

I. APUNTES SOBRE DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

¶ 1. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

Etimológicamente la voz obligación procede del latín *obligatio* que, a su vez, deriva de *obligare*, es decir, "ligar" o "atar alrededor", y aunque la palabra *obligare* es relativamente antigua, el sustantivo *obligatio* apareció tardíamente.

En el derecho romano sólo aparecían dos definiciones de obligación, una de ellas pertenecía al jurista Paulo y otra se hallaba en las *Instituciones* de Justiniano. Paulo definía la substancia de una obligación como: "Constreñir a otro a darnos, hacernos, o prestarnos alguna cosa" y Justiniano, por su parte, definía a la obligación como un: "Vínculo de derecho por el que somos constreñidos por necesidad a pagar alguna cosa según los derechos de nuestra ciudad".

Sobre la base de los elementos anteriores se puede señalar que para el derecho romano, tanto civil cuanto pretorio, el concepto de obligación era el siguiente:

"Una relación entre al menos dos personas determinadas, un acreedor (*creditor*) y un deudor (*debitor*), en virtud de la cual el primero de ellos puede exigir una prestación o deuda (*debitum*) al segundo mediante el ejercicio de una actio *in personam*".

De esta noción se desprende que son imprescindibles para la existencia de una obligación los siguientes elementos:

a) Al menos dos personas determinadas, un *creditor* y un *debitor*, porque sólo entre personas se pueden establecer relaciones, y al menos dos, porque tanto el acreedor como el deudor pueden consistir en una o más personas: v.gr. Claudio y Julio (*debitores*) deben pagar cien sestercios a Paulo (*creditor*); Ticio, Mevio y Sempronio (*Debitores*) deben dar el esclavo Pánfilo a Cayo y Seyo (*creditores*).

b) Una prestación - *Debitum*, es decir el contenido de la obligación, que viene definido por la relación, v.gr. pagar cien sestercios; dar el esclavo Pánfilo; hacer una escultura de mármol; prestar una caución.

c) Una acción de la que es titular el *creditor* para exigir el cumplimiento de la prestación al *debitor*. Esta acción SIEMPRE es *in personam* y el deudor responde de la prestación con todo su patrimonio y tiene el deber de defenderse en el procedimiento, transmitiéndose normalmente la obligación a sus herederos en las mismas condiciones en que él estaba sujeto a ella.

En el derecho romano el origen histórico de las obligaciones estuvo vinculado a los hechos dañosos sufridos por una persona, ante los cuales ella tenía derecho a vengarse, hasta que intervino el poder público para regular la venganza formalmente y autorizar la *manus iniectio*, de tal manera que el autor del hecho dañoso originariamente era responsable con su cuerpo.

Posteriormente se abrió paso la idea de que el sujeto era responsable con sus bienes, de tal manera estaba obligado a satisfacer una determinada prestación para evitar la venganza de otro que había resultado lesionado por una conducta suya, y así este deber de realizar cierta prestación acabó por ser llamado obligación.

¶ 2. PRESTACIÓN - *DEBITUM*

La prestación o *debitum* corresponde al contenido de cualquier obligación y siempre consiste en cierto "hacer" del sujeto obligado (*debitor*) en favor del sujeto activo (*creditor*).

¶ 2.1. CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN

La prestación o hacer genérico debido por el deudor, conforme al lenguaje de los juristas romanos y de las fórmulas de las acciones y las leyes, podía consistir en una *dare*, en un *facere*, o en *praestare*, normalmente expresado en la trilogía *dare facere praestare*.

a) **Dare**: la prestación de *dare* era aquella que podía consistir en:

a.1) *Dare rem*: es decir, constituir en dueño de una cosa a otra persona, mediante el acto apropiado a tal fin (modo de adquirir el dominio, v.gr. *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*).

a.2) *Dare ius*: esto es, constituir en titular de un derecho real a otra persona, v.gr. un usufructo (*dare usus fructum*), o una servidumbre (*dare servitutem*).

b) **Facere**: genéricamente la prestación de *facere* comprende todo hacer que no conduzca a constituir dominio o derechos reales (*dare*), tales como:

b.1) *Opus facere*: vale decir, hacer una cosa o realizar una obra material, v.gr. construir una cerca.

b.2) *Praestare operas*: esto es, prestar ciertos servicios inmateriales, v.gr. enseñar griego al esclavo Pánfilo.

b.3) *Tradere (factum tradendi)*: a saber, entregar cosas (materialmente y sin constituir dominio o derechos reales), v.gr. entregar la cosa alquilada al arrendatario, entregar la cosa vendida.

b.4) *Non facere*: los juristas entendían que dentro del *facere* se comprendía también el no hacer, vale decir, las abstenciones obligatorias, v.gr. estipular no hacer nada para impedir que el estipulante transite.

c) *Praestare*: individualmente esta prestación correspondía a las que en cierto modo envolvían una garantía (de allí que hasta hoy se hable de "prestar caución", "prestar fianza"), y comprendía las de:

c.1) Responder por deudas ajenas como garante.

c.2) Garantizar otorgando cauciones personales.

c.3) Responder por la integridad de una cosa, tal como "prestar culpa, dolo, o custodia".

De este modo, pues, en atención al contenido particular de la prestación (*Debitum*) se suele clasificar a las obligaciones en: a) Obligaciones de *dare*; b) Obligaciones de *facere* y, c) Obligaciones de *praestare*.

¶ 2.2. REQUISITOS DE LA PRESTACIÓN

Si bien los juristas romanos no formularon los requisitos generales de las prestaciones, sí hubo algunos que se repetían normalmente al tratar de cada prestación particular, tales eran los siguientes:

1) *Posibilidad*: es decir, que la prestación fuera posible objetivamente. Esta posibilidad objetiva debía ser tanto física como jