas y para evitar que la donación fuera arrancada bajo la amenaza de un divorcio. La sanción de la prohibición era la nulidad absoluta de la donación, cualquiera que hubiera sido el procedimiento empleado para realizarla. Sin embargo, no estaban prohibidas las donaciones hechas al marido honoris causa para obtener una dignidad, la hecha —exilii causa— al marido desterrado, la hecha en el momento del divorcio. Este rigor era excesivo y el senado decidió, a propuesta de Antonino Caracalla, que si el donante había perseverado hasta su muerte en mantener la donación y si moría durando aún el matrimonio, ésta se haría válida de pleno derecho en el momento del fallecimiento. En lo futuro la donación entre esposos fue semejante a una donación mortis causa, por lo que se le aplicaron la mayor parte de sus reglas y las de los legados. Bajo Justiniano no cambiaron estos principios.

D.24.1.1.2,3.10,5.17,32.2 y ss.

138. PACTO DE CONSTITUCIÓN DE DOTE

En el derecho clásico, dote es el conjunto de bienes, que el marido recibe de la mujer, o de otra persona, para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio. La dote es profecticia cuando es dada por el padre o por un ascendiente paterno; la dote es adventicia en todos los demás casos.

D.23.3.2,5

Cuando al matrimonio acompañaba la manus, los bienes de la mujer sui iuris pasaban a engrosar el patrimonio único del paterfamilias, era una dote en sentido lato. Siendo la mujer alieni iuris, no tenía bienes propios, por lo que su paterfamilias entregaba al marido determinados bienes de una manera definitiva. Al relajarse las primitivas costumbres y generalizarse la práctica del divorcio, la mujer quedaba desposeída de esos bienes dotales, por lo que se usó unir a la constitución de la dote una estipulación para obligar al marido a devolver esos bienes en el caso de que hubiera divorcio; a falta de estipulación se dio a la mujer la acción rei uxoriae —de las cosas de la mujer.

D.23.3.6

La dote generalmente se constituye antes del matrimonio, pero sólo es válida cuando éste se realiza y tiene el carácter de simple pacto en el derecho clásico; para darle efecto las partes recurrían a una datio que se hacía al marido, a una estipulación o a una dictio dotis, que le hacían acreedor del constituyente. En el año 428 Teodosio y Valentiniano hicieron obligatoria a la simple convención de dote, que en adelante se convirtió en pacto legítimo sancionado por la *condictio ex lege*.

D.23.3.3, C.5.11.6

En el derecho clásico cualquier persona que constituye la dote es libre de estipular su restitución, llamándose entonces dote recepticia. Pero si no se estipula su devolución, ésta es obligatoria. *a)* Cuando el matrimonio se disuelve por divorcio o por muerte del marido; *b)* Cuando el matrimonio termina por la muerte de la mujer la dote queda en poder del marido, salvo si es profecticia, en cuyo caso volverá al que la constituyó.

D.24.3.24 y 57

En el caso de ejercicio de la *actio rei uxoriae*, el marido al devolver los bienes dotales podía hacer ciertas deducciones: *a)* Ob liberos, cuando quedaba con hijos después del divorcio por culpa de la mujer; *b)* Ob mores, por mala conducta de la mujer; *c)* Ob impensas, por los gastos de conservación hechos en los bienes dotales; *d)* Ob res amotas, por las cosas que la mujer había substraído y que pertenecían al marido.

Ulp.6.10 y ss D.23.4.5

Justiniano generalizó el principio de la devolución de la dote y da a la mujer garantías especiales, reputando que en todos los casos la mujer ha estipulado su restitución, por lo que se le devolverá a ella o a sus herederos, cualquiera que sea la causa de la disolución del matrimonio. Suprime la acción rei uxoriae, comunicando a la acción ex stipulatu las características de las dos, así: *a)* La nueva acción ex stipulatu es de buena fe; *b)* El marido demandado puede retener el importe de sus gastos necesarios, suprimiéndose las demás deducciones; *c)* El marido goza del beneficio de competencia, sólo es condenado en el límite de su patrimonio; *d)* Se le da un plazo de un año al marido para que restituya la dote. Justi-

niano permite, además, a la mujer considerarse como propietaria de los bienes dotales que existen o presentarse como acreedora de su marido, en caso de insolvencia de éste, teniendo sobre ellos un derecho de hipoteca preferente; finalmente, para proteger mejor a la mujer para la restitución de la dote, le concede una hipoteca tácita sobre los bienes del marido.

I.2.7.3

139. COMPROMISO ARBITRAL

Había compromiso arbitral, en la época clásica, cuando las dos partes que deberían de intervenir en un proceso judicial se ponían de acuerdo para no sujetarse a las formas del procedimiento. Para este fin, señalaban uno o varios árbitros —*recepti arbitrii*—, comprometiéndose recíprocamente a aceptar su fallo; estas dos promesas es lo que se llama compromiso, antes de ellas el arbitraje no era obligatorio, después lo será no sólo para las partes sino también para el árbitro, si es que ha aceptado la misión que le ha sido encomendada, pudiendo el pretor urgirlo para que cumpla su cometido. La aceptación del arbitraje es potestativa para el árbitro, aceptado su papel tiene poderes mucho más amplios que los de los jueces designados por la ley o por el magistrado, pues el árbitro no está obligado a ceñirse por completo a las reglas jurídicas y su sentencia valdrá siempre que no haya sido dada dolosamente y que no sobrepase las cláusulas del compromiso. La sentencia del árbitro no presenta todas las características de la dada en un juicio, por una parte, tiene más fuerza, pues no es susceptible de apelación habiendo sido dada en virtud de un convenio; por otra parte, no lleva consigo ni la acción *iudicati*, ni las vías de ejecución forzada, pero la pena es debida por aquel que desobedece al árbitro y el derecho que otorga el fallo arbitral puede ser deducido en justicia.

D.4.8.11.1 y 4,13.2,3.1,32.14

LECCIÓN XXV

LOS CUASI CONTRATOS

140. CUASI CONTRATOS. 141. LA GESTIÓN DE NEGOCIOS. 142. OTROS CUASI CONTRATOS. 143. EL PAGO DE LO INDEBIDO. 144. LA INDIVISIÓN. 145. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

140. CUASI CONTRATOS

Los cuasi contratos son actos diversos lícitos o manifestaciones unilaterales de voluntad, que ofrecen la imagen de un contrato y que engendran obligaciones. Los cuasi contratos presentan analogía con los contratos: la gestión de negocios se parece al mandato, la indivisión a la sociedad, el pago de lo indebido al *mutuum*. Unos son sinalagmáticos perfectos como la indivisión o sinalagmáticos imperfectos como la tutela o la curatela y las obligaciones que de ellos nacen son sancionadas por acciones de buena fe. El pago de lo indebido es un cuasi contrato unilateral y la obligación que produce está sancionada por una acción de derecho estricto.

I.3.27, D.3.5.3.5, D.44.7.5.1 y 2

141. LA GESTIÓN DE NEGOCIOS

Este cuasi contrato es de gran utilidad para los ausentes, pues un tercero se puede ocupar de sus asuntos a fin de que no les ocurra, por su indefensión, que otro sea puesto en posesión de sus bienes y que éstos se vendan, o se venda la prenda que dieron, o sufran una acción penal, o pierdan sin razón una cosa de su propiedad.

D.3.5.1

Hay gestión de negocios todas las veces que una persona administra voluntariamente los negocios de otro sin mandato del interesado, pero con intención de obligarlo. El gerente se

llama negotiorum gestor y al tercero interesado se le designa dominus. Este cuasi contrato es muy útil, pues permite a una persona intervenir en los negocios de un tercero para rendirle un servicio benéfico a sus intereses.

D.44.7.5, I.3.27.1

La gestión de negocios a semejanza del mandato, del cual se distingue sólo por la falta del mutuo consentimiento, engendra dos acciones: la actio negotiorum gestorum directa —acción directa de la gestión de los negocios— que es dada al dominus y la acción contraria de la gestión de los negocios, que es dada al gestor o gerente.

D.3.5.9(10) 1

Condiciones requeridas para su existencia. Como se desprende de la definición, son tres las condiciones requeridas para la formación de este cuasi contrato. 1. Es preciso que el gerente haya obrado en interés del dominus. El que no tiene por mira más que su propio interés, no puede obligar al dominus más que en la medida en que lo haya enriquecido. 2. Es preciso que el gerente haya obrado sin el conocimiento del dominus, es decir, que éste ignore la gestión del todo o al menos que no haya podido impedirla, de lo contrario nos encontraríamos con un mandato tácito. Pero si el dominus ratifica los actos del gerente ¿se convierte en mandato la gestión realizada? Este problema dividió la opinión de los juriconsultos; por lo que se refiere al gerente, Pomponio le daba la actio mandati contraria, pero Scævola rechaza esta opinión, para él la ratificación no altera el carácter originario de las relaciones jurídicas que existen entre las partes, por tanto, ambas partes obrarán por la actio negotiorum gestorum; Justiniano sancionó esta opinión. 3. Es preciso que el gerente haya obrado con la intención de obligar al dominus. No habría gestión de negocios si el gerente ha querido hacerle una liberalidad, o si no ha cumplido más que con un deber de familia. Titium si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere —si Titio por consideraciones de afecto hacia su hermana, alimenta a su hija, no tendrá contra ella esta acción.

D.3.5.26(27).1, D.3.5.5.(3),9(10)

Obligaciones del gestor. Como el mandato, la gestión de negocios crea una obligación a cargo del gerente y puede también nacer otra a cargo del dominus, obligaciones muy semejantes a las del mandato y que podemos reducir a tres: 1. El gerente debe ejecutar completamente el asunto una vez que se ha encargado de él. En lo que se diferencia del mandato es en que la muerte del dominus no le libera. Si vivo Titio negotia eius administrare coepi, intermittere mortuo eo non debeo. —Si en vida de Ticio comencé a gestionar sus negocios, no debo dejar de hacerlo al morir él—. 2. Debe rendir cuentas de su gestión y por los mismos procedimientos que en el mandato, ceder los beneficios y cargas al dominus. 3. El gestor responde de toda falta que no hubiera cometido un buen padre de familia, pero no responde de los casos fortuitos.

D.3.5.20.(21) 2, I.3.27.1, C.2.18(19).22

Obligaciones del dueño del negocio. La principal obligación del dominus consiste en reembolsar los gastos del gestor en la medida de su utilidad, lo que comprende el derecho de criticarlos en razón de su objetivo o de su exageración, cosa que no era dable al mandator. El dominus debe también descargar al gerente de todas las obligaciones que contrajo con ocasión de la gestión.

D.3.5.9.(10).1

Sanciones. Como hemos dicho, la gestión de negocios por ser bonæ fidei, da lugar a dos acciones, la directa y la contraria, la primera para el dominus contra el gestor, la segunda al gestor contra el dominus. Una y otra son dadas en interés del ausente que no ha podido dejar mandatario. —Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur—. Si el gestor no tuviera que rendir cuentas, los bienes de los ausentes fácilmente serían su presa, de ahí el motivo de la acción directa. Por otra parte, si el gestor ha administrado útilmente y no se le dieran recursos procesales para ser reembolsado de los gastos, los hombres de bien se abstendrían de intervenir en beneficio de otros, de ahí la razón de la actio negotiorum gestorum contraria.

I.3.27.1, D.3.5.1 y 2

142. OTROS CUASI CONTRATOS

Las Instituciones de Justiniano citan los principales cuasi contratos: la gestión de negocios, ya vista, la tutela, la curatela, la indivisión, la aceptación de una herencia, el pago de lo indebido; pero hay otros cuasi contratos, como el enriquecimiento sin causa, la obligación de exhibir una cosa que se detiene, la obligación de restituir la dote cuando ésta se debe a la mujer sin que haya habido estipulación. Hablaremos de los más importantes cuasi contratos.

I.3.27.2 y ss. D.44.7.5

143. EL PAGO DE LO INDEBIDO

Hay pago de lo indebido cuando una persona paga por error lo que no debe, y quien ha recibido está obligado a devolver lo que le ha sido pagado. Esta obligación está sancionada por la *condictio indebiti*, pero para que haya lugar a ella se requiere: el hecho material del pago, la inexistencia de la deuda que le ha servido de causa y el error del tradens, el que entrega. "También se obliga por la cosa aquél que recibe de otro lo que éste no le debía y le pagó por error... puede intentarse contra él la condición... como si hubiese recibido el mutuo."

I.3.27.6, G.3.91

Es necesario que el tradens haya pagado en realidad lo que no debía, lo cual puede acontecer cuando no era deudor, en cuyo caso la deuda no existió jamás o la deuda gravaba a una tercera persona; o cuando siendo él deudor, paga una cosa que no debía, o la paga a una persona que no era el acreedor.

I.3.14.1

Hay *indebitum* cuando: a) El que ha prometido bajo condición paga cuando ésta aún no se realiza. Pero no habrá *indebitum* cuando su deuda es a plazo; b) Cuando el deudor paga más de lo que debía, hay *indebitum* por el exceso. No habrá pago de lo indebido cuando se cumple con una obligación natural, como cuando el amo debe algo a su esclavo y posteriormente lo manumite y le paga la deuda reconociendo su obligación natural.

D.12.6.65.9,16,18,10,64

El pago de lo indebido no obliga al que lo ha recibido más que si ha sido pagado por error, pues cuando se paga a sabiendas lo que no se debe se está haciendo una liberalidad. El error de hecho da lugar a la reclamación de lo indebido, con tal que no sea demasiado rudo e inexcusable. En cuanto al error de derecho los jurisconsultos no estaban de acuerdo. Papiniano admite que no puede servir cuando se quiere realizar una ganancia, pero que podrá ser invocado cuando se trata de evitar una pérdida: *iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet* —la ignorancia de derecho no vale para los que quieren adquirir algo, pero no perjudica a los que reclaman lo que es suyo—, pero esta opinión no prevaleció, sino la de Paulo: *regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*, esto es, es una regla que la ignorancia de derecho perjudica y la de hecho no perjudica.

C.1.18.10, D.22.6.7. y 9

Cuando se ha configurado el pago de lo indebido, la obligación que nace tiene por objeto la restitución de lo que se ha entregado, bien sea dinero, otros objetos o un hecho, por lo cual la *condictio* que sanciona esta obligación podrá ser la *condictio certae creditae pecuniae* —la condición de determinada suma de dinero—, la *condictio certae rei* o *triticaria* —la condición de cosa determinada o triguera— o, en el caso de un hecho, la *condictio incerti* —la condición indeterminada.

D.12.6.54, D.22.3.25

144. LA INDIVISIÓN

Dicen las Instituciones de Justiniano: del mismo modo si una cosa es común entre muchos, sin que haya entre ellos sociedad, como por ejemplo, porque les haya sido legada o donada conjuntamente, y uno de ellos esté obligado a otro por la acción *communi dividundo* —para dividir lo que es común—, por haber percibido él solo los frutos de una cosa o porque el otro hubiese hecho gastos necesarios, no se halla en realidad obligado por un contrato, pues ninguno ha habido entre ellos; pero como no lo está por un delito, parece estarlo por un cuasi contrato. Lo mismo sucede respecto del que por los mismos motivos está obligado con su coheredero por la ac-

ción de partición de la herencia. El heredero se halla también obligado *ex contractu* hacia el legatario, para hacerle entrega del legado.

I.3.27.3,4 y 5

La indivisión da lugar esencialmente a la obligación de dividir, obligación que no se extingue por ninguna convención y que sólo puede retrasarse por un plazo. La división puede hacerse amistosa o judicialmente, en este último caso, entre coherederos se hará por la *actio familiae erciscundae* —acción de partición de la herencia— y para los demás copropietarios por la *actio communi dividundo* —acción para dividir lo común—, una y otra tienden a que las adjudicaciones hagan cesar la indivisión de pleno derecho o *per exceptionem*. El juez, por el poder del que está investido, hace las adjudicaciones a las partes, pudiendo también condenar a ellas a prestaciones personales para con las demás, como pagar dinero a título de compensación, cuando alguno ha recibido menor parte que otro.

D.10.2.22, D.10.3.11

Otra obligación que nace *quasi ex contractu* y que encaja en la indivisión, es la confusión de límites. El juez hace las adjudicaciones para terminar con las controversias, pudiendo también condenar a las partes a pagar a otra una cantidad de dinero: a la que recibió una porción menor.

D.10.3.2.1

145. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

En un fragmento de Pomponio se lee *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores* —es de derecho natural y de equidad que nadie se haga más rico con detrimento y perjuicio de otro—. Esta fuente de obligaciones descansa en un principio de equidad. Existirá siempre el derecho de exigir la devolución de aquello que hemos entregado, cuantas veces no exista una causa jurídica que justifique la transmisión del objeto, de tal manera que una persona se enriquezca a costa de otra.

D.12.6.14

Para que haya enriquecimiento sin causa es necesario: *a)* Que una persona experimente un enriquecimiento, esto es, que aumente su patrimonio, no sólo por el valor de las cosas, sino también por el de los servicios que haya recibido; *b)* Que a este enriquecimiento corresponda un empobrecimiento en la otra parte; *c)* Que no exista causa legal para el enriquecimiento. La obligación que nace del enriquecimiento sin causa está sancionada por la *condictio*, que tiene muchas variedades según sea la causa de donde proceda.

D.12.6.3 y 26.12

La tutela. Los tutores, obligados por la acción de tutela, no lo están verdaderamente por un contrato, pero como ciertamente no se encuentran obligados por un delito, parecen obligados como por un contrato —*quasi ex contractu*—; por este motivo tienen acciones mutuas, porque el pupilo no es sólo el que tiene la acción de tutela contra su tutor, sino que éste también la tiene contra él. En la curatela se da la misma situación que en la tutela.

I.3.27.2, D.44.7.5.1

LECCIÓN XXVI

LOS DELITOS

146. OBLIGACIONES NACIDAS DE DELITO. 147. DELITOS PÚBLICOS.
148. DELITOS PRIVADOS. 149. FURTUM. 150. RAPIÑA. 151. IN-
IURIA. 152. DAMNUM INIURIA DATUM. 153. FRAUS CREDITORUM.

146. OBLIGACIONES NACIDAS DE DELITO

Delito, delictum, es la contravención voluntaria a una ley penal, es un hecho ilícito castigado por la ley, todo el que lo comete está obligado a reparar el daño que ha ocasionado y a sufrir la pena que establece el derecho. Esta responsabilidad tanto civil como penal sigue a cada transgresor, de modo que en el caso de que hayan sido varios los que cometieron el delito, la pena será personal —si plures servi simul aliquem ceciderint singulorum proprium est maleficium— si varios esclavos conjuntamente dieron muerte a una persona, el delito es propio de cada uno de ellos y todos in solidum tendrán que reparar el daño causado, no pudiendo invocar el beneficio de división, ni recurrir contra los que con ellos cometieron el delito. Todos los delitos nacen re, a diferencia de los contratos que se originan verbis, litteris, re y consensu —por las palabras, por la escritura, por la cosa y por el consentimiento—; las obligaciones derivadas de los delitos nacen pues, re, en virtud del mismo delito.

I.4.1.pr., G.3.182, D.44.7.4

En materia de delitos, la capacidad para obligarse es más amplia que en los contratos, pues sólo no se obligan los locos durante el ataque de locura, los infantes, los que han salido de la infancia, pero son infantiae proximi —próximos a la infancia—; pero los pubertati proximi —próximos a la pubertad— sí se obligan.

D.4.3.13.1

De las fuentes de las obligaciones aceptadas en la época clásica, el delito es una de las principales y más antiguas, pero a diferencia de los contratos, es una fuente no convencional. El delito reclama la sanción del legislador, pues el daño causado injustamente y toda mala acción que perjudique a los demás, debe obligar a su autor a una reparación en beneficio de la víctima. El castigo de los actos ilícitos fue en un principio una fuente muy activa de las obligaciones si la comparamos con los contratos, pues éstos eran pocos en un pueblo rudo dedicado a la agricultura y a la guerra. Los romanos siempre consideraron al delito como una fuente de obligación civil, porque en los primeros tiempos intervenían los familiares de la víctima y del victimario para fijar una compensación pecuniaria, sin que en este arreglo tuviera intervención el poder público, éste intervino muy tardíamente para fijar el monto de la reparación, porque el poder de la gens era grande y sus miembros numerosos, por otra parte, como estos delitos privados no iban directamente en contra de la seguridad del estado, de ahí que éste no interviniera y dejara la composición en manos de los particulares.

Pero tenía sus serios inconvenientes que la reparación del daño causado quedara en manos de los particulares, pues con frecuencia la venganza privada se excedía y además se fomentaban nuevas venganzas o revanchas, de ahí que se estableciera el Talión, que viene a ser una primera limitación al derecho de venganza privada.

T.8.2.

El Talión establece que el mal infligido al autor del delito debía ser igual al que éste había causado a la víctima. Las Doce Tablas establecieron el Talión para algunos delitos privados, aunque no hicieron sino sancionar la costumbre menos bárbara que la venganza privada, así, para el caso de membrum ruptum —mutilación— sigue aplicándose el Talión —si membrum rupsit, ni cumeo pacit, talio esto— aunque las partes podían tener otro arreglo.

T.8.2

Se da otro paso más hacia la civilización y el estado establece la compensación pecuniaria, substituyendo al Talión. Para os fractum —fractura de hueso— se establece como com-

pensación trescientos ases cuando se trata de una persona libre y ciento cincuenta por un esclavo. Para iniuria, lesión leve, la compensación es de veinticinco ases. Cuando el autor del delito privado era una persona alieni iuris el padre podía reparar el daño entregando al culpable —noxæ deditio— a la víctima.

T.8.3 y 4

147. DELITOS PÚBLICOS

La esfera de los delitos públicos —crimina— fue muy restringida en la antigüedad y comprendía los que afectaban la seguridad de la ciudad, tal como la perduellio o alta traición que atentaba contra la seguridad del estado, y el parricidium o muerte de un pater, señor de una gens de cuya federación había surgido la civitas, en este caso intervenía el estado para evitar una suerte de guerra civil entre dos o más grupos familiares.

Posteriormente el ámbito de los delitos públicos se fue ensanchando, así nace el crimen maiestatis o læsæ maiestatis, —crimen a la dignidad o de lesa majestad—, cuando no se respetaba la dignidad del tribuno, de los ediles, de los jueces decenviros; el crimen repetundarum —de las concusiones—, que cometía el funcionario que aceptaba o pedía dádivas; el crimen peculatus, cometido por el que disponía de los fondos públicos en su beneficio.

D.48.4 y 11

En general, los delitos públicos eran los que atentaban contra el orden público, la organización político-administrativa o a la seguridad del estado. La persecución de estos delitos se ejercía según reglas propias, delante de tribunales especiales como las quaestiones perpetuae —tribunales permanentes— u otros órganos como el senado; cualquier ciudadano podía hacer la acusación, aunque en la práctica sólo los personajes de importancia la hacían, recordemos la acusación de Cicerón contra Catilina.

La pena para los delitos públicos, solía ser la pena de muerte —supplicium— y la multa —damnum—, que no beneficiaba a los particulares que hubieran sido víctimas del crimen.

148. DELITOS PRIVADOS

Los delitos privados —delicta, maleficia— se miraban como una ofensa al particular lesionado y su persecución era un derecho de éste, no del estado, quien después reglamentó esta reacción del particular ofendido, ofreciéndole una actio para que obtuviera una compensación pecuniaria; así, en la Tabla VIII se impone como sanción en contra de la iniuria veinticinco sestercios y por fractura a un hueso de un hombre libre trecientos y de un esclavo ciento cincuenta sestercios.

T.8.3

Cuando el estado es fuerte e impone su autoridad sobre los grupos menores, las compensaciones en caso de delito se hacen forzosas y su cuantía es fijada de antemano por el poder público; en adelante la función de perseguir y castigar es considerada como función del estado, sin perjuicio de que el daño sufrido por la víctima sea reparado, como lo debe ser todo daño causado, con delito o sin él, por una persona a otra.

Los caracteres principales de las obligaciones delictuales son: a) El de la intransmisibilidad de estas obligaciones, tanto a favor de los herederos del ofendido, como contra los del ofensor; pero una vez incoado el litigio, se transmiten también a los herederos —omnes pœnales actiones post litem inchoatam et ad heredes transeunt—; b) El de la acumulación en caso de varios autores del delito; c) El de la supervivencia de la obligación, no obstante la capitis deminutio del ofensor; d) El de que ya en las figuras más antiguas de obligación delictual, se concediese al simple pacto la virtud de extinguirlas. En el derecho clásico, la obligación nacida del delito tiene por objeto el pago de una pena pecuniaria; la obligación se forma siempre por la realización de un hecho material; el objeto de esta obligación consiste siempre en la datio de una cantidad de dinero.

D.44.7.26,33

Los delitos privados se dividían según la fuente que los sancionaba en delitos civiles y delitos pretorios. Entre los primeros tenemos el furtum, la iniuria y el damnum iniuria datum —el robo, la injuria y el daño injustamente causado—; entre los segundos: la rapiña, el dolo, la violencia y el fraude

de los acreedores —*fraus creditorum*—. El dolo y la violencia ya los hemos estudiado cuando hablamos sobre los vicios del consentimiento.

I.4.1, G.3.182, D.44.7.4 y 32

149. FURTUM

Definición. Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. —El hurto es la sustracción fraudulenta de una cosa con intención de lucro, sea de la misma cosa, sea también de su uso o de su posesión—. De esta definición de Paulo resulta que el robo puede ser cometido para aprovecharse de la misma cosa, de su uso o de su posesión.

I.4.1.1, D.47.2.1.3

Elementos. El hurto presupone cuatro elementos para su configuración: 1. Contrectatio rei, esto es, el apoderamiento de la cosa: "no se puede cometer hurto con sólo palabras o escritos, pues se observa en la práctica que no puede haber hurto sin apoderamiento"; 2. Affectus furandi, intención, deseo de obrar en fraude de los derechos de un tercero: "si uno hubiese cogido un asno de mi propiedad y se lo hubiera llevado a las hembras de la suya (de su propiedad) tan sólo con fin de tener crías, no responde por hurto, a no ser que tuviera también intención furtiva"; 3. Invito domino, que ese apoderamiento sea en contra de la voluntad del dueño, "así, sólo es ladrón el que toca algo sabiendo que lo hace contra la voluntad del propietario"; 4. Lucri faciendi gratia, que el ladrón tenga intención de sacar provecho del robo, si sólo ha querido perjudicar sin obtener él beneficio, no habrá hurto.

D.47.2.52.19 y 20, 46.7.43.4

Pueden ser objeto de robo las cosas corporales que estén en el comercio y que sean cosas muebles, cuando se trata de inmuebles se configura el delito de despojo; por lo que toca a las cosas sagradas y públicas, éstas no pueden ser objeto de hurto, sino de otros delitos.

Clasificación del furtum. El furtum puede clasificarse en: a) Manifestum, que era cuando el ladrón era cogido en flagrante delito, b) Nec manifestum, cuando no acontecía así;

c) Conceptum, tenencia de la cosa robada, aunque no se sea el autor del delito; d) Oblatum, acto de poner la cosa hurtada en poder de un tercero de buena fe para que se le encuentre en su poder. Labeón hacía notar que el furtum conceptum y el oblatum más que formas de hurto, son situaciones derivadas del hurto —furto coherentes.

G.3.183, I.4.1.3 y 4

Acciones derivadas del hurto. El hurto obliga al ladrón por el delito —re— y tiene como objeto su obligación —en el derecho clásico— el pago de una multa, estando sancionada por la acción penal furti; la víctima tiene además otras acciones para hacerse restituir la cosa, rei persecuendæ causa, ambas acciones podían darse simultáneamente.

D.13.1.7.1

Acciones penales. En caso de furtum manifestum el ladrón era entregado a la víctima como esclavo, el esclavo era precipitado desde la roca Tarpeya; el pretor substituyó esta pena con una multa al cuádruplo. Las Doce Tablas daban una acción al doble del perjuicio causado para el furtum nec manifestum. Antiguamente también existía un registro solemne que podía hacerse en la casa del presunto ladrón y si se encontraba ahí la cosa robada, transformaba el furtum en manifestum. Además había la acción furti concepti y furti oblati al triple, dada la primera contra aquél en cuyo poder se encontraba la cosa después del registro, y la segunda a favor del poseedor de buena fe en contra de los que la dejaran en su poder.

G.3.189 a 194

Acciones rei persecutoria. Además de las acciones penales, la víctima no ha perdido los derechos que tenía como propietario, poseedor, etc., pudiendo ejercitar las acciones correspondientes: rei vindicatio, ad exhibendum, commodati, etc., por las cuales podrá recuperar la cosa o se le indemnizará del perjuicio sufrido. También le fue concedida al propietario una acción personal especial: la condictio furtiva o condictio ex causa furtiva, ejercible aún en contra de los herederos del ladrón porque no era penal y en la que no era necesario que el demandado estuviese poseyendo la cosa.

D.13.1.7.1

Furtum usus. Se comete el delito de robo no sólo cuando se lleva la cosa ajena para apropiársela, sino en general cuando se toma una cosa contra la voluntad del propietario; así, cuando el acreedor utiliza la cosa que le ha sido dejada en prenda, está cometiendo un *furtum usus* —robo de uso—; lo mismo sucede cuando la utiliza el depositario; o bien cuando el que tiene una cosa en comodato la emplea en otro uso distinto de aquel para el cual le ha sido prestada.

I.4.1.6

Furtum possessionis. Se da el robo de la posesión cuando el deudor *subtrae* a su acreedor la cosa que le había dado en prenda, o si yo le quitara mi cosa a aquél que la posee de buena fe.

I.4.1.10, G.3.200

150. RAPIÑA

La rapiña no es otra cosa que el robo cometido con violencia. Este es uno de los delitos pretorios que adquirió su fisonomía propia independientemente del *furtum*, a partir de un edicto del pretor Terencio Lúculo (76 a. C.), que prometía una acción *in quadruplum vi bonorum raptorum* —acción al cuádruplo de los bienes arrebatados por la violencia— para el caso de robo en gavilla. Sucedió que con motivo de las guerras civiles se desató una serie de depredaciones cometidas por bandas armadas, los autores de estos perjuicios rara vez eran cogidos en el hecho incurriendo, por tanto, sólo en la acción *furti nec manifesti* al doble. Después, por labor jurisprudencial o quizá por un nuevo edicto, se extendió esta figura a la sustracción violenta, aunque fuese obra de un solo individuo. Si la acción *vi bonorum raptorum* no se ejercitaba dentro del año, ya no era dada *in quadruplum*, sino *in simplum*; de ahí que, aunque en un principio era penal, en el derecho de Justiniano fue considerada como mixta: penal por el *triplum* exigible dentro del año y *rei persecutoria*, por el *simplum*, que podía exigirse después de dicho término.

I.4.2., G.3.209

151. INIURIA

Iniuria dicitur, omne quod non iure fit, el nombre de injuria viene de que se hace injustamente, pues todo lo que se hace injustamente se dice que se hace con injuria. Injuria, en sentido amplio, comprende todo acto contrario al derecho, pero también se emplea en tres acepciones especiales: a) Designa bien el delito del cual nos ocuparemos, y entonces es sinónimo de contumelia, ultraje, afrenta; b) Bien el delito previsto por la ley *Aquilia*, es decir, el daño causado por una falta, c) Bien en fin, lo que se llama propiamente una injusticia o una iniquidad, esto es, el hecho del hombre que viola a sabiendas las disposiciones legales. La ley *Cornelia*, dada bajo la dictadura de Sila, se refiere a la difamación escrita, además, en caso de golpes o violación del domicilio, permite a la víctima escoger entre la acción *iniuriarum* —acción de las injurias— y una persecución criminal. El delito de injuria es extenso en Derecho Romano, pues comprende todo ataque a la persona —golpes, heridas— difamación verbal o escrita, violación del domicilio, ultrajes al pudor y en general todo acto que comprometa el honor y la reputación ajena. El pretor creó la acción *iniuriarum aestimatoria* que entrañaba una condena pecuniaria, que no estaba fijada de antemano, la establecía el demandante y el juez podía aprobarla o rebajarla —*iudex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus vel minoris, prout illi visum fuerit*—. Esta acción era penal, *in bonum et æquum concepta* —concebida según lo bueno y equitativo—, acarreado la infamia para el condenado.

I.4.4, G.3.220, D.47.10.1

152. DAMNUM INIURIA DATUM

La ley *Aquilia* era un plebiscito que fue votado bajo la propuesta del tribuno *Aquilius* en el año 408 de Roma; el delito que sanciona se llama *damnum iniuria datum* —daño causado injustamente—, *damnum iniuria* o sencillamente *daño* —*damnum*—. Tres diferencias lo separan del *furtum* y de la injuria: 1. El dolo no es esencial; 2. La acción a que da lugar tiene por fin principal una indemnización, aunque accidentalmente se puede encontrar mezclada con un carácter penal; 3. Finalmente, aún durante el último estado del derecho, este

delito no lleva una represión por vía criminal, en efecto, pertenece por la naturaleza de las cosas al derecho civil, mientras que el robo y la iniuria son verdaderamente materia del derecho penal.

D.9.2.1.1

La ley Aquilia consta de tres capítulos, el primero se refiere a la muerte del esclavo de otro y de ciertos animales; el segundo, a la aceptilación hecha en perjuicio de los derechos de un acreedor por un adstipulator; el tercero, a todos los perjuicios que se puedan causar a la cosa ajena, fuera de las hipótesis comprendidas en el primer capítulo.

D.9.2.2, 27.4 y 5

Elementos del delito. 1. Ante todo, el nombre de este delito —*damnum iniuria datum*— nos señala que supone un daño causado a otro por un hecho positivo y no negativo, así, sería delito matar a un esclavo de una puñalada, pero no lo sería si se le dejara morir de hambre. *2.* Es necesario que este perjuicio se cause injustamente *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quid facere ius non habet* —ninguno causa daño, sino aquel que hizo lo que no tenía derecho de hacer—, por lo que no entra en su supuesto el mal que causamos cuando nos defendemos de un ataque injusto, o es producto de un caso fortuito. Basta la culpa más leve para que pueda imputársele al autor del daño, así, la ley se aplica al médico que, después de haber operado a un esclavo, lo ha dejado morir por falta de atención. *3.* Es necesario que el daño sea causado *corpore corpore*, esto es, que implicara un contacto directo del cuerpo del autor del daño con el cuerpo de la víctima.

D.9.2.29.4, 45.4, 49.1, 7.8

Examen de los capítulos de la ley. Capítulo primero. Trataba del asesinato de un esclavo ajeno o de la muerte de un animal que viviera en manada, castigándose al autor a pagar el valor más alto que hubiese tenido el esclavo o el animal en el año precedente al delito. El delito previsto por este capítulo no suponía necesariamente que el esclavo o el animal fuesen muertos de inmediato, bastaba con que fueran heridos gravemente, en cuyo caso la base de la condena tiene por fecha el día en que fueron heridos.

D.9.2.2 y 21, G.3.214.

Capítulo segundo. No tiene ninguna relación con los otros dos, pues estudia el caso del adstipulator que hacía aceptilación de la deuda al deudor en perjuicio del acreedor. Tenemos conocimiento de este capítulo gracias a Gayo que lo menciona en sus Instituciones, pues Justiniano no habla de él por haber desaparecido la adstipulatio —*caput secundum legis Aquiliae in usu non est.*

G.3.215, I.4.3.12

Capítulo tercero. Este capítulo comprende todos los daños materiales que no entraron en el primero: el daño que, sin causar la muerte, se hace a un esclavo o a un animal ajeno de los citados en el primer capítulo; el daño que se causa a una cosa inanimada, mueble o inmueble, bien sea que se la destruya o que se la deteriore; el daño o muerte que se cause a cualquier otro animal, la condena tomaba como base el valor más alto que hubiera tenido el objeto durante los treinta días anteriores al delito. Este capítulo es el más amplio de los tres y el único verdaderamente general, que nos muestra que la finalidad de la ley fue garantizar de una manera completa la propiedad en contra de los atentados de terceros.

I.4.3.13, 14, G.3.217 y 218

Actio legis Aquiliae. *Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino.* La acción de la ley Aquilia compete al ciudadano dueño de la cosa destruida o dañada; era una acción mixta tanto penal como rei persecutoria, tendiendo en primer término a la reparación del perjuicio causado y podía procurar un enriquecimiento a la víctima al tomarse en cuenta las pérdidas accesorias que haya podido sufrir, así como las ganancias que por motivo del daño no realizó. La acción de la ley Aquilia en caso de rebeldía lleva condena al doble.

G.3.212, I.3.27.7

Extensión de la ley Aquilia. La ley Aquilia era incompleta en sus disposiciones, por lo que la amplía la jurisprudencia y el pretor. Si se tomaba a la letra, no podía aplicarse: *1.* Cuando se trataba de una cosa *extra commercium*. *2.* Cuando afectaba a persona distinta del propietario; *3.* Cuando no era la consecuencia directa del hecho del delincuente, o, como decían los romanos, cuando no había sido causado *corpore*.

Sobre estos tres puntos el espíritu de la ley permitía ir más allá que la letra, lo que se logra con el procedimiento cómodo y usual de las acciones útiles. Para el caso de *res extra commercium* no había problemas, pues no faltaban otras leyes represivas; cuando se trataba de golpes y heridas a un hombre libre, se da la acción útil a él o a sus familiares; si la persona perjudicada no es el propietario, se da la acción útil al usufructuario, al poseedor y al detentador; si no se puede hacer la aplicación de la ley porque el daño no se causó *corpore* se da de todos modos la acción útil, pues se llega al mismo resultado si se mata al esclavo con propia mano o si se le encierra y se le deja morir de hambre.

I.4.3.16, G.3.219

153. FRAUS CREDITORUM

Este delito pretorio consiste en los actos que ejecutaba un deudor a sabiendas, para aumentar su insolvencia en perjuicio de sus acreedores. Para reprimir este fraude el pretor dio un interdicto fraudatorio, del cual sabemos poco. Después, en una época incierta pero anterior a Cicerón, un pretor desconocido de nombre Paulo, creó una acción que lleva su nombre —Pauliana— en beneficio del acreedor, para anular esos actos. Esta acción pauliana puede ejercitarse durante un año útil, es transmisible contra los herederos del fraudador en la medida de su enriquecimiento. Esta acción tuvo su origen en el hecho de que los bienes del deudor garantizan sus compromisos frente a sus acreedores. Para el ejercicio de esta acción se requiere: que el acto sea susceptible de revocación, que empobrezca al deudor, que tenga la intención de defraudar.

D.9.4.36, D.18.1.26

LECCIÓN XXVII

LOS CUASIDELITOS

154. LOS CUASIDELITOS

154. LOS CUASIDELITOS

Gayo en el libro tertio aureorum y Justiniano en sus Instituciones hacen mención a cuatro actos ilícitos que el derecho civil no considera como delitos, pero que, sin embargo, en el edicto del pretor se concedía a la víctima de ellos una acción para intentar de los actores el pago de una pena en efectivo. La comisión de tales actos ilícitos no daba lugar en el derecho clásico a ningún lazo obligacional entre el ofensor y la víctima, pero sí hacía que surgiera una relación denominada como *actioe teneri* —estar obligado por la acción— en el edicto, ésta era anual y por consiguiente el pago de la pena podía ser demandado procesalmente dentro de este término. Como las acciones penales en general, no se transmitía pasivamente a los herederos.

D.44.7.5.4 y ss

Estos cuatro actos son: *a)* *Iudex qui litem suam fecit*; *b)* *Actio de effusis et deiectis*; *c)* *Actio de positis et suspensis* y *d)* Responsabilidad de los posaderos.

I.4.5

a) *Iudex qui litem suam fecit*. El juez que hace suyo el proceso; este casi delito es muy antiguo, pues ya la ley de las Doce Tablas castigaba con la pena de muerte al juez que se dejaba corromper por una de las partes litigantes. Esta pena fue confirmada más tarde por la *lex Cornelia de sicariis* y por las constituciones de Caracalla y de Constantino. En el edicto pretorio se concedía una *actio in factum* contra el juez que hacía suyo el pleito aunque no hubiera incurrido real-

mente en corrupción, pero que, sin embargo, había juzgado mal, bien hubiera sido por dolo o por haber cometido un grave error y que esto hubiera acarreado perjuicio a la otra parte.

D.44.7.5.4 y G.4.52

b) *Actio de effusis et deiectis*. Esta acción es dada cuando se causa algún daño por lanzar de una casa a la vía pública objetos sólidos o líquidos. Como había cierta dificultad práctica para identificar al autor del lanzamiento, el pretor concedía una acción *in factum de effusis et deiectis* que el perjudicado podía intentar contra el morador de la casa de donde los objetos habían sido lanzados, para obtener una suma calculada por el juez según la equidad. Si a causa del lanzamiento de un objeto moría un hombre libre, la acción devenía popular.

D.44.7.5.5

c) *Actio de positis et suspensis*. El pretor daba una acción *in factum* contra los moradores de una casa en la cual se apoyaba o colgaba un objeto que, si caía, hubiera podido causar daño a alguien. Esta acción era popular y tenía como objeto el pago de una suma de diez mil sesteracios.

D.44.7.5.5, D.9.3.5.6

d) *Actio in factum contra nautas, caupones, stabularios*. El armador, los posaderos y los estableros estaban obligados a resarcir los efectos de sus clientes o huéspedes perdidos por el daño derivado del dolo o del hurto de sus empleados o esclavos, cuando eran cargados en la embarcación o depositados en el albergue, sin que hubiera habido ninguna convención al respecto entre los viajeros y el dueño.

D.44.7.5.6, I.4.5.3

SUCESIONES

LECCIÓN XXVIII

LAS VIAS SUCESORIAS

155. CONCEPTO GENERAL DE SUCESIÓN. SUS CLASES. 156. OBJETO DE LA SUCESIÓN UNIVERSAL MORTIS CAUSA. 157. LAS VIAS SUCESORIAS. 158. LA HERENCIA VACANTE, LA HERENCIA YACENTE

155. CONCEPTO GENERAL DE SUCESIÓN. SUS CLASES

La transmisión de un patrimonio puede operarse por los modos siguientes, por: 1, herencia; 2, fideicomiso de herencia, encargo hecho por el testador al heredero de que transmita la herencia a otra persona; 3, *bonorum possessio*, cuando el pretor adjudica la posesión de los bienes de una persona fallecida, a personas que él estima deben recibir tales bienes; 4, *in iure cessio*, cuando el heredero ab intestato cedia la sucesión a un tercero; 5, *bonorum addictio*, cuando se atribuía la sucesión cargada de deudas a un esclavo o a un tercero, con objeto de salvar las manumisiones y evitar al difunto la nota de infamia por la consiguiente venta de los bienes; 6, *adrogatio*, el adrogado pasa con sus descendientes y patrimonio bajo la potestad del adrogante; 7, *manus*, por esta potestad el marido, o quien tenga la patria potestad, adquiriría los bienes de la mujer; 8, *dominica potestas*, el que se hace esclavo pierde todo su patrimonio en beneficio del amo bajo cuya potestad cae; 9, *bonorum sectio*, que era la venta pública en masa de los bienes de un deudor del estado; 10, *bonorum venditio*, que era la venta en bloque de los bienes de un deudor en beneficio de sus acreedores; 11, confiscación, cuando el estado se adjudicaba el patrimonio de un particular.

G.3.83, I.2.9.6

En la más pura doctrina romana una sucesión comprende reunidas en un todo inseparable: 1, el derecho y la obligación de continuar el culto privado —sacra privata— del difunto; 2, el derecho a todo el activo del patrimonio del de cuius —aquél de cuya sucesión se trata—; 3, la obligación de asumir todo el pasivo, aun cuando éste supere al activo. Por lo que el heredero es aquel que sucede al difunto tanto en su culto como en su patrimonio y en esta medida continúa la personalidad jurídica del difunto, lo que señalan los textos al decir que el heredero sucede in universum ius defuncti —en todos los derechos al difunto—, que él est eiusdem iuris et potestatis cuius et defunctus fuit —que él tiene los mismos derechos y facultades que tuvo el difunto—. Al desaparecer las sacra privata, el heredero sucede al difunto sólo en relación a sus derechos y obligaciones patrimoniales. Mientras no se recogía la sucesión, ésta sostenía y continuaba por sí misma la persona del difunto, formaba una especie de persona legal —hereditas personæ vice fungitur— considerada como propietaria de las cosas hereditarias.

D.37.1.3, D.44.3.11

156. OBJETO DE LA SUCESIÓN UNIVERSAL MORTIS CAUSA

En dos sentidos se toma la palabra sucesión; significa o la transmisión, el hecho de traspasar la universalidad de los bienes y de los derechos de un difunto, o esta misma universalidad, en cuyo caso comprende el patrimonio del difunto considerado en su conjunto. Nihil est aliud hereditas quam successio in universum ius quod defunctus habuit. —La herencia no es más que la sucesión en todo el derecho que tenía el difunto.

D.50.16.24

Son objeto de la sucesión todos aquellos derechos y obligaciones patrimoniales que no sean estrictamente personales del de cuius; así no serán objeto, entre otros, las servidumbres personales y los cargos públicos que haya desempeñado el difunto. El patrimonio recogido por el heredero se llama herencia o sucesión y como sanción de su derecho tiene una acción in rem, que es la petitio hereditatis —la petición de herencia.

D.5.3.18.2 y 19

Las adquisiciones patrimoniales pueden realizarse a título universal —adquisitio per universitatem—, o a título singular. La sucesión universal mortis causa opera sobre la totalidad de un patrimonio que pasa al heredero y en él se personifica el título adquisitivo, reuniéndose en su persona todos los derechos que forman el patrimonio hereditario, por el mero hecho de pertenecer a éste y en virtud del título personal que en el heredero concurre; por eso se dice que la adquisición es universal, porque abarca una universalidad de bienes y derechos.

D.29.2.37

La sucesión universal es una forma de la adquisitio per universitatem —adquisición universal— que se lleva al cabo por medio de un acto jurídico personal a virtud del cual el heredero adquiere el patrimonio del difunto. El patrimonio pasa en bloque al heredero, manteniendo su unidad, se conserva indiviso, cada heredero hereda todo el patrimonio, si son varios —concurso partes fiunt—, se divide por partes ideales o alícuotas y no en porciones reales, es así como si cada heredero en la parte que le corresponde, adquiriese todos los derechos y todas las deudas, con responsabilidad solidaria si éstas son indivisibles. La sucesión universal hereditaria se distingue de la simple adquisición universal en que transfiriere también las obligaciones, el heredero universal pasa a ser también deudor de los acreedores que dejó el difunto y si sólo de deudas se compone el patrimonio, igualmente pasarán al heredero. La herencia romana es algo más que la sucesión de un acervo de derechos, una sucesión universal pura y simple; es, ante todo y sobre todo, la subrogación en la personalidad del difunto.

D.29.2.37

157. LAS VÍAS SUCESORIAS

Según piensan muchos autores, en un principio la designación del heredero la hacía la ley, era la llamada sucesión legítima o ab intestato; pero había ocasiones en que el paterfamilias quería disponer que su patrimonio fuera repartido en otra forma; en los primeros años de Roma no se le permitió, pero después se logró y esta aspiración quedó plasmada en la ley de las Doce Tablas: uti legassit suæ rei, ita ius esto —tal como legó lo suyo, así sea derecho—. Por esta norma el pater-

familias pudo disponer por testamento de sus bienes como lo plugiere. Tanto agradó a los romanos esta forma de testar, de designar heredero, que cobró primacía sobre la legítima, quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur —mientras se pueda adir la herencia en virtud de un testamento, no se defiere aquélla ab intestato—. El favor dispensado a la sucesión testamentaria condujo a los jurisconsultos a deducir esta otra regla: neque idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest —nadie puede morir en parte testado y en parte intestado—, o sea que para la misma sucesión no puede haber un heredero testamentario y otro ab intestato, salvo en el caso de los militares.

D.50.16.120, I.2.14.5, T.5.3

Al lado de la vía legítima y de la testamentaria surgió una tercera: la sucesión contra el testamento o sucesión forzosa, que vino a restringir un tanto la libertad que imperaba en materia testamentaria; así, el derecho civil, en caso de praeteritio de los sui —omisión de los herederos suyos—, declara nulo el testamento, abriéndose la vía legítima, pero conservando sólo algunos legados y desheredaciones. La sucesión legítima o ab intestato favorecía a los parientes agnados del de cuius sin tomar en cuenta al parentesco natural o cognatio, cometiendo frecuentes injusticias; el pretor, al lado de esta sucesión, organiza otro sistema según el cual a veces llamaba a heredar a la misma persona que el derecho civil, pero en ocasiones llamaba a otra en beneficio de los cognados, pero ésta no era un verdadero heredero, pues el pretor no podía pasar sobre las disposiciones del derecho civil, sin embargo, lo hacía un bonorum possessor —poseedor de los bienes—, teniendo una situación análoga a la del heredero. Finalmente, dentro de la sucesión forzosa, viene la querela inofficiosi testamenti —queja de testamento descortés—, cuando el testador faltaba al officium pietatis —a los deberes del afecto—, pasando por alto a sus parientes más próximos.

I.2.18, I.3.9.3, D.5.2.1

158. LA HERENCIA VACANTE; LA HERENCIA YACENTE

La herencia vacante no tiene heredero, ni espera tenerlo. La herencia vacante es aquella para la cual no había heredero

posible ni por vía testamentaria, ni por vía legítima o ab intestato, en cuyo caso la absorbía el fisco por regla general.

D.44.3.10.1

La herencia yacente no tiene heredero, pero espera tenerlo. La herencia yacente es aquella que el heredero aún no acepta y que según unos autores el difunto le presta personalidad; en esta forma los esclavos siguen adquiriendo como si el amo viviera y la posesión de los bienes no se interrumpe. La herencia está yacente durante el intervalo que media entre la muerte del de cuius y la aceptación de la herencia por parte del heredero. Durante ese lapso cualquiera otro heredero podía poseionarse de los bienes —usucapio lucrativa— lo que coaccionaba al heredero a hacer una rápida adición.

D.36.4.5.20, D.43.24.13.5

LECCIÓN XXIX

LA SUCESIÓN AB INTESTATO

159. LA SUCESIÓN AB INTESTATO. 160. LOS PARIENTES EXCLUIDOS. 161. APERTURA Y ADQUISICIÓN DE LA SUCESIÓN AB INTESTATO. 162. EL SISTEMA DE LAS DOCE TABLAS. 163. LA VÍA LEGÍTIMA PRETORIA. BONORUM POSSESSIO. 164. LA COLACIÓN DEL HIJO EMANCIPADO. 165. REFORMAS IMPERIALES. 166. LA VÍA LEGÍTIMA DE LAS NOVELAS 118 Y 127.

159. LA SUCESIÓN AB INTESTATO

Muere intestado aquel que no ha hecho ningún testamento, o lo hizo, pero fue invalidado, roto, inútil, o no ha producido ningún heredero. El hecho de que alguno muera intestado puede ocurrir, dice Teófilo, de hecho o de derecho; de hecho, si muere sin dejar testamento; de derecho, si ha dejado uno que no ha sido admitido por el derecho. Se pueden reducir a cinco las hipótesis en las cuales no hay heredero testamentario: 1. Cuando el difunto era incapaz de testar. 2. Cuando siendo capaz no había usado de su prerrogativa. 3. Cuando el testamento era nulo desde el principio, o bien, hecho válidamente, después se volvía nulo ipso iure o era rescindido por inoficioso. 4. Cuando a pesar de la validez originaria y la subsistencia del testamento, la adición se vuelve imposible tanto por una circunstancia personal del instituido como la muerte, la pérdida de la testamenti factio o del ius capiendi —capacidad testamentaria o del derecho de recibir por testamento—, como por una causa que le es extraña, por ejemplo, por no realizarse la condición que suspendía su llamado. 5. Cuando, finalmente, el instituido se excluye voluntariamente por una repudiación. En todos estos casos el difunto se considera como intestado y la sucesión que deja se llama indiferentemente sucesión ab intestato o sucesión legítima, porque la ley misma la atribuye directamente a las personas que señala.

S.P.4.8.1

160. LOS PARIENTES EXCLUIDOS

El llamamiento de la ley estaba basado en el parentesco civil: intestatorum hereditas lege Duodecim Tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentibus deferebatur —la herencia de los que morían intestados se entregaba por la ley de las Doce Tablas en primer término a los herederos suyos, después a los agnados y a veces también a los gentiles—, de modo que el que no era heredero suyo, agnado o gentil, se encontraba excluido de la sucesión ab intestato. En estas condiciones, no eran llamados: a) los hijos emancipados o salidos por alguna otra causa de la familia civil del difunto; b) los nietos nacidos de una hija, porque ya sabemos que ésta dejaba de pertenecer a su familia natural para pasar a formar parte de la familia de su marido; c) los hijos no suceden a la madre y viceversa, por no existir entre ellos la potestad paterna, base de la familia civil; sólo la manus modificaba esta situación, porque entonces si entraba la madre en la familia civil, haciéndose la agnada de sus hijos, pero en segundo grado y a título de hermana —loco sororis—, como hemos visto. Este primitivo derecho se fue modificando bajo la influencia del derecho pretorio, de los senadoconsultos y de las constituciones imperiales, hasta que Justiniano crea un nuevo sistema en sus Novelas 118 y 127, dando cabida a todos estos parientes que anteriormente eran excluidos de la sucesión ab intestato.

S.P.4.8.3, D.38.16.11 y 13

161. APERTURA Y ADQUISICIÓN DE LA SUCESIÓN AB INTESTATO

La apertura de la sucesión ab intestato está regida por los siguientes principios:

1º *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur* —mientras pueda haber sucesión testamentaria, no se abre la sucesión legítima—. No hay heredero testamentario cuando: a) el difunto no hizo testamento; b) cuando el testamento es iniustum —no hecho conforme a derecho—, raptum —válido en un principio, pero invalidado posteriormente—, irritum —afectado de invalidez posteriormente por

capitis deminutio del testador— o se le considera inofficiosum—descortés, contra el afecto familiar—; c) cuando el heredero muere antes, es incapaz, rehúsa o no se realiza la condición bajo la cual se le institúa. 2º Como consecuencia de la regla anterior, la sucesión ab intestato se abre en el momento en que es cierto que no hay heredero testamentario. 3º Es en el momento de la apertura de la sucesión legítima cuando es necesario colocarse para apreciar la capacidad, la cualidad y el grado de parentesco de los herederos ab intestato; así, es necesario ser ciudadano romano y que el heredero ab intestato esté concebido por lo menos en el momento de la muerte de aquel a quien sucede.

D.29.2.39, Ulp.23.1 y ss

Adquisición de la sucesión ab intestato. Los principios son los mismos para la adquisición de la herencia testamentaria que para la legítima; por lo que entre los herederos ab intestato también se encuentran herederos necesarios y voluntarios. Los herederos suyos son herederos necesarios y se les concede el beneficio de abstención; los agnados y los gentiles son herederos voluntarios, pudiendo el agnado aceptar bajo Justiniano mediante el beneficio de inventario.

C.6.30.22.2

También se aplica a la sucesión legítima los efectos de la adquisición, las reglas del acrecentamiento, los fideicomisos dejados por codicilo y, bajo Justiniano solamente los legados, por haberlos fundido con los fideicomisos. No se aplican aquí los principios concernientes a la designación de heredero, puesto que no hay testamento, ni las leyes caducarias.

162. EL SISTEMA DE LAS DOCE TABLAS

En la tabla V se establece el orden de la sucesión ab intestato: si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto, si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento —si muere intestado y no tiene herederos suyos, que el agnado más próximo obtenga los bienes, si no hay agnados, entonces que los recojan los gentiles—. Así pues, están llamados en primer término los sui heredes, que son los

descendientes legítimos o adoptivos colocados bajo la potestad directa del difunto, las mujeres in manu y los póstumos suyos.

T.5.4, Ulp.26.1

El defecto del sistema de las Doce Tablas consistía en fundar el derecho de los descendientes sobre su subordinación a la potestad paterna y sobre la copropiedad familiar que era su consecuencia; de lo cual resultaba: 1º que el orden de sui heredes no podía existir para las mujeres y sus descendientes, por salir de la familia civil del padre al casarse; 2º la sucesión de los mismos hombres se frustraba cuando habían sido emancipados o dados en adopción.

Todos los herederos suyos suceden sin distinción de grado. Cuando el difunto deja un hijo y dos nietos nacidos de un hijo ya fallecido, los nietos no son excluidos por el hijo, pues suceden en lugar de su padre. La partición se hace por cabezas cuando son todos los herederos suyos del primer grado: si son dos hijos, cada uno recibirá la mitad; si son tres, un tercio; si son cinco, un quinto. En todos los demás casos se hace por troncos—in stirpes—, por ejemplo, si hay un hijo y dos nietos de un hijo ya fallecido, la sucesión se divide en dos partes porque hay dos troncos, el hijo recogerá la mitad y la otra se repartirá entre los dos nietos.

G.3.1. y ss

Los llamados en segundo término eran los agnados, a falta de herederos sui. En el fondo, si recordamos que la agnación es el lazo que vincula a los miembros de una misma familia civil y que en consecuencia los herederos sui son también agnados, esto quiere decir que la ley divide en dos grupos a los agnados: aquellos que estuvieron bajo la potestad del difunto y aquellos que no lo estuvieron; a los primeros se les llama sui heredes y son llamados en primera línea; a los segundos se les deja su denominación genérica de agnados, y se les llama en segundo término, son los colaterales. El que sucede siempre es el más próximo, si hay un hermano y dos sobrinos nacidos de otro hermano ya fallecido, recoge el primero, pues los sobrinos no pueden ocupar el lugar de su padre. Si hay varios agnados en el mismo grado, concurren y se hace el reparto por cabezas. Los agnados, además, suceden in infinitum, cualquiera que sea el grado que los separe del difunto.

I.3.2, G.3.7 y 15, T.5.4

Las Doce Tablas no admitían en este segundo orden la devolución, que es el derecho que tiene un heredero privado por otro para aceptar la sucesión cuando la ha repudiado el que le precede. Este problema no se presentaba con los herederos sui, pues son llamados todos juntos; pero "si el agnado más próximo no aceptaba la herencia, resulta de ello que el siguiente no tiene ningún derecho legítimo a la herencia", en cuyo caso ésta pasaba a los gentiles.

G.3.12 y 22

Los llamados en tercer término eran los gentiles, parece que venían todos con iguales derechos. Desde el siglo I a. C., concedió el pretor a los parientes naturales del difunto el lugar de los gentiles, pues la gentilidad fue cayendo en desuso.

T.5.5a

Sucesión de los libertos. Cuando muere intestado un liberto, se ofrece su herencia en primer lugar a sus descendientes herederos de propio derecho, y si no los hay, al patrono o patrona.

G.3.40, D.38.16.3

163. LA VÍA LEGÍTIMA PRETORIA. BONORUM POSSESSIO (B.P.)

Vista en la época de los últimos juriconsultos clásicos, la bonorum possessio —posesión de los bienes— puede ser definida como una sucesión pretoria del conjunto del patrimonio de un difunto, requiriéndose en todos los casos que fuera solicitada por el interesado. En un principio era dada a las personas llamadas por el derecho civil, no haciendo el pretor más que aplicar o confirmar este derecho del cual era su ejecutor. En otras ocasiones el pretor daba la b.p., a falta de herederos, a las personas que el derecho civil no tomaba en cuenta, como los cognados y el cónyuge; en estos casos complementa al derecho civil, impidiendo que el difunto permanezca sin sucesor y evitando las usucapiones pro herede —como heredero—, la ocupación de los bienes por el fisco o la mancha para el difunto por la bonorum venditio —venta de sus bienes— que harían los acreedores. Finalmente, no obstante la presencia de herederos legítimos, el pretor da la b.p. a personas que el derecho civil rechaza, así lo hace con respecto al póstumo externo y con respecto a las personas instituidas en un testamento nulo;

aquí el pretor se erige en crítico del derecho civil y lo corrige en interés de la equidad. En resumen, en el sistema de las b.p. vemos siempre la ejecución, el complemento o la corrección del sistema de la sucesión civil, no acorde ya con las nuevas corrientes en favor del parentesco natural, surgidas al debilitarse el parentesco agnaticio debido a la pérdida de religiosidad del pueblo romano.

I.3.9, G.3.32 y 33, Ulp.28.12

Las b.p. se dividen en dos clases: las testamentarias, porque suponen la existencia de un testamento, y las otras que son deferidas ab intestato y que no se conciben sino en ausencia de las primeras. B.p. testamentarias no hay más que dos: la b.p. contra tabulas —contra el testamento—, que desconoce las disposiciones del testador y se da a las personas que él no ha instituido sine re, esto es, posesión que es atacable por el heredero civil, porque el heredero civil es considerado superior al poseedor de los bienes, y la b.p. secundum tabulas —según el testamento—, que tiene por fin la ejecución del testamento y pertenece precisamente a los instituidos, siendo dada cum re, esto es, cuando el poseedor de los bienes prevalece frente al heredero civil y puede retener los bienes hereditarios, siendo considerado legalmente superior al heredero.

I.3.9.3, Ulp.28.12 y 13

Las b.p. ab intestato son en número de ocho según las Instituciones de Justiniano, pero de éstas suprimió cuatro, dejando vigentes las que siguen:

1. B.p. unde liberi —herederos suyos—, son llamados a ésta todos los descendientes que según el derecho pretorio el testador estaba obligado a instituir o a desheredar. Pertenece desde luego y en esto confirma al derecho civil, a todos los sui herederos naturales o adoptivos; pertenece igualmente, y en esto va contra el derecho civil, a los descendientes naturales emancipados por el difunto, a aquellos a quienes ha dado en adopción y que antes de su muerte han salido de la familia adoptiva por vía de emancipación, y más generalmente, a todos los descendientes naturales que se contarían entre los sui herederos si una capitis deminutio minima no les hubiera impedido conservar esa calidad. Entre estos descendientes no se hace dis-

tinción, instituidos, omitidos o desheredados la b.p. unde liberi es dada a todos por stirpes o troncos, excluyendo el grado más próximo al más lejano.

Ulp.28.8

2. B.p. unde legitimi —herederos legítimos—, aquí el pretor llama a todos aquellos a quienes las Doce Tablas u otra fuente del derecho civil defieren la herencia legítima, no solamente a los agnados y a los gentiles, sino también al patrón y a sus descendientes, al que ha sido emancipado contracta fiducia, o por manumisor extraneus, a la madre misma y a los hijos según los senadoconsultos Tertuliano y Orphiciano; añadamos, colocándonos en la época del Bajo Imperio, a los hermanos y hermanas emancipados o uterinos que las constituciones imperiales hacen concurrir con los hermanos y hermanas consanguíneos y eran preferidos a los agnados más lejanos.

I.3.3.pr. y 2, I.3.4

3. B.p. unde cognati —a los cognados—, ésta no tiene origen en el derecho civil, procede de la indulgencia del pretor que suple un vacío de la ley, extiende los límites del derecho de sucesión creando un nuevo orden de sucesores. Cuando no había heres suus, agnados o gentiles, la sucesión se abandonaba al tesoro público; el pretor llama a los cognados, a los parientes unidos por los vínculos naturales de la sangre; sólo que no podía hacerlos herederos, pero sí les daba la b.p. que los ponía en el lugar de herederos —loco heredum constituuntur.

I.3.9.3, Ulp.28.8

Esta b.p. está acordada sobre el triple fundamento del parentesco ex iustis nuptiis, del parentesco natural fuera de las iustæ nuptiæ y del parentesco resultante de la adopción.

a) *Del parentesco ex iustis nuptiis*. Se da la b.p. a todos los parientes por vía de las mujeres; a los colaterales per masculos cuando una capitis deminutio minima ha roto el lazo civil que los unía al difunto; a los ascendientes o descendientes per masculos que se encuentran in adoptiva familia.

G.3.30,27,31

b) *Del parentesco natural fuera de las iustæ nuptiæ*. Aquí se trata de los hijos vulgo quæsi, siendo su filiación cierta

con relación a la madre, son llamados no sólo a la sucesión materna por el senadoconsulto Orphiciano, sino también a la sucesión unos de otros y aun a la de los parientes maternos, según la proximidad de su grado en el orden de los cognados.

I.3.5.4(3)

c) *Del parentesco resultante de la adopción*. Los hijos que se hallen en una familia adoptiva son igualmente llamados a la sucesión de su padre natural.

D.38.8.1.4

Finalmente, el pretor daba la b.p. a todos los parientes de la sangre que tenían derecho a una b.p. superior y habían descuidado pedirla.

El pretor concede esta b.p. a los cognados hasta el sexto grado, en el séptimo al hijo de un primo segundo. Entre cognados, es el más próximo el que sucede; pero si hay alguno que invoca un título superior, es preferido a los otros, aunque esté en un grado más lejano; de manera que un bisnieto que es heredero suyo, pasa antes que el hermano. Entre varios cognados que concurren, la partición se hace siempre por cabezas.

I.3.5.5(4)

4. B.p. unde vir et uxor —al esposo y a la esposa—, relativa a la sucesión de los ingenuos lo mismo que a la de los libertos, llenando una laguna del derecho civil que había dejado a los cónyuges sin derechos recíprocos en la sucesión cuando no había in manu conventio; aplicándose por lo demás sólo en el caso de iustæ nuptiæ.

I.3.9.7(6)

Et si nemo sit ad quem b.p. pertinere possit, aut sit quidem, sed ius suum omiserit, populo bona deferentur ex lege Iulia caducaria —y si no hay a quien pueda pertenecer la b.p., o hubiese alguno que no usó su derecho, los bienes pasan al pueblo por disposición de la ley Iulia caducaria.

Ulp.28.7

164. COLACIÓN DE BIENES (COLLATIO BONORUM)

Es una institución de origen pretoriano base de la necesidad de lograr una equitativa distribución del caudal hereditario

entre las personas con derecho a una herencia y a la cual concurren por un llamamiento pretorio (*bonorum possessio*).

La colación de los hijos emancipados (*collatio bonorum emancipati*). Es la colación de los bienes propios exigida a los emancipados que quisieran solicitar la *bonorum possessio* de la herencia de su padre, conjuntamente con los otros descendientes de éste sometidos a su potestad —*sui heredes*—, en el momento de su fallecimiento. En tal caso debían aportar todos los bienes propios, a fin de entregarlos con los que constituían el caudal hereditario. No entran en la *collatio bonorum* los peculios castrense y cuasi castrense, la dote que el emancipado haya recibido de su mujer, las cantidades que haya recibido del padre para comprar una dignidad o sostener las cargas. La *collatio bonorum* desapareció casi enteramente bajo Justiniano.

La *collatio dotis* (colación de la dote) colación establecida por el pretor como deber impuesto a la hija que hubiere recibido una dote de su padre o abuelo, de aportar en el momento del fallecimiento del causante de la sucesión, los bienes que hubiere recibido en dote, para así poder participar con los demás herederos *sui*, en condiciones de igualdad.

Ulp.28.4

165. REFORMAS IMPERIALES

Aunque el pretor había llamado a la sucesión a los parientes que excluían las Doce Tablas, había algunos que eran llamados en tercer orden y que merecían mejor sitio. Esta situación fue mejorada por los senadoconsultos y por diversas constituciones imperiales. Así fue como el sc. Tertuliano dado bajo Adriano llama a la madre a la sucesión de sus hijos, concebido en el espíritu de la ley Papia Poppaea, recompensa la fecundidad de la mujer. El sc. Orphiciano dado bajo Marco Aurelio, llama a los hijos a la sucesión de la madre antes que a los demás herederos y la suceden sean dependientes, legítimos o vulgo concepti —de padre incierto—. En el Bajo Imperio hubo constituciones dictadas a favor de los nietos nacidos de una hija, de los hermanos y hermanas cognados y de los hijos adoptivos.

I.3.3 y 4, S.P.4.9.1, Ulp.26.8

166. LA VÍA LEGÍTIMA DE LAS NOVELAS 118 Y 127

Tal como resulta de las Institutas y del Código de Justiniano, el sistema de las sucesiones ab intestato presentaba aún

algunas arbitrariedades: a) en línea descendiente la desigualdad de los nietos ex filio —de un hijo— y de los nietos ex filia —de una hija—; b) en la línea ascendente la exclusión de la madre por el padre; c) en la línea colateral la preferencia dada a los agnados en perjuicio de los cognados. En el año 543 la Novela 118 barre con estos últimos restos de las Doce Tablas y establece un sistema simple, lógicamente coordinado, casi en todo conforme al orden regular de nuestros afectos naturales. Reglamentar la delación de las sucesiones sin considerar otra cosa que la cualidad y el grado de parentesco, proscribir toda diferencia entre los dos sexos, entre la descendencia por los hombres y por las mujeres, entre la agnación y la cognación, tal fue la idea fundamental que presidió la concepción de esta Novela, obra verdaderamente notable en cuanto al fondo, casi simple en la forma, y que posteriormente fue completada por la Novela 127 en el año 548.

Desde el principio el Emperador distingue tres clases de sucesores: los descendientes, los ascendientes, los colaterales.

a) *Los descendientes*. Es necesario poner aquí cinco reglas: 1. Un solo descendiente basta para excluir a los demás parientes. 2. La vocación de los descendientes es independiente de la calidad del difunto, de donde poco importa su sexo, si es *sui* o *alieni iuris* —independiente o dependiente—. 3. La cualidad del descendiente es igualmente indiferente, pero si es dependiente, sólo recibe la nuda propiedad, quedando el usufructo para el que tiene la potestad. 4. En un mismo tronco, el más próximo excluye al más lejano; pero entre descendientes que pertenecen a troncos diferentes, la proximidad de grado no es causa de preferencia, lo que quiso expresar Justiniano diciendo que los descendientes suceden cualquiera que sea su grado. 5. Todas las veces que hay concurso tanto entre un hijo en el primer grado y los descendientes de un hijo premuerto, como entre los descendientes de varios hijos premuertos, la partición se hace como antes por troncos; de donde se sigue que si uno de ellos repudia, su parte acrece exclusivamente a los coherederos de su tronco, pero no a los otros.

b) *De los ascendientes*. He aquí tres reglas: 1. A falta de descendientes, la sucesión siempre es deferida a los ascendientes. 2. Entre ellos, los más próximos siempre excluyen a los más lejanos. 3. Si hay varios en el mismo grado, la partición

se hace por troncos, habiendo ascendientes en el mismo grado en las dos líneas, se da la mitad a cada línea y en ella la división se hace por cabezas, como cuando hay abuelo paterno y abuelo y abuela maternos, se divide la herencia primero por troncos y dentro de cada tronco, por cabezas, así el abuelo paterno recibiría la mitad y los abuelos maternos la otra mitad, tocando a cada uno de estos últimos un cuarto. Cuando los ascendientes concurren con los hermanos o hermanas carnales en esta hipótesis reina la más absoluta igualdad entre ellos, recibiendo cada uno una parte viril.

c) *De los colaterales.* Justiniano distingue dos clases de colaterales, los privilegiados y los ordinarios. Los primeros son los hermanos y hermanas carnales y sus descendientes en el primer grado aventajan a los demás colaterales y la partición se hace por troncos. Los colaterales ordinarios, y los descendientes ulteriores de los hermanos y hermanas carnales, los hermanos o hermanas consanguíneos o uterinos, aquí el más próximo excluye a los más lejanos y los del mismo grado concurren juntos, haciéndose la partición siempre por cabezas.

Justiniano dejó subsistir en favor del cónyuge superviviente la *b.p. unde vir et uxor* —al esposo y a la esposa—. Además la viuda pobre y sin dote ya obtenía por la Novela 117 un derecho de sucesión aún en presencia de otros herederos. A falta de parientes la sucesión podía atribuirse a ciertas corporaciones de las cuales hubiera formado parte el difunto o, finalmente, al fisco.

LECCIÓN XXX

LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

167. DEFINICIONES ROMANAS DEL TESTAMENTO. 168. LAS FORMAS DE TESTAR. 169. EL TESTAMENTO MILITAR Y OTROS. 170. LA TESTAMENTI FACTIO ACTIVA Y PASSIVA. 171. LA CAPACIDAD DEL HEREDERO. 172. LA DESIGNACIÓN DEL HEREDERO. 173. LA DESHEREDACIÓN. 174. LAS SUBSTITUCIONES. 175. MODALIDADES EN EL TESTAMENTO.

167. DEFINICIONES ROMANAS DEL TESTAMENTO

Ulpiano define al testamento diciendo: *Testamentum est mentis nostræ iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat* —el testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte—; Modestino da la siguiente definición: *Testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult* —el testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad de aquello que deseamos se haga después de nuestra muerte—. Estas definiciones tienen el defecto de no mencionar el carácter esencial del testamento, que es contener la institución del heredero.

Ulp.20.1, D.28.1.1

El testamento puede definirse como un acto personal, unilateral y solemne que contiene la institución de uno o de varios herederos y destinado a producir su efecto solamente después de la muerte de su autor. De esto se desprende que lo que caracteriza al testamento es la institución del heredero, por él son posibles las demás disposiciones: desheredaciones, legados, fideicomisos, etc.; si falta esta institución por cualquier causa, las demás disposiciones se desvanecen. La voluntad del testador debe manifestarse en las formas establecidas, de ahí

las expresiones ordinare, celebrare testamentum. El testador dispone para después de su muerte, por tanto, durante su vida el testamento no confiere ningún derecho y es revocable.

Ulp.24.15, D.28.2.30

168. LAS FORMAS DE TESTAR

Debemos distinguir tres períodos: según el derecho civil, el derecho pretorio y el derecho del Bajo Imperio.

1. *Derecho civil.* El testamento se hacía calatis comitiis, esto es, ante los comicios por curias convocados al efecto y en presencia de los pontífices. Sólo podía ser hecho en Roma, lugar de reunión de los comicios y dos veces por año. El paterfamilias que no hacía su testamento en esas dos ocasiones anuales, corría el riesgo de morir intestado. Esto se remedió con una segunda forma de testar: el testamento in procinctu, que se hacía por una declaración en alta voz ante el ejército. Esta forma de testar sólo se practicaba en tiempo de guerra y podía ser hecha en cualquier lugar.

Ulp.20.2

Viene luego un tercer género de testamento que se hace per aes et libram —por el cobre y la balanza—. Aquel que no había hecho testamento ni calatis comitiis ni in procinctu —ni convocados los comicios, ni ante el ejército— y sentía próximo su fin, llamaba a un amigo y le mancipaba su patrimonio en presencia del portabalanza y de cinco testigos, rogándole que cumpliera con sus disposiciones para cuando muriera. El adquirente del patrimonio es el familiae emptor —comprador de los bienes—, que ocupaba el lugar de un heredero. Esta forma de testar no podía usarse con el hijo por no ser posible entre éste y el padre la mancipatio y parece que el testador no tenía medio jurídico de revocarlo si cambiaba de opinión. Estos inconvenientes dan lugar a una cuarta forma de testar que es el testamentum per aes et libram perfeccionado; antes de éste, las disposiciones del testador se expresaban oralmente, en adelante se redactan en un escrito —tabulae testamenti— que por sí mismo no tiene valor, pero que lo adquirirá mediante una mancipación y una testamenti nuncupatio —declaración testamentaria—. La mancipación se hace según la forma conocida,

pero el papel de familiae emptor en lugar de pertenecer como antes al heredero, pertenece a un tercero, que es una persona de confianza encargada de entregar la sucesión al verdadero heredero; la mancipación no interviene más que por la forma, por imitación del derecho antiguo; el familiae emptor adquiere el patrimonio como depósito y para prestarse a la confección del testamento. En cuanto a la testamenti nuncupatio, ésta es una fórmula solemne por la cual el testador, teniendo en la mano el escrito que ha preparado, declara en presencia del familiae emptor, del libripens —portabalanza— y de los cinco testigos, que ahí está contenida su última voluntad: "Tal como está escrito en estas tablas y en esta cera, así doy, así lego, así testo y así pues dad vosotros quirites testimonio." El escrito permanece en manos del testador, de manera que un secreto absoluto cubre sus disposiciones. Tanto la mancipatio como la testamenti nuncupatio debían hacerse en el mismo acto —uno contextu. Finalmente, hay otra forma de testamento del derecho civil que los intérpretes llaman nuncupativo y que se hace por una declaración oral en presencia de siete testigos; ofrece menos garantía por no ir escrito.

Ulp.20.3 y 9

2. *Derecho pretorio.* Es fácil ver que en adelante la mancipación no era seria, el familiae emptor y el libripens no eran en el fondo más que dos testigos con nombres especiales, que la testamenti nuncupatio era inútil como solemnidad y que toda la fuerza del testamento resultaba de la voluntad escrita del testador y del testimonio de las personas presentes. Esto es lo que comprendió el pretor y tuvo por válido a todo testamento hecho en presencia de siete testigos que hubieran puesto su sello y escrito su nombre sobre el acta. Sólo que el testamento reducido a estas simples formas no creaba un verdadero heredero según el derecho civil, pero el instituido podía pedir la b.p. secundum tabulas, posesión que más tarde se le dio cum re —con efecto—, lo que daba casi las mismas ventajas que al heredero civil.

D.28.1.23, I.2.10.2

3. *Derecho del Bajo Imperio.* En este período nos encontramos el testamento nuncupativo que permanece como antes, más un testamento escrito que se llama tripertitum, puesto que

está sometido a tres reglas que derivan de tres diferentes fuentes: el derecho civil, el pretorio y las constituciones imperiales. He aquí sus reglas: *a)* debe ser hecho uno contexto, en un solo acto; *b)* exige la presencia de siete testigos que pongan su sello y al lado su nombre, disposición tomada del derecho pretorio; *c)* estos testigos deben haber sido convocados con el fin especial de figurar en el testamento, recuerdo del derecho primitivo cuando los comicios no podían estatuir sobre un testamento más que en virtud de una convocación especial; *d)* finalmente, el testamento debe llevar interiormente la firma —*subscriptio*— del testador y de cada testigo; esta formalidad introducida por Teodosio el Joven es lo que constituye el elemento nuevo del testamento *tripertitum*. Bajo Honorio y Teodosio se da el testamento *apud acta*: ante el juez o autoridad municipal y el *testamentum principii oblatum*, que se depositaba en el archivo imperial.

C.6.23.21, I.2.10.3 y 4

169. EL TESTAMENTO MILITAR Y OTROS

A partir de Julio César se acostumbra conceder determinadas ventajas a los militares. En materia testamentaria, la voluntad del soldado era válida como quiera que se manifestara: confiando su voluntad a un compañero de armas, escribiéndola con sangre en su escudo o en la arena con su espada. Este privilegio era temporal, en la época clásica duraba el tiempo de servicio, Justiniano lo limitó al tiempo de campaña. El testamento hecho con estos privilegios sólo duraba un año después del licenciamiento.

D.29.1.1,15.5, Ulp.23.10

Había otras formas de testar: el testamento hecho en tiempo de peste, para el cual no se requería la presencia simultánea de los testigos; el testamento hecho en el campo, para el cual bastaban cinco testigos.

C.6.23.31

170. LA TESTAMENTI FACTIO ACTIVA Y PASSIVA

Sólo el *paterfamilias* ciudadano romano, titular del patrimonio, plenamente capaz de obrar, goza de la *testamenti*

factio activa. La transmisión del patrimonio por testamento es de derecho natural, como la propiedad, de la cual es atributo, pero en Roma está regulada por el derecho civil porque no sólo afectaba intereses privados, sino públicos: los intereses de la sociedad y de la religión, de ahí que Papiniano haya dicho *testamenti factio non privati sed publici iuris est*. —La confección del testamento no pertenece al derecho privado, sino al público—. La facultad de hacer testamento es un atributo del *ius commercii*, una ventaja que tenía el ciudadano romano en el orden familiar.

D.28.1.3

El *filiusfamilias* sólo puede disponer por testamento de sus *peculios castrense* y *quasi castrense*. La mujer *sui iuris* —independiente— en un principio sólo podía testar con la autorización de su tutor; esta restricción desaparece al terminar la *tutela perpetua* de las mujeres.

D.10.2.2.2

El menor, el loco, el pródigo, no tienen *testamenti factio activa* —facultad para testar—. El sordo y el mudo pueden hacer testamento con licencia del príncipe. Los rehenes no pueden testar, salvo con permiso expreso.

D.28.1.7 y 11

La *testamenti factio passiva*, por el contrario, es la idoneidad para ser válidamente instituido heredero o legatario en un testamento. Esta idoneidad va implícita en la capacidad patrimonial de derecho civil; sólo se exige que el instituido heredero exista o cuando menos que esté ya concebido cuando muera el testador. Los esclavos propios pueden instituirse mediante la concesión de la libertad: *Stichus servus liber et heres esto*. —Esclavo Estico, sé libre y heredero—. Los esclavos ajenos podían instituirse, aunque para aceptar necesitan la autorización de su amo.

I.2.14.1 y 2, Ulp.22.13

171. LA CAPACIDAD DEL HEREDERO

Para que la institución del heredero sea válida, se le exige la *testamenti factio*: *a)* en el momento de la confección del

testamento; *b*) en el momento de la delación de la sucesión, que es cuando el derecho se abre en su beneficio; *c*) en el momento en que el instituido acepta la sucesión. Entre la confección del testamento y la delación de la sucesión, la pérdida de la *testamenti factio* no daña al heredero, con tal de que la recobre en el momento de la delación y ya no la pierda.

D.28.5.6.2 y 50(49).1

Heredes institui possunt, qui testamenti factionem cum testatorem habent —pueden ser instituidos herederos las personas que tienen la relación testamentaria con el testador—, esto es, los que tienen la aptitud legal para ser designados por el testador. Para tener esta capacidad es necesario poseer el *commercium*, del cual la *factio testamenti* es un corolario; por tanto, no pueden ser designados herederos: *a*) los latinos iunianos, los peregrinos; *b*) los esclavos sin amo, pues el esclavo no tiene más que una capacidad prestada; *c*) por la misma razón, los esclavos cuyo amo no pueda ser instituido por el testador; *d*) las personas inciertas, debiendo entenderse por tales no a aquellas que no haya visto el testador, sino a aquellas de las que no pueda formarse una idea precisa, como cuando quiera instituir a la primera persona que vaya a sus funerales.

Ulp.22.1,3,4, D.28.1.16

Se consideraban también como personas inciertas a los hijos no nacidos en el momento de la confección del testamento, llamados póstumos, y a las personas morales. El derecho civil permitió al paterfamilias instituir o desheredar a los póstumos suyos, los que nacen del testador herederos suyos, para que el testamento no quedara roto; pero la incapacidad subsistió para los póstumos externos o *postumi alieni*, que no nacerían herederos suyos del testador y que no influían sobre la validez del testamento, pero el pretor confirmó su institución ofreciéndoles la *b.p. secundum tabulas*. Un senadoconsulto permitió a los municipios ser instituidos herederos por sus manumitidos y es muy probable que haya sido acordada una capacidad absoluta a algunas ciudades y colonias y fue reconocida capacidad plena a muchos dioses, es decir, en realidad, a ciertos colegios de sacerdotes y a ciertos templos.

Ulp. 22.6

No podían ser instituidas por motivos especiales las mujeres, en virtud de la ley Voconia del año 169 a. C.; ésta quiso evitar el enriquecimiento excesivo de las mujeres a fin de mantenerlas en un estado de subordinación y dependencia que los antiguos romanos consideraban como una condición de orden social y prohibió que fueran instituidas por un testador cuya fortuna fuera igual o superior a cien mil ases. Bajo Justiniano disminuyó el número de los incapaces, la ley Voconia cayó en desuso y en cuanto a las personas inciertas, podían ser instituidas válidamente. Pero bajo la influencia del cristianismo fueron creadas otras incapacidades que afectaron a los apóstatas, a los herejes, a los hijos de los condenados por un crimen de lesa majestad, a las viudas que se casaban antes de un año de la muerte del marido.

G.2.226

Había personas que aunque tuvieran la *testamenti factio* no podían recoger la sucesión —*ius capiendi ex testamento*—, esta incapacidad era propia de los latini iuniani por virtud de la ley Iunia; de los célibes por disposición de la ley Iulia y de los casados sin hijo legítimo por la ley Papia Poppæa, pero sólo por la mitad de la sucesión. Pero el latino podía recoger la sucesión adquiriendo la ciudadanía; el célibe contrayendo matrimonio, y los casados sin hijo si ya tenían uno nacido o al menos concebido. Si no adquiría el incapaz el *ius capiendi ex testamento*, su institución quedaba nula y no habiendo otros, caía el testamento. Tampoco podía recoger la sucesión el heredero en caso de indignitas —vileza—, cuando había cometido un acto contra el de cuius, o lo había ofendido gravemente.

Ulp.17 y 18, D.34.9.3 y 5.2

172. LA DESIGNACIÓN DEL HEREDERO Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

En el derecho clásico la institución del heredero debería ser hecha en términos imperativos, vestigios de la época cuando el testamento constituía una verdadera ley, de otra manera la institución era nula. Las formas empleadas para hacer la designación eran *Titius heres esto*, *Titium heredem esse iubeo*, *Titius heres sit*. —Que Ticio sea heredero, Ordeno que Ticio sea heredero, Sé heredero Ticio. Pero estas exigencias forma-

listas no persistieron; en la misma época clásica, los jurisperitos tuvieron por válida a toda fórmula que se pudiera considerar como equivalente de las precedentes y en el año 339 Constantino permitió al testador expresar su voluntad en cualquiera forma: *Titium heredem instituo, vel facio, vel volo* —instituyo heredero a Ticio, lo hago o lo deseo.

Ulp.21. G.2.116,117, C.6.23.15

La institución de heredero debía ser hecha al principio del testamento, puesto que las demás disposiciones sólo son cargas impuestas al heredero; esta regla era rigurosa y lo escrito antes era nulo, con excepción de la desheredación y el nombramiento de tutor.

El heredero tenía el *petitio* o acción de pedir o reclamar la herencia cuando ésta se encontraba en poder de un tercero. La acción de petición de herencia es aquella por la que se reclama una sucesión, pertenece a aquel que pretende ser heredero y para triunfar en juicio debe demostrar su calidad de tal. Esta acción se ejercita contra aquellos que poseen *pro herede* o *pro possessore* como heredero o como poseedor.

D.28.5.1,9.9

173. LA DESHEREDACIÓN

Al consagrar las instituciones hechas por el testador, la ley aprobaba implícitamente la exclusión de los herederos legítimos que no habían sido instituidos y esto pudo ser hecho sin peligro en tanto que los testamentos tuvieron necesidad de ser aprobados por los comicios por curias, pues bastaba con no mencionarlos. Cuando las disposiciones testamentarias fueron hechas por escrito, se abusó y los paterfamilias omitían injustamente a sus hijos en beneficio de otros, lo que violaba la costumbre que los consideraba como copropietarios del patrimonio familiar. Este uso debía obligar al padre a no despojar al hijo sin causa seria y termina por exigir que si no lo desea instituir, al menos así lo haga constar; esta declaración expresa es lo que se llama desheredación, por oposición a la simple omisión.

La desheredación en el derecho civil. La teoría primitiva de la desheredación se aplica exclusivamente a los hijos ya nacidos y bajo la potestad paterna, investidos de la calidad de

heredes sui —heredero suyo—. Si el omitido es un hijo, los sabinianos opinaban que el testamento era nulo y permanecía sin efecto aunque el omitido muriera antes que el testador; los proculeyanos subordinaban la nulidad a la sobrevivencia del hijo. En cuanto a la omisión de las hijas o de los nietos, no dañaban la validez del testamento; pero la hija omitida, siempre que sobreviva al testador y que permanezca capaz, obtenía una parte viril, esto es, justamente lo que le hubiera tocado ab intestato si concurría con herederos sui instituidos, cuyo número aumentaba, y una mitad cuando concurría con extraneus —herederos voluntarios.

I.2.13

Los hijos debían ser desheredados nominativamente: *Titius filius meus exheres esto.* —Ticio, hijo mío, seas desheredado—. También, “se considera desheredado expresamente un hijo de este modo: sea desheredado mi hijo, aunque no se diga el nombre, cuando el hijo es único.” En cuanto a las hijas y demás herederos, podía desheredarlos inter ceteros —entre los demás posibles herederos—, bastándole decir: *ceteri vel ceteræ exheredes sunt* —los demás o las demás, sean desheredados.

D.28.2.2, I.2.13.1

La desheredación en el derecho pretorio. El pretor amplió la desheredación en cuanto a las personas que debían ser instituidas o desheredadas. El testador debe instituir o desheredar también a todos los descendientes que serían herederos suyos si no hubieran sufrido una *capitis deminutio minima*, por lo que debía instituir o desheredar a sus hijos emancipados. El pretor no hace distinción entre los hijos omitidos, les concede la parte que les hubiera tocado en la sucesión ab intestato; esta sucesión pretoria es la llamada *b.p. contra tabulas*. Una hija omitida tenía los mismos derechos que un hijo. El pretor no tenía en cuenta las disposiciones del testamento cuando eran contrarias a las reglas que había expuesto, pero no lo consideraba radicalmente nulo, de aquí que si el hijo omitido moría antes que el testador o si no pedía la *b.p.*, el testamento se ejecutaba, la desheredación escrita en el testamento se mantiene, pero el hijo desheredado no se beneficiaba de la omisión de su hermano. Aunque la *b.p. contra tabulas* era dada del todo a un omitido, sin embargo, se conservaban algunos lega-

dos, como los hechos a un descendiente o a la mujer de un difunto.

I.2.13.3

La desheredación en el derecho de Justiniano. Ésta es muy simple y puede resumirse así: 1. Por lo que respecta a los descendientes que deben ser instituidos o desheredados, se apega al derecho pretorio; pero los hijos dados en adopción a un extraneus —ajeno a la domus o casa—, pueden ser omitidos por el adoptante, pero no por su padre natural. 2. Cualquiera que sea el sexo y el grado de los descendientes, la desheredación siempre debe ser hecha nominativamente. 3. La omisión o la desheredación irregular acarrea en todos los casos la nulidad inmediata y definitiva del testamento.

I.2.13.5

174. LAS SUBSTITUCIONES

Las substituciones son instituciones de segundo orden en el testamento, por las cuales el testador nombra un substituto para el heredero, en el caso de que éste no llegara a adquirir la herencia; son instituciones sometidas a la condición de que el heredero designado antes no acepte la sucesión. Tenemos tres clases: la substitución vulgar, la pupilar y la quasi pupilar o ejemplar.

D.28.6.1, S.P.3.4B.4

Substitución vulgar. En la substitución vulgar "se pueden constituir . . . muchos grados de herederos, como por ejemplo: si aquél no fuese heredero, que lo sea éste, y así en otros casos, haciendo tantas substituciones cuantas quiera el testador." En esta forma el testador cuenta con mayores probabilidades de no morir sin heredero. La substitución vulgar cobró impulso por las leyes caducarias, por las numerosas causas de caducidad con las cuales dañaban a las instituciones de herederos. Esta substitución debe ser hecha según las reglas de la institución de heredero y está sometida a la condición de que el nombramiento hecho en primera línea sea ineficaz; el substituto puede aceptar la sucesión o rechazarla, a menos que sea heredero necesario.

I.2.15, D.29.2.69

Substitución pupilar. Es la disposición testamentaria por la cual el paterfamilias designa un heredero al hijo impúbere colocado directamente bajo su potestad, para el caso de que muriera sin haber podido testar por no haber llegado a la pubertad. Esta institución se usó mucho, sobre todo cuando no le inspiraban confianza al padre los herederos legítimos de su hijo. En esta substitución pupilar se consideraba que no había más que un testamento poniendo en juego dos herencias, de donde el padre no podía hacer la substitución pupilar sin testar y si el testamento es nulo cae la substitución, pero por la nulidad de ésta no cae aquél.

D.28.6.14, I.2.16.5

Substitución quasi pupilar. Justiniano la instituyó para los locos a semejanza de la que el derecho antiguo había establecido para los impúberes. El ascendiente paterno o materno podía hacer el testamento del loco siempre que hubieran hecho el propio y le hubieran dejado al incapaz por lo menos la cuarta legítima; la institución se desvanecía si el loco sanaba.

D.28.6.43, I.2.16.1

175. MODALIDADES EN EL TESTAMENTO

La institución de heredero no admite término —dies— ni condiciones resolutorias que vengan a menoscabar los derechos hereditarios una vez adquiridos —semel heres, semper heres—, si se ponen se tienen por no puestos. Pero la institución de heredero sí admite condiciones suspensivas, como la que se hace en la llamada substitución vulgar que consiste en el nombramiento eventual de un heredero para el caso de que el instituido en primer término no llegue a heredar.

D.46.5.8, S.P.3.4B.1,2

Las condiciones imposibles o inmorales expresadas en un testamento se tienen por no puestas. En cuanto a las disposiciones captatorias, esto es, las hechas bajo condición de que el favorecido tenga en cuenta a su tiempo al testador o a otra persona, son contrarias a la libertad de testar y el Derecho Romano las declara nulas.

D.28.7.14

NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS

176. NULIDAD E INVALIDEZ DE LOS TESTAMENTOS. 177. EL TESTAMENTO INOFICIOSO. 178. LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI. 179. LA ACTIO AD SUPPLENDAM LEGITIMAM. 180. LA ADQUISICIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA. 181. EL PLAZO PARA DELIBERAR. 182. EL BENEFICIO DE INVENTARIO Y LA SEPARATIO BONORUM. 183. LOS COHEREDEROS, EL IUS ADCRESCENDI.

176. NULIDAD E INVALIDEZ DE LOS TESTAMENTOS

Testamentum iure factum usque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat. —Un testamento hecho legalmente es válido hasta que se rompe o se hace inútil—. Todo testamento que no se ajusta a las formas prescritas, que emana de un testador incapaz, que instituye a herederos incapaces, que no satisface las reglas referentes a la institución de heredero o a la desheredación, es definitivamente nulo según el derecho civil. Cuando es contrario a la ley se le llama iniustum o non iure factum —contra derecho o no hecho conforme a derecho—; cuando está condenado a permanecer sin efecto se le llama inútil o nullius momenti —vano o de ningún efecto—; pero el derecho pretorio que termina por ser el verdadero derecho práctico de Roma, corrige los rigores del derecho civil, dando en muchos casos la b.p. secundum tabulas a los instituidos que se les rehusaba el título de herederos; pero esta b.p. exigía en todos los casos la observancia de las formas impuestas por el pretor, esto es, que la confección del testamento fuera hecha en presencia de siete testigos capaces y que hubieran puesto su nombre al lado de su sello. En estos casos el testamento es válido en un principio, pero puede resultar ineficaz por una causa posterior a su confección; los textos expresan esta cir-

cunstancia diciendo que el testamento es ruptum, irritum o destitutum.

I.2.17

Testamentum ruptum. Testamento roto, el testamento es ruptum por dos causas: a) Por la agnación de un heredero suyo que no ha sido ni instituido ni desheredado legalmente, como cuando le nace al testador un hijo o una hija, o cuando por adopción o adrogación entra una persona a la domus —casa— del paterfamilias. “Es cierto que por la adopción o adrogación de un hijo o de una hija se invalida el testamento, ya que se invalida normalmente por la aparición de un heredero suyo.” b) El testamento se rompe también por la confección posterior de otro testamento. En los dos casos, la ruptura del testamento es el resultado de una interpretación de la voluntad probable del difunto. En el primero, si el heredero suyo hubiera vivido en el día de la confección del testamento, el testador lo hubiera instituido con toda seguridad, o al menos lo hubiera desheredado, pero no lo hubiera omitido. Al ser declarado ruptum el testamento por la agnación de un póstumo —ruptum adgnatione postumi— se llamaba al heredero suyo como heredero ab intestato, reparándose en esta forma la omisión del padre. En cuanto a la ruptura por la confección de un testamento posterior, está fundada sobre una presunción de revocación que su generalización y carácter absoluto la vuelven criticable, pues es posible que las disposiciones de los dos testamentos no sean incompatibles y no se ve por qué el testador que las reúne válidamente en un acto no pueda también separarlas en dos. Se consideraba, por otra parte, como un cambio de voluntad que entrañaba la ruptura del testamento el hecho de haberlo destruido voluntariamente o de haber borrado sus disposiciones, en este caso el testamento destruido permanecía válido en derecho civil, pero el derecho pretorio lo consideraba sin efecto, aunque parece que el derecho civil terminó por adoptar la doctrina pretoria.

I.2.17.1 y 2, D.28.3.8

Testamentum irritum. El testamento se vuelve irritum —inútil— cuando después de su confección el testador sufre una capitis deminutio; como ésta cambia el status del testador, impide la confirmación o perpetuación de su voluntad y se reputa

que el testamento no ha sido obra del difunto. "Resulta irrito un testamento siempre que sucede algo al testador; por ejemplo, si pierde la ciudadanía ... o por haber sido hecho prisionero del enemigo ..."

I.2.17.4, D.28.3.6.5

Si el testador recobra los tres elementos de su estado —caput—, el testamento permanece nulo según el derecho civil, pero el derecho pretorio admite su validez: "Aunque en estricto derecho y con gran sutileza se considerase que es inválido el testamento, sin embargo, si hubiese sido sellado, el heredero instituido puede recibir la posesión de los bienes hereditarios conforme al testamento y podrá quedarse con el patrimonio."

D.28.3.12

Testamentum destitutum. El testamento cesa igualmente de ser eficaz cuando es destitutum —desierto—, es decir cuando los herederos instituidos o los substitutos no han querido aceptar la sucesión, o no han podido, como cuando no se realiza la condición bajo la cual se instituía al heredero.

I.3.1.7, D.29.4.1.2

177. EL TESTAMENTO INOFICIOSO

Se llama testamento inoficioso el que se hace en perjuicio de los hijos desheredados y no por el deber de piedad o afecto familiar. El testamento inoficioso es aquel que, regular en su forma, despoja sin causa sería a un descendiente, a un ascendiente, a veces a un colateral, llamados a la sucesión legítima; este testamento denota que su autor ha olvidado los afectos más naturales y los correspondientes deberes del afecto —*officium pietatis*— y peca menos contra las reglas del derecho que contra los preceptos de la moral. La jurisprudencia admitió que podía ser rescindido por una acción llamada querela inofficiosi testamenti —queja de testamento descortés—, que tiene como base el pretexto "de que los testadores no estaban en su sano juicio al redactar el testamento y esto no se dice en el sentido de que realmente un loco ... haya hecho testamento, sino el que una persona hizo testamento legalmente, pero no de acuerdo con los deberes que el afecto familiar impone." Tengamos

presente que nunca fue asimilado el testamento inoficioso al nulo o vuelto nulo de pleno derecho, pues mientras éstos permanecen ineficaces suceda lo que suceda y no pueden servir de base a una adición válida, el testamento inoficioso recibe plena y definitiva ejecución todas las veces que los interesados mueren antes o no lo atacan; más claro, no puede ser objetado sino después que ha producido sus efectos; en lugar de evitar la adición ex testamento, la querela la supone ya hecha y entonces viene a borrarla jurídicamente con todas sus consecuencias, aniquila de golpe el derecho del instituido y los derechos que dependan del suyo.

I.2.18, S.P.4.5.1, D.5.2.2

Esta institución proviene de la costumbre y se fijó gracias al tribunal de los centumviri. Fue una conquista de la equidad y del derecho natural sobre el derecho estricto. La institución o desheredación de los herederos suyos descansa sobre la organización de la familia civil y sobre la base de la copropiedad del patrimonio; la querela de inoficiosidad se apoya sobre el parentesco natural —*cognatio*— y el afecto familiar.

D.5.2.1 y 5

178. LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

Las personas que pueden ejercitar la querela de testamento inoficioso son las siguientes:

1. Todos los descendientes regularmente desheredados por un testador que *iure civile* o *iure prætorio* estaba obligado a instituirlos o desheredarlos. Probablemente la querela no fue instituida más que en favor de los hijos herederos suyos según el derecho civil y esto como consecuencia lógica de su copropiedad en los bienes del padre. El pretexto que idearon los juriconsultos fue suponer que el testador había sufrido un acceso momentáneo de locura, perdiendo la *factio testamenti*. Después el pretor extendió la querela aun a aquellos que no eran herederos suyos, justificándose esto por la consideración de que los deberes naturales de un padre son independientes de la patria potestas.

2. Todos los descendientes omitidos por un ascendiente que no estaba obligado a instituirlos o a desheredarlos, es decir,

como la madre o un ascendiente materno de uno u otro sexo, o un ascendiente paterno.

3. Los ascendientes omitidos por sus descendientes, motivado en la reciprocidad de afectos y deberes.

4. Los hermanos y hermanas consanguíneos del difunto. Pero aquí la querela no se admite más que cuando el instituido es una persona turpis, es decir, tachada de infamia o cuya existimatio no está immaculada.

I.2.18.1 y 2, D.5.2.1 y 5

Condiciones para el ejercicio de la querela: *a)* el que intente la querela debe tener derecho a la sucesión ab intestato; si hay varios, se sigue el orden, si el que está en grado más cercano no la ejercita, este derecho pasa al siguiente; *b)* debe haber sido excluido de la sucesión sin motivo; *c)* la querela debe intentarse a falta de otro recurso, de donde no la tiene un heredero suyo omitido, porque en este caso el testamento es nulo ab initio —desde el principio—; un hijo emancipado tampoco la tendrá, pues el pretor le da la b.p. contra tabulas; tampoco la tendrá el adrogado impúbero desheredado, pues tiene derecho a la cuarta Antonina.

I.2.18.2

En ocasiones, un pariente de los que podía ejercer la querela recibía parte de la sucesión, pero inferior a la parte que le hubiera tocado ab intestato. Entonces era necesario determinar la cuota que debería dejársele para que el officium pietatis estuviera satisfecho; de aquí procede la institución de la legítima. Al principio no hubo regla para determinar esta cuota y el tribunal de los centumviri resolvía a su arbitrio, lo que presentaba inconvenientes; después se fue fijando la jurisprudencia y se decidió que esa parte fuera del cuarto de los bienes que el heredero hubiese recogido ab intestato, para que así ya no pudiera atacar al testamento.

S.P.4.5.6, I.2.18.3.6, D.5.2.8.8

Naturaleza de la querela. Si por una parte consideramos el fin de la querela que es considerar al testador como muerto intestado y de dar la sucesión al reclamante que triunfa, veremos aquí una verdadera petición de herencia —acción real— y este carácter se manifiesta particularmente en que está dentro

de la competencia del tribunal de los centumviri. Se aproxima a la acción iniuriarum —de las injurias— en que tiene por base el sentimiento de una ofensa hecha por el testador a un pariente al no dejarle la parte a la que tenía derecho esperar. Si el demandante gana, el testamento cae y se abre la sucesión ab intestato; pero a veces la rescisión del testamento era parcial, como cuando había dos instituidos y el demandante ganaba contra uno y perdía contra el otro, en este caso el testamento era nulo en parte.

D.5.2.6.1

La querela inofficiosi testamenti se extingue: si no se ejerce en un plazo de cinco años; si el legitimario muere sin haberla ejercido; por renuncia, que puede resultar: de un desistimiento de la demanda, de un pacto de remisión, de una transacción, de todo acto que implique adhesión al testamento, como recoger una liberalidad de poco valor.

D.5.2.10.1, 23.1, 32

179. LA ACTIO AD SUPPLENDAM LEGITIMAM

En esta materia se hicieron grandes reformas desde Alejandro Severo hasta Constantino. La querela de inoficiosidad se extendió también cuando el testador había hecho demasiadas donaciones, y por otra parte, se restringió su ejercicio por una nueva acción en complemento de la cuarta legítima. Una constitución de Juliano y Constancio del año 361 fue el punto de partida de otra reforma: un testador había dejado ciertas liberalidades a sus hijos imputables sobre la legítima, añadiendo que si eran inferiores a ésta quería que fuese completada según el arbitraje de un hombre honrado. La constitución decide que los legitimarios deberán conformarse con la voluntad del testador y no ejercer la querela ni contra el testador ni contra las donaciones. El legitimario sólo tiene en este caso una acción en complemento de su legítima que difiere de la querela; en efecto, ésta es una acción real, la acción en complemento es personal, el legitimario se considera acreedor y pide una indemnización; la querela se extingue a los cinco años, la acción en complemento de la legítima es perpetua y pasa a los herederos. Si el legitimario pierde el proceso en la querela,

pierde todo; el que pierda la acción en complemento guarda las liberalidades.

C.3.28.35.2

Con posterioridad a la promulgación de las Institutas y del Código, Justiniano refundió casi en su totalidad la teoría que acabamos de exponer en las Novelas 18, 22 y 115, disponiendo: 1. Las causas que justifican la desheredación o la omisión no se dejan a la apreciación del juez, sino que Justiniano hizo una enumeración limitativa, exigiendo que el testador la indique en su testamento. 2. Aumenta el importe de la legítima, el testador debe dejar un tercio de su patrimonio si el número de hijos no pasa de cuatro, y la mitad si son más. 3. No basta que la legítima le sea dejada al hijo o al ascendiente por una disposición cualquiera de última voluntad, es necesario que se le deje a título de heredero. 4. En adelante, el triunfo de la querrela no hará caer más que la institución, dejando subsistir los legados y demás disposiciones testamentarias. Se puede entonces considerar al querellante que triunfa como colocado en el lugar del heredero instituido, lo que equivale a decir que Justiniano rompió con el antiguo principio que miraba la institución de heredero como *caput et fundamentum testamenti* —cabeza y fundamento del testamento.

180. LA ADQUISICIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

Qui semel constituit ad se hereditatem pertinere ac se eius rebus immiscuit, repudiare eam non potest, etiamsi damnosa sit. —Quien una vez decide que le pertenece la herencia y se mezcla en sus negocios, después ya no puede repudiarla, aunque esté cargada de deudas—. Se considera deferida una herencia cuando se puede adquirir por la aceptación que de ella haga el heredero; la delación supone el ofrecimiento o el llamamiento al heredero o herederos para que acepten la herencia o sucesión, pero esto sólo en el caso de los herederos extranei o voluntarios, porque si eran herederos suyos y necesarios, continuaban en el dominio de los bienes desde que moría el paterfamilias y no tenía en ese caso lugar la delación o llamada. La adquisición de la herencia tiene como efecto la transmisión en bloque al heredero de todas las relaciones activas y pasivas que formaban el patrimonio del difunto, confundién-

dose a partir de ese momento los dos patrimonios: el del difunto y el del heredero.

D.50.16.151 S.P.3.4.11

De la cualidad y diferencia de los herederos. Desde el punto de vista de la adquisición de la herencia, los herederos se dividen en herederos necesarios, herederos suyos y necesarios y herederos extraños o voluntarios.

I.2.19, G.2.152

Herederos necesarios. El heredero necesario es el esclavo a quien se instituye heredero dándole a la vez la libertad, y es llamado así porque inmediatamente después de la muerte del testador, quiera o no quiera, es libre y heredero. Cuando una sucesión tenía un gran pasivo, lo más probable era que nadie la aceptara, entonces, no habría quien pagara las deudas y los acreedores venderían en bloque la masa hereditaria, con la consiguiente mancha para la memoria del difunto. En estas condiciones el amo instituía como heredero necesario a su esclavo, manumitiéndolo por testamento; la masa hereditaria se vendería a nombre del manumitido y la memoria del difunto quedaría sin mácula.

G.2.153 y 154

Herederos suyos y necesarios. "Son herederos suyos y necesarios el hijo, la hija, el nieto y la nieta nacidos del hijo, y así todos los otros que de algún modo han estado bajo la potestas del difunto." Son llamados herederos suyos porque son herederos domésticos y estando vivo el paterfamilias en cierto modo están considerados como propietarios de los bienes. Son herederos bien haya testamento o se abra la sucesión ab intestato, porque la herencia la adquieren sin su consentimiento, la adición de la herencia por su parte no hacía falta, pues se hacen sin más herederos en virtud del mismo derecho, aunque posteriormente el pretor les permitió abstenerse de la herencia si así lo deseaban.

G.2.156 a 160, Ulp.22.24, D.38.16.14

Herederos voluntarios. Los demás herederos que no están sujetos a la potestas del testador, son llamados herederos extraños o voluntarios y les es dada la facultad de deliberar sobre

si han de aceptar la herencia —*addire hereditatem*—, o bien de rehusarla. Así que cuando son llamados a heredar no adquieren la sucesión *ipso iure*, sino declarando que la aceptan —*aditio hereditatis*—. Esta manifestación en el derecho clásico pudo hacerse fehaciente mediante un acto externo cualquiera que revele la voluntad de adquirir la sucesión, o cuando así se exigía en el testamento, *cum cretione*; a los herederos extraños se les suele dar la *cretio* —opción—, que no es otra cosa sino un plazo para deliberar si aceptan la herencia.

G.2.161 y ss, Ulp.22.25

El heredero puede aceptar o repudiar la herencia por sí solo, es un derecho personal que le reconoce el derecho civil, pero se requiere: *a)* que la sucesión le sea deferida, la delación tiene lugar a la muerte del testador si ha sido instituido para y simplemente; si su institución es condicional, habrá que esperar a que la condición se realice y entonces es cuando deberá aceptar o rehusar; *b)* que el heredero esté informado de la delación; *c)* debe tener la *factio testamenti* en el momento de la delación y conservarla hasta la adición; *d)* como la sucesión consta de derechos y obligaciones, el heredero debe tener capacidad para obligarse.

I.2.19.4, D.29.2.95

La repudiación no exigía solemnidad; si el heredero estaba instituido *cum cretione*, bastaba dejar pasar el plazo. La repudiación daba lugar al derecho de acrecentamiento o substitución y cuando el heredero estaba solo, la sucesión se abría *ab intestato*.

D.29.2.95 y 17, Ulp.22.29

181. EL PLAZO PARA DELIBERAR

Muerto el testador, el heredero en el derecho civil antiguo no tenía plazo para aceptar o rehusar la sucesión, lo que traía el inconveniente de que los acreedores no eran pagados y se interrumpía el culto privado. El testador para violentar la aceptación del heredero, le imponía un plazo para que se decidiera —*cretio*— que era de cien días, también podía desheredarlo; asimismo, la amenaza de la *usucapio* lucrativa pro herede —toma de bienes en lugar de heredero— podía forzarlo

a aceptar. El pretor concedió el mismo plazo que el derecho civil y si el heredero no aceptaba, la sucesión pasaba a los que venían en el orden sucesivo. Bajo Justiniano, el heredero tenía un plazo de nueve meses, que podía ser ampliado a un año por el emperador.

D.28.8.1.2 y 2, D. 38.15.5

182. EL BENEFICIO DE INVENTARIO Y LA SEPARATIO BONORUM

El heredero o herederos que adquieren la sucesión continúan la persona del difunto, las deudas y créditos les pasan en la proporción de sus partes hereditarias, de manera que se funden en su patrimonio y con él tienen que pagar a los acreedores del *de cuius*. Cuando la sucesión no se presentaba saneada en este aspecto, era muy peligroso para los herederos aceptar la herencia, pues el pasivo podía superar con mucho al activo hereditario y ellos tendrían que pagar el faltante con sus propios bienes.

D.29.2.37

El esclavo manumitido hecho heredero necesario, pudo pedir la *bonorum separatio* —separación de los bienes— con objeto de que no se pagara a los acreedores con sus bienes, sino con los del difunto, pero la sucesión de todos modos se vendía en su nombre, cayendo sobre él la nota de infamia.

D.42.6.1.18

El heredero suyo y necesario tenía el *beneficium abstinendi* —beneficio de abstención—; pero el heredero voluntario, una vez que había aceptado, no tenía forma de retractarse: *semel heres, semper heres* —una vez heredero será siempre heredero—; y si la sucesión era mala tenía que pagar con sus propios bienes a los acreedores. Ciertamente que en ocasiones se concedía a los menores de veinticinco años la *in integrum restitutio* —devolución completa— y que Adriano concedió el mismo favor al mayor cuando después de la adición de la herencia aparecían deudas cuantiosas, pero estos eran paliativos, el derecho no se había modificado. Justiniano es quien toma cartas en el asunto y por una constitución del año 531 crea en favor del heredero lo que se ha llamado el beneficio de in-

ventario. El heredero hace adición de la herencia y en un término de treinta días debe proceder a hacer en presencia de un tabularius el inventario de los bienes del difunto, sin apartar nada para sí y debe concluirlo en sesenta días. El heredero que hace inventario sólo paga las deudas hasta la concurrencia de los bienes hereditarios y si él tiene algún crédito, concurre con los demás acreedores.

C.6.30.22.2

183. LOS COHEREDEROS, EL IUS ADCRESCENDI

Cuando hay un solo heredero instituido, él recogerá toda la sucesión, aunque sólo esté instituido por una parte; esta disposición se funda en que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, salvo que se trate de un militar, en cuyo caso se respeta su disposición. Si son varios los herederos sin atribución de partes, la sucesión se divide por partes iguales. La herencia está considerada como un todo, como una unidad, de ahí que los romanos la asimilaban al as y que cuando testaban la repartieran asignando onzas a los herederos hasta completar el as. Cuando se instituía ex asse, el heredero recogía toda la herencia; ex semisse, la mitad; ex triente, la tercera parte; ex cuadrante, la cuarta parte.

D.29.1.37, D.28.5.13.2, I.2.14.5

Cuando el testador atribuía al heredero una cosa particular, era una incorrección y se tenía por no puesta para que no cayera el testamento, pues la sucesión es universal, no particular, se recibe toda o una parte alicuota: si se instituyó heredero de un fundo a una sola persona, vale la institución eliminando la referencia al fundo.

D.28.5.1.4

Si entre varios herederos algunos han repudiado la herencia o no han podido hacer adición de ella por muerte o cualquiera otra causa, su parte acrece a los que han hecho adición y si después de la adición mueren, pasa su derecho a sus herederos. Este derecho se aplica tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima. El derecho de acrecentamiento está fundado sobre la naturaleza indivisible de la sucesión que no puede ser adquirida por parte y abandonada por parte. Se

sigue de esta indivisibilidad que todo heredero testamentario o legítimo es llamado necesariamente al todo, pero el concurso de los otros coherederos restringe su derecho, de donde al no aceptar algunos, ejercerá su derecho sin trabas.

D.29.2.53, S.P.4.8.24(26)

La parte dejada vacante por uno de los coherederos es adquirida por los demás en la proporción de su parte hereditaria. El acrecentamiento es forzoso, esto es, el heredero no puede repudiar la parte que lo acrece y aceptar sólo la parte por la que ha sido instituido. El acrecentamiento se opera sin carga, el que recoge la porción rechazada no está obligado a cumplir las cargas personales impuestas al coheredero, pero sí a cumplir con los legados y fideicomisos. Esta doctrina era profesada por Celsus y por Juliano, el más eminente representante de la escuela sabiniana; pero Ulpiano nos dice que en su tiempo se había abandonado por consecuencia de un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Caracalla, por cuyos términos el substituto vulgar estaba obligado a cumplir con todas las cargas impuestas al instituido cuyo lugar tomaba, lo que lleva a considerar a los coherederos como tácitamente substituidos los unos a los otros, falseando la noción misma del ius adcrecendi.

D.29.2.53.1, D.28.5.60(59).3

LECCIÓN XXXII

LOS LEGADOS

184. LOS LEGADOS. 185. EL OBJETO DE LOS LEGADOS. 186. FORMAS DEL LEGADO. 187. DE LA FÓRMULA. 188. LA SUPRESIÓN DE LAS FÓRMULAS. 189. LAS REFORMAS DE JUSTINIANO. 190. LA ADQUISICIÓN DE LOS LEGADOS (DIES CEDIT, DIES VENIT). 191. RESTRICCIONES A LA FACULTAD DE LEGAR. 192. PROTECCIÓN PROCESAL DEL LEGATARIO. 193. LEGATUM Y DONATIO MORTIS CAUSA.

184. LOS LEGADOS

El legado es una disposición de última voluntad por la que una persona, directamente o por intermedio de su heredero, confiere a otra un beneficio económico a expensas de su propia herencia. Supone, por lo tanto, una atribución de derecho por causa de muerte en beneficio del legatario y a título particular, hecha ordinariamente en el testamento o en un codicilo confirmado en el testamento. Además de la institución de heredero —que es el fundamento del testamento— el de cuius podía imponer cargas al heredero; si eran hechas en forma imperativa, son los legados; si, por el contrario, eran impuestas en forma de ruego, son los fideicomisos. El legado es una liberalidad de última voluntad, dejada en forma imperativa por testamento o por codicilo confirmado, a cargo de uno o varios herederos. El legado es una *delibatio hereditatis*, una segregación de algo de la herencia por la cual el testador quiere que se atribuya a alguien algo de lo que en su conjunto va a ser del heredero. El legatario no continúa la personalidad del difunto, gratuitamente recoge la liberalidad, sin compromiso para él, puesto que no le pasan ni los créditos ni las deudas del difunto.

D.30.116, I.2.20.1

El legado a semejanza de la institución de heredero, debía dejarse en forma imperativa y dentro del testamento en el derecho civil, posteriormente se pudo dejar en un codicilo; su eficacia depende de que el testamento no caiga y el instituido acepte. Sólo puede usucapir como legatario quien tiene la relación testamentaria —*testamenti factio*— con el difunto, pues su posesión se funda en la validez del testamento.

D.41.8.7

185. EL OBJETO DE LOS LEGADOS

El testador puede legar válidamente lo mismo cosas corporales que incorporales y asimismo una universalidad, el objeto de los legados es amplísimo, pueden ser legadas no sólo las cosas del testador o del heredero, sino aún la cosa de otro, de tal manera que el heredero esté obligado a comprarla y darla al legatario, o bien darle el precio, si no puede comprarla. El legado de cosas corporales no puede tener por objeto ni una cosa *cuius commercium non est* —que no esté en el comercio—, ni una que ya no exista o que no pueda existir; en estos casos el heredero no debe ni la estimación, por ser nulo el legado. Por lo que hace a los legados de cosas incorporales, el testador puede legar tanto derechos reales: una servidumbre predial, un usufructo, uso o habitación, como derechos de crédito: el legado de un crédito o deuda, el de liberación de una deuda, el legado de una deuda por el cual el deudor lega su deuda al acreedor, quien por este motivo obtenía la ventaja de una acción independiente, o la renuncia a un término o a una condición.

D.33.2.1, I.2.20.4.21

Los legados de una universalidad. Los dos principales legados de esta clase son: el legado de una parte de la herencia y el legado de un peculio.

1. *Legado de una parte de la herencia.* Este legado tiene por objeto una cuota, parte de la sucesión, pero el legatario parcionero no por esto debe ser asimilado a un coheredero, pues: *a)* su derecho cae por la repudiación del heredero; *b)* no es copropietario de las res corporales —cosas materiales—, por tanto no puede ni ejercer la acción *familiæ erciscundæ* —de división de la herencia— ni reclamar los frutos desde

el día del fallecimiento; *c*) las acciones hereditarias pertenecen al heredero, pero el legatario podía exigir una parte del beneficio de cada crédito y, recíprocamente, debía soportar una porción de cada deuda; para garantizar estas obligaciones intervienen las stipulationes partit et pro parte —estipulaciones recíprocas—; *d*) no estando investido de derechos de propiedad ni de crédito, el legatario parcionero no puede ejercer la petitio hereditatis —la petición de herencia—; *e*) por lo mismo que el legatario no es heredero, no puede retener la cuarta en virtud del senadoconsulto Pegasiano. Bajo Justiniano este legado perdió su fisonomía particular, y la fusión de legados y de fideicomisos tuvo por resultado hacer tratar a los bienes del legatario parciario como si se tratara de un fideicomiso a título universal.

Ulp.24.25

2. *Legado de un peculio*. Aquí, suponiendo que la disposición ha sido formulada per vindicationem, por la adición el legatario se hace de pleno derecho propietario de los objetos corporales, pero los créditos y las deudas no pasan directamente a él. En cuanto a las deudas, como el heredero queda obligado por la acción de peculio, el legatario le promete bien defenderlo contra toda persecución, bien indemnizarlo; recíprocamente, el heredero promete al legatario el reembolso de los créditos que recupere, o la cesión de sus acciones.

D.38.8.1 y ss, I.2.20.20

186. FORMAS DEL LEGADO

Los romanos, partiendo de la idea simple de que el lenguaje es el signo del pensamiento y presumiendo que el testador escogía sus expresiones con plena conciencia de su valor, agruparon todas las formas posibles de legados en cuatro categorías, de las cuales cada una corresponde a una clase de legado que tiene su naturaleza propia y sus efectos especiales. Es así como reconocen los legados per vindicationem, per damnationem, sinendi modo y per præceptionem.

I.2.20.2, G.2.192, Ulp.24.2

1. *El legado per vindicationem* se expresa en estos términos: Lucio Titio Stichum do lego; Lucius Titius Stichum sibi

habeto, capito, sumito —Doy, lego el esclavo Stico a Lucio Ticio; Lucio Ticio, ten, toma, recibe el esclavo Stico para ti—. Da una cosa al legatario y le dice que puede tomarla como suya, indica que la propiedad de la cosa legada debe pasar recta via del patrimonio del testador al patrimonio del legatario sin pasar ni un instante por el patrimonio del heredero. "Per vindicationem se pueden legar las cosas que fueron del testador de acuerdo con el derecho quiritarario al tiempo de hacer el testamento y al tiempo de su muerte." El legatario está investido, tanto contra el heredero como contra todo detentador del objeto legado, de la acción en reivindicación, de ahí su nombre. Por razón misma del efecto que está destinado a producir este legado, no es válido más que, en tanto que el testador muere, tenga la propiedad de la cosa legada.

Ulp.24.3 y 7, G.2.193

¿En qué momento se hacía el legatario propietario de la cosa legada? Según los sabinianos, en caso de legado puro y simple desde el día de la adición, cuando es cierto que hay un heredero, el legatario sólo puede rehusar el legado en caso de no quererlo. Según los proculeyanos, sólo adquiere el legado si lo acepta, hasta dicho momento la cosa legada es res nullius —cosa de nadie—. Prevalció la opinión sabiniana por estar más conforme con la naturaleza del legado. Si el legado es condicional, se adquiere después de la adición de la herencia y la realización de la condición, haciéndose el legatario propietario ipso iure, salvo que renuncie; entre tanto, la cosa pertenece al heredero.

G.2.194

2. *El legado per damnationem* se expresa en estos términos: Heres meus damnas esto dare, facere —Heredero mío, estás obligado a dar, a hacer —y más tarde en estos otros: Heres meus dato facito —Heredero mío, da, haz—, Heredem meum dare, facere iubeo —Heredero mío, mando que des, que hagas—. Estas formas presentan un carácter común, denotan que el testador no ha querido constituir un derecho real en favor del legatario, sino únicamente asegurarle un derecho de crédito contra el heredero, del que estará investido en el momento mismo de la adición si el legado es puro y simple, y si es condicional, hasta el día en que se cumpla la condición.

"Per damnationem se pueden legar todas las cosas incluso las que no pertenecen al testador, con tal de que se trate de cosas que se puedan dar." Para obtener la transferencia de propiedad o el hecho que le es debido, el legatario está investido de una acción llamada *ex testamento*, acción personal que entra dentro de la clase de las condiciones y fundada sobre la razón que el heredero está obligado hacia él *ad dandum vel ad faciendum* —a dar o a hacer—. De la naturaleza de este legado, el más amplio de todos, podemos concluir que puede tener por objeto todas las cosas que se legan válidamente, aun la cosa ajena o una cosa futura y aun un simple hecho.

Ulp.24.4,8,9, D.30.39.7

3. *El legado sinendi modo* se expresa en estos términos: *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem sibi que habere.* —Quede obligado mi heredero a permitir a Lucio Ticio tomar aquella cosa y tenerla para sí—. De esta fórmula, que tomada a la letra, no impondría al heredero más que un papel pasivo, se sigue que el legatario puede aquí lo que no se le permite en el legado *per damnationem*, ponerse él mismo en posesión y usucapir independientemente de toda tradición. Pero fue una cuestión controvertida saber si el heredero estaba sólo obligado a no obstaculizar la toma de posesión del legatario, o si éste podía por la acción *ex testamento* exigir una translación de propiedad, como en el legado *per damnationem*, esta segunda opinión fue la que prevaleció en tiempo de Gayo por ser más práctica y más acorde con las consecuencias deducidas del *senadoconsulto Neronianum*, no siendo concebible la obligación de dejar tomar más que con respecto a las cosas que están dentro del patrimonio del deudor, este legado es a la vez más amplio que el legado *per vindicationem*, pero menos amplio que el legado *per damnationem*; puede tener por objeto las cosas del testador o las del heredero, siendo nulo si al día del deceso la cosa legada no pertenece ni a uno ni a otro.

S.P.3.6.11, Ulp.24.5,10

4. *El legado per præceptionem* se expresa en estos términos: *Lucius Titius hominem Stichum præcipito* —Lucio Tito, adelantate a tomar el esclavo Stico—. Sólo era posible este legado habiendo varios herederos, uno de los coherederos toma

una cosa determinada además de su parte hereditaria. Son objeto de este legado las cosas de las que el testador es propietario *quiritario* o *bonitario*, pero no las del heredero o las de otra persona. "*Per præceptionem* se pueden legar las cosas que también pueden ser legadas *per vindicationem*."

G.2.216 y 220, Ulp.24.6 y 11

En los legados se da el *ius ad crescendi* —el derecho de acrecer—. Si una misma cosa es legada a dos legatarios ya conjunta, ya separadamente, y los dos se presentan a recogerla, se divide entre ellos; si falta uno por no aceptarla, o por haber fallecido antes, el colegatario obtendrá el legado entero. *Si alter deficiat... totum ad collegatarium pertinet.*

I.2.20.8, G.2.199

187. DE LA FÓRMULA

Hemos indicado que el testador disponía de cuatro fórmulas para expresar la naturaleza del derecho que deseaba conferir al legatario. Debía escoger con todo cuidado la fórmula precisa que expresara su pensamiento, pues de lo contrario era nulo el legado, como cuando legaba *per vindicationem* alguna cosa que no le pertenecía; si legaba antes de la institución de heredero no era válido, porque los testamentos toman fuerza de la institución de heredero —*vim ex institutione heredum accipiunt*—. Esta teoría de los legados, obra maestra de la lógica y el análisis, era muy rígida en el sentido de que si el testador se equivocaba de fórmula estaba expuesto a la nulidad de su disposición, de aquí que hubiera algunas reformas.

G.2.197

188. LA SUPRESIÓN DE LAS FÓRMULAS

Reaccionó contra esta rigidez el *sc. Neroniano*, dictado a propuesta del emperador Nerón, entre los años 54 y 68 d. C., disponiendo que si un testador ordenaba un legado empleando una fórmula equivocada para su efectividad, debía el legado, sin embargo, ser respetado como si hubiera sido dictado correctamente, valiendo como legado *per damnationem*. Así, serán válidos: a) los legados *per vindicationem* que tuvieron por ob-

jeto la cosa de otro; *b*) los legados sinendi modo que recaían sobre una cosa que no pertenecía ni al testador ni al heredero; *c*) todo legado per præceptionem que tenga por objeto una cosa distinta a una res hereditaria y según los proculeyanos el legado per præceptionem de una cosa in bonis cuando es hecho a un extraneus.

G.2.212,218,220,222

Del senadoconsulto Neroniano la jurisprudencia sacó una consecuencia importante, y es que si el legatario podía considerar como hecho per damnationem y como válido por este título a todo legado que era nulo por virtud de la fórmula mal empleada, debía con mayor razón ser autorizado o transformar en legado per damnationem cualquier otro legado y particularmente en caso de legado per vindicationem a ejercer, si en ello encontraba ventaja, la acción personal ex testamento en lugar de la rei vindicatio.

Ulp.24.11a

Más tarde, sin modificar la antigua clasificación de los legados, una constitución de los hijos de Constantino del año 339, suprimió todas las fórmulas solemnes, de suerte que en adelante para determinar en cada especie el carácter y los efectos de un legado, era necesario examinar la intención del testador sin fijarse en las palabras empleadas, o al menos sin ver en ellas una indicación decisiva. Desde entonces esta clasificación perdió la base sobre la cual descansaba y no faltaba más que suprimirla, lo que hizo Justiniano.

C.6.43.1

189. LAS REFORMAS DE JUSTINIANO

Este emperador por medio de una constitución agrupa todos los legados en una sola clase y permite que el legatario escoja entre la rei vindicatio, la acción personal y la acción hipotecaria, lo que equivale a considerar al legatario como investido a la vez de un derecho de propiedad, de un crédito y de una hipoteca tácita. Justiniano en esta forma realiza de una manera directa y más segura la finalidad del testador que es siempre el asegurar la propiedad al legatario y permitirle escapar del concurso de acreedores del heredero, sin ne-

cesidad de acudir a la bonorum separatio. Sin embargo, por fuerza de las circunstancias la acción personal sólo es posible cuando el legado tiene por objeto: *a*) un hecho; *b*) una liberación; *c*) un crédito; *d*) una cosa ajena; *e*) las cosas fungibles que de momento no tiene la sucesión. El legatario podrá ejercitar la rei vindicatio, no en todos los casos, sino en aquellos en que las circunstancias se lo permitan; así, no podrá ejercerla cuando le ha sido legada la cosa de otro o si el legado tiene por objeto un hecho del heredero; en estos casos escogerá la acción personal ex testamento, lo mismo para el caso en que el heredero haya destruido o ya no tenga el objeto legado.

I.2.20.2

Cuando el legado no debía pagarse de inmediato, sólo se podía obtener la cautio legatorum para que el heredero garantizara su cumplimiento. Justiniano concede en todos los casos una hipoteca tácita sobre la parte de la sucesión del heredero gravado con el legado. El legatario es pagado con preferencia a los acreedores del heredero, pero no a los del testador, porque los legados se pagan después de haber sido cubiertas las deudas de la sucesión.

D.36.4.8, D.36.3.16

Invalidez de los legados. Los legados podían ser nulos: 1 ab initio; 2 por aplicación de la regla Catoniana; 3 por efecto de causas posteriores.

1. El legado podía ser nulo ab initio cuando le faltaba alguna condición esencial para su validez, como cuando en el momento de la confección del testamento el legatario no tenía la testamenti factio con el testador, cuando el legado tenía por objeto una cosa que no podía ser legada, o cuando el legado es irregular, iniustum.

2. Puede ocurrir que un legado reúna todas las condiciones para ser válido, pero que en el momento de ser escrito haya un obstáculo accidental para su ejecución, susceptible de desaparecer más tarde; aunque así suceda, ese legado será nulo por aplicación de la regla Catoniana que determina que "el legado que no podía tener eficacia si hubiera muerto el testador en el momento de hacer el testamento, no podía tener validez sea cual fuere el momento en que el testador hubiese

muerto". Esto es, el legado, que sería nulo si el testador moría en el momento de testar, queda siempre nulo en cualquier época que sobreviniera el fallecimiento. Esta regla sólo se aplica a los legados puros y simples cuyo dies cedit está colocado a la muerte del testador; no se aplica a los legados condicionales y en general a todos los que el dies cedit esté diferido a una época ulterior.

D.34.7.1 y 4

3. Por efecto de causas posteriores pueden invalidarse los legados como cuando el testamento cae, cuando muere o se incapacita el legatario antes del dies cedit, cuando se repudia, cuando no se realiza la condición, cuando se pierde la cosa legada sin culpa del heredero, cuando el testador lo revoca.

Ulp.24.29, I.2.21

190. LA ADQUISICIÓN DE LOS LEGADOS (DIES CEDIT, DIES VENIT)

La adquisición de un legado presuponía naturalmente que el heredero gravado heredase, esto es, que se verificase la *aditio hereditatis* —aceptación de la herencia—, pues el legatario no puede hacer suyo el legado hasta que el heredero no adquiera la herencia, pero ya la jurisprudencia de la época de la República atribuyó determinados efectos jurídicos al legado a partir del momento en que quedaba sustraído a la voluntad del causante, lo que normalmente ocurría en el momento de su muerte cuando el legado era puro y simple, o al cumplirse la condición suspensiva y desde las leyes caducarias a partir del momento de la apertura del testamento: era lo que se llamaba *dies cedens*, esto es, el día en que empieza a deberse el legado al legatario; a partir de ese instante *a)* el legatario adquiría pleno derecho sobre el objeto legado, derecho que era transmisible, aun cuando el legatario muriese antes de la *aditio hereditatis*; *b)* la persona que se beneficiará con el legado está determinada perfectamente; si el legatario es *alieni iuris*, el derecho al legado pertenece a la persona investida de la potestad en el momento del *dies cedens*, aun cuando más tarde el legatario se vuelva *sui iuris* o pase bajo la potestad de otro; *c)* la extensión y la cantidad del legado son definitivamente fijados al momento del *dies cedens* —el día en que

empieza a deberse el legado—. Pero el legado sólo se adquirirá definitivamente en el momento de la adquisición de la herencia, *dies veniens*, que es cuando ha llegado el momento en el que se puede exigir al heredero la entrega del legado.

D.50.16.213, D.36.2.7

191. RESTRICCIONES A LA FACULTAD DE LEGAR

"Antiguamente era por cierto lícito dilapidar todo el patrimonio en legados y manumisiones, de tal modo que al heredero sólo le quedaba el mero nombre de tal." La ley de las Doce Tablas no había limitado la facultad de legar y de aquí vino un peligro: que el heredero instituido fue obligado a repudiar la herencia agotada por los legados exagerados, lo que tenía por consecuencia la apertura de la sucesión legítima y la nulidad de las disposiciones testamentarias; por tanto, hacía falta tanto en interés del difunto que no quería morir intestado, como en interés de los legatarios, fijar un límite que no pudieran sobrepasar los legados. Esto fue lo que hizo el legislador paulatinamente.

G.2.224

La ley Furia, probablemente del año 182 a. C., decidió que con la excepción de ciertas personas, nadie podría recoger un legado superior a mil ases, bajo pena de pagar el cuádruplo. Pero esta ley no alcanzó su objetivo, pudo el testador multiplicar los legados de mil ases; por otra parte, se le prohibía sin motivo disponer de más de mil ases, cantidad insignificante para algunas sucesiones. Concedía al heredero perjudicado como acción ejecutiva la *manus iniectio* —puesta de mano— contra el legatario que contraviniera las disposiciones de la ley.

G.2.225, G.4.23, Ulp.1.2

La ley Voconia del año 169 a. C., introdujo un nuevo sistema: prohibió legar más de lo que se dejara al heredero, pero por un sin fin de legados mínimos el testador reducía a nada el beneficio del heredero y, por otra parte, no podía hacer un solo legado, aunque fuera superior a la mitad de la herencia, que dejara por tanto al instituido una fortuna considerable. En otra de sus disposiciones, esta ley prohibía a los ciudadanos de la primera clase del censo instituir herederas a las mujeres.

G.2.226, I.2.22

Estas dos leyes presentaban los mismos vicios: restringían la libertad de legar y no aseguraban lo suficiente el interés del heredero para que hiciera adición.

Finalmente, en el año 40 a. C., fue establecido un sistema mejor combinado y definitivo por la ley Falcidia, reglamentando la libertad de legar y estableciendo que una cuarta parte de la sucesión debía ser dejada para el heredero, por lo que si el testador disponía por legados por encima de ese límite, debían reducirse proporcionalmente tales legados.

G.2.227

Así, la ley Falcidia establece con toda claridad: "cualquier ciudadano que haga testamento después de haberse dado esta ley, tenga derecho y potestad de dar y legar a cualquier ciudadano por derecho público la cantidad que quiera, con tal de que se dé el legado de modo que los herederos no reciban por aquel testamento menos de la cuarta parte de la herencia". Todo lo que se obtenga del patrimonio del de cuius queda al amparo de esta ley, sean objetos determinados o indeterminados, incluso si se lega un derecho como el usufructo o los créditos. La ley Falcidia no se extendía a los que poseen la herencia ab intestato tras repudiar el testamento, pero la potestad de la ley se aplicaba entonces por el edicto del pretor. Cuando el heredero recibía menos de la cuarta parte de la sucesión, había lugar a una reducción proporcional de los legados, para que el heredero pudiera retener su cuarta parte, es a lo que se llamó la cuarta Falcidia.

D.35.2.1.pr.,7,2

Se imputan a la cuarta parte de la herencia que el heredero debe tener en virtud de esta ley, todo lo que recibió como heredero, no lo que adquiere por legado o fideicomiso o como cumplimiento de una condición. El legado de restitución de la dote a la mujer queda fuera del cómputo de la ley, pues se estima que la mujer recupera lo que es suyo.

D.35.2.91 y 81, G.2.227

La cuarta Falcidia es igual para cada heredero al cuarto del activo neto de su porción hereditaria. El cálculo se hace colocándose a la muerte del testador para que el retraso de la adición no perjudique ni beneficie a los legatarios. Para hacer

el cálculo se deducen primero las deudas, los gastos del funeral, el valor de los esclavos manumitidos; de lo que queda retiene el heredero la cuarta parte y las otras tres restantes se distribuyen a los legatarios en proporción al valor del legado de cada uno.

S.P.3.8.1, I.2.22.3

192. PROTECCIÓN PROCESAL DEL LEGATARIO

El legatario cuenta con diversos medios procesales para reclamar su legado, así, en el legado por vindicationem tiene la rei vindicatio contra el heredero para reclamar el objeto que le ha sido dado. En el legado por damnationem el legatario tiene en contra del heredero un derecho de crédito sancionado por la acción ex testamento. Cuando el legado no era exigible de inmediato, el legatario podía obtener por la cautio legatorum que el heredero garantizara su cumplimiento para cuando llegara el término o se realizara la condición. Se daba la posesión de bienes del heredero —missio Antoniniana— al legatario que después de seis meses de reclamar el legado judicialmente no lo obtenía. Justiniano da al legatario acciones reales, acciones personales y aun una hipoteca tácita sobre la parte de la sucesión del heredero gravado con el legado.

G.2.194,204,213,219

193. LEGATUM Y DONATIO MORTIS CAUSA

El legado y la donación mortis causa son confundidos frecuentemente, sin embargo, no hay motivo para ello. La donatio mortis causa es una donación por causa de muerte, pero hecha por convenio entre donante y donatario —es uno de los pacta vestita—, mientras que el legado es hecho en un testamento, acto personal y unilateral, o en un codicilo testamentario; la donación por causa de muerte no depende de ningún testamento.

LECCIÓN XXXIII
EL FIDEICOMISO

194. EL FIDEICOMISO: SU RATIO IURIS ORIGINAL. 195. EL FIDEICOMISO UNIVERSAL. 196. EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO, SU TRANSFORMACIÓN EN LAS VINCULACIONES. 197. COMPARACIÓN ENTRE EL FIDEICOMISO PARTICULAR Y EL LEGADO. 198. EL CODICILO.

194. EL FIDEICOMISO: SU RATIO IURIS ORIGINAL

El fideicomiso es una liberalidad dejada en términos precativos por el de cuius, de ahí su nombre —fidei committit—, ruega a una persona, confía en su buena fe, para que entregue un objeto, para que cumpla con su voluntad respecto a un tercero beneficiado. Verba fideicommissorum in usu fere hæc sunt: fideicommitto, peto, volo dari et similia. —Estas son las palabras en uso para los fideicomisos: te encomiendo, pido, quiero dar y otras semejantes—. Podemos dejar por fideicomiso tanto nuestras cosas como las ajenas, las nuestras desde luego, las ajenas comprándolas a su dueño o dando su estimación al fideicomisario. La persona encargada de la ejecución se denomina fiduciario, el beneficiario es el fideicomisario. El fideicomiso debe su origen al rigor excesivo del derecho sucesorio antiguo que fuera de la institución de heredero y de legatario, su formalismo intransigente no admitía ningún otro modo de expresar la última voluntad, de manera que cuando el testador quería favorecer a una persona con la que no tenía la testamenti factio, rogaba a su heredero que ejecutara su deseo para dar a esa persona bien parte de la sucesión, toda ella, o bien un objeto particular. En esta forma, tenemos el fideicomiso universal o de herencia —hereditas fideicommissa— y el fideicomiso particular. El primero conservó su fisonomía, no así el segundo que se fue asemejando al legado, con el cual termina por confundirse bajo Justiniano.

Ulp. 25.2, S.P.4.1.6 y 7, I.2.23.1

En un principio el fideicomiso no estuvo sancionado por el derecho, su cumplimiento estuvo supeditado a la buena fe del fiduciario. Bajo Augusto, la inejecución de ciertos fideicomisos obligó a éste a hacerlos cumplir, lo que trajo como consecuencia que el derecho los considerara obligatorios, permitiendo que intervinieran los cónsules para coaccionar al fiduciario, política que es reforzada por Claudio al crear dos prætores fideicomissarii para Roma.

I.2.23.1

Por razón de su origen el fideicomiso obedece a principios más amplios que el legado, pues puede dejarse en un testamento, instituyendo primero al heredero y después confiándole la restitución de la herencia o parte de ella a otra u otras personas en un codicilo y aún por alguien que haya muerto intestado. Una vez entregada al fideicomisario la herencia, el que la ha entregado no por eso deja de ser heredero; en cuanto al que la ha recibido, debe ser asimilado ya a un heredero, ya a un legatario. Así, según el sc. Trebelliano, dictado en tiempo de Nerón, se estableció que si la herencia hubiese de ser restituida por fideicomiso, todas las acciones que existieran según el derecho civil en favor del heredero y en su contra, pasarían al fideicomisario y se darían contra él. El fideicomiso puede ser puesto a cargo del heredero, del legatario o a cargo de un primer fideicomisario de herencia, mientras que sólo se podía legar a cargo del heredero. En su origen podía recogerse el fideicomiso por la persona que no tenía la factio testamenti —relación testamentaria— o el ius capiendi —derecho de recoger—, pero termina por prohibirse el fideicomiso cuando se emplea para burlar las leyes; así es como el Senadoconsulto Pegasiano, dado bajo Vespasiano, anula los fideicomisos hechos a personas a las cuales las leyes caducarias privan del ius capiendi y bajo Hadriano se prohíbe dejar fideicomisos a las personas inciertas y a los peregrinos.

I.2.23.2,3,4

El fideicomisario sólo tiene un derecho de crédito en contra del fiduciario, que le permite una persecución sobre la cual resuelve el mismo magistrado extra ordinem, para que le sean entregados los bienes de la herencia.

Ulp.25.12, S.P.4.1.18

195. EL FIDEICOMISO UNIVERSAL

Este fideicomiso tiene por objeto una parte o la totalidad de la sucesión, que el testador encarga al fiduciario poner a la disposición del fideicomisario. En su origen era una simple disposición en virtud de la cual el heredero gravado, el fiduciario, era el solo sucesor universal, el único continuador de la persona del de cuius. Pero esta institución ha recibido de la ley progresivamente un desarrollo que ha modificado su carácter.

Ulp. 25.11

Para no remontarnos a los tiempos anteriores a Augusto cuando el fideicomiso no tenía valor jurídico, el fideicomisario de herencia es, en la época que sigue al reconocimiento de los fideicomisos, un sucesor a título particular, que tenía tan solo contra el fiduciario un crédito bastante análogo a aquel que el legatario parciario tenía contra el heredero en virtud de un legado per damnationem; su derecho cae como el del legatario, si el gravado rechaza la sucesión. El fideicomisario adquiere la herencia cuando el heredero le transfiera la propiedad, no siendo más que el titular de obligaciones hereditarias, celebra con el heredero estipulaciones recíprocas destinadas a asegurarle el producto de los créditos y a imponerle la carga de las deudas; estipulaciones que son recíprocas —partis et pro parte— en el caso de que el fideicomiso sea parcial, estipulaciones de compra y venta de la herencia —empta: et venditæ hereditatis—, en caso de fideicomiso universal. Este sistema donde el fideicomisario estaba en el lugar de un comprador, tenía un triple inconveniente: a) implicaba transferencias complicadas para las cosas materiales y para las obligaciones, b) exponían al fiduciario y al fideicomisario a sufrir su insolvencia recíproca, y c) permitía al fiduciario repudiar la sucesión, originando así la caída del fideicomiso.

G.2.252

El sc. Trebelliano suprimió los dos primeros inconvenientes: hizo que el fideicomisario estuviera loco heredis —en el lugar de heredero— en vez de estar como comprador de la sucesión, decidiendo que la simple convención de restitución de la herencia tuviera como resultado hacer pasar sobre el fideicomisario, en virtud del derecho pretorio, tanto la propiedad

de las cosas materiales como los créditos y las deudas de la sucesión. Pero a pesar de estas disposiciones el fiduciario podía negarse a aceptar, haciendo caer el fideicomiso.

D.36.1.28(27).8

En tiempo del emperador Vespasiano el sc. Pegasiano, inspirado en la ley Falcidia, decidió que el heredero que aceptara voluntariamente la sucesión gravada de fideicomisos, tendría el derecho de retener una cuarta parte de la sucesión, como si se tratara de legatarios, a esta cuarta se le llamó la cuarta Pegasiana. Si el heredero rehusaba aceptar la herencia, podía ser constreñido a ello por el magistrado a instancias del fideicomisario, privándosele en este caso de la cuarta Pegasiana.

I.2.23.5,6, S.P.4.3.4,4.2

Justiniano, después de haber considerado las semejanzas y diferencias de los scs. Trebelliano y Pegasiano, derogó este último, atribuyendo al primero una autoridad exclusiva, de tal modo que bien tenga el heredero la cuarta por la voluntad del testador, ya tenga más o menos, o nada, restituirá la herencia con arreglo al sc. Trebelliano; y si no tiene nada, o si tiene menos de la cuarta, podrá retener o completar dicha cuarta, dividiéndose las acciones entre el heredero y el fideicomisario en proporción a la parte de cada uno. Pero si el fiduciario restituye voluntariamente la herencia, pasarán todas las acciones hereditarias al fideicomisario y las que hubiese contra él. Justiniano también trasladó al sc. Trebelliano la disposición del sc. Pegasiano que obligaba al heredero a restituir toda la herencia al fideicomisario.

I.2.23.7

196. EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO, SU TRANSFORMACIÓN EN LAS VINCULACIONES

La substitución fideicomisaria. Tal como las instituciones de heredero y los legados, el fideicomiso podía ser hecho a término o bajo condición. Una de las aplicaciones más importantes del fideicomiso condicional es aquella donde, tratándose de un fideicomiso universal, se fija el tiempo de su ejecución a la muerte del fiduciario: Cum Titius heres meus mortuus erit,

volo hereditatem meam ad P. Mœvium pertinere— cuando mi heredero Ticio haya muerto, quiero que mi herencia pertenezca a P. Mevio—. Esta disposición ha sido llamada por los tratadistas substitución fideicomisaria, pues presenta analogía con la substitución pupilar, porque el fiduciario permanece heredero por su propia cuenta hasta su fallecimiento y en seguida el fideicomisario viene en su lugar, tal como el substituto pupilar viene a suceder al impúbero.

G.2.277, I.2.23.11

El fideicomiso de familia. El fideicomiso de familia es una figura especial de fideicomiso que tuvo gran desarrollo en el derecho clásico y postclásico, cuyo principal fin era el de hacer que se conservara por tiempo indefinido en el seno de una misma familia la herencia o bienes singulares. El disponente impone que la herencia, o una cosa concreta, se mantenga en el ámbito de la familia, de tal forma que se deba deferir sucesivamente a una o varias personas de la misma familia. Desde el siglo II se usó la substitución fideicomisaria para transmitir el patrimonio hereditario a una persona por mediación de otra, para vincular el patrimonio, o al menos una parte de él dentro de una familia al través de varias generaciones. La forma adecuada para este fin era esta substitución que obligaba al instituido a dejar el patrimonio recibido después de su muerte a una determinada persona. Repitiendo esta disposición a favor de una serie de individuos de la misma familia, se obtenía un fideicomiso familiar —vinculación— que se desarrolló por el influjo de Scaevola y Papiniano y por las facilidades que le dio la legislación de los emperadores filósofos. Esta substitución se permitió para una generación en la época clásica y para cuatro bajo Justiniano, en la Edad Media es admitida sin limitaciones, dando como resultado el mayorazgo, que evitaba la circulación de los bienes para fuera de determinada familia, finalmente, la Revolución francesa suprime tales vinculaciones.

I.2.23.11, D.31.69.3

197. COMPARACIÓN ENTRE EL FIDEICOMISO PARTICULAR Y EL LEGADO

El fideicomiso particular se parece al legado y permite alcanzar prácticamente los mismos resultados, aunque los se-

paran ciertas diferencias: a) el fideicomiso puede ser impuesto no sólo a un sucesor universal, sino también a un legatario, a un donatario mortis causa, a un fideicomisario particular; b) ni directa ni indirectamente pasan al fideicomisario el beneficio de los créditos o las cargas de las deudas del difunto; c) las reglas referentes a la cuarta Falcidia deben aplicarse aquí de una manera absoluta cuando el gravado es el heredero, no un sucesor a título particular. Pero estas diferencias se desvanecieron poco a poco, asemejándose cada vez más el fideicomiso al legado, sobre todo cuando desaparecieron las fórmulas. La fusión definitiva la hizo Justiniano, en adelante no hubo más que una clase de liberalidad mortis causa a título particular, llámesele legado o fideicomiso, estando compuesta por las reglas de estos dos géneros de disposiciones en lo que tenía de más ventajoso para la persona beneficiada.

D.28.7.3.2, I.2.20.3

198. EL CODICILLO

Codicillus, en singular, significa cualquier género de escrito, y en plural —codicilli—, las tablas enceradas en que escribían los antiguos; de aquí que las disposiciones dejadas en un codicillo necesariamente deberán estar escritas.

Lucio Lentulo fue el primero que introdujo el uso de los codicilos; en ellos rogaba a Augusto por medio de fideicomiso que hiciese alguna cosa, el Emperador obsequió sus deseos y posteriormente pidió la opinión de Trebatium; poco más tarde Labeo hace uso de ellos, quedando aceptados en definitiva. En un principio las disposiciones contenidas en un codicillo no tenían igual eficacia que las disposiciones testamentarias, sino que eran consideradas como un fideicomiso, exigibles por una *cognitio extra ordinem* —por el procedimiento extraordinario.

I.2.25

La consagración legislativa de los codicilos fue inspirada por el deseo de asegurar una plena eficacia a las últimas disposiciones de los moribundos. Codicilo es cualquier acto escrito de última voluntad, no revestido de forma testamentaria y que no contiene la institución de heredero. Llamamos codicilo a un acto de última voluntad que se distingue del testamento por tres notas: a) no exige ninguna solemnidad de forma, aun-

que posteriormente Teodosio el Joven quiso que fueran redactados en presencia de cinco testigos y firmados por todos ellos; *b)* no pueden contener ni institución de heredero, ni desheredación, ni substitución vulgar o pupilar y, por consiguiente, no pueden revocar una disposición de esta naturaleza, ni modificarla; *c)* se admite la coexistencia y la ejecución simultánea de dos codicilos.

G.2.273

Importa distinguir entre los codicilos testamentarios, obra de un testador, y los codicilos ab intestato: 1º Mientras que los primeros pueden contener legados, revocaciones de legados, manumisiones y designación de tutor, los segundos no pueden contener más que fideicomisos. 2º Los codicilos testamentarios exigen la capacidad actual de testar; los codicilos ab intestato, aunque sean hechos por un incapaz, valen en tanto que su autor muera investido de la *factio testamenti*. 3º Los codicilos testamentarios se consideran como parte del testamento, son de un derecho singular porque todo lo que hay escrito en el codicilo se considera como escrito en el testamento. El codicilo sigue la suerte jurídica del testamento, por ello si el heredero no acepta o bien si el testamento se anula, tampoco tienen eficacia los codicilos, pero la causa que anula al codicilo no afecta al testamento. Por el contrario, los codicilos ab intestato conservan su validez; si murió uno sin testar, el codicilo no necesita nada para ser válido y hace las veces de un testamento.

D.29.7.5 y 16

Los codicilos testamentarios se subdividen en dos clases, unos son confirmados por el testamento, los otros no lo son. Interesa esta distinción: *a)* porque el codicilo no confirmado, como el codicilo ab intestato, no podía contener más que fideicomisos; *b)* las disposiciones de un codicilo confirmado se consideran como anexos del testamento y forman parte integrante de él.

I.2.25.1, D.29.7.8

SE TERMINÓ ESTA OBRA EL DÍA 11 DE FEBRERO DE 2011 EN

CASA ALDO MANUZIO

Tennessee núm. 6, Col. Nápoles - 03810 México, D. F.





LIBRERÍA PORRÚA
DESDE 1906
JUNTO SERRA Y ARGENTINA
CIUDAD DE MÉXICO



9789700770789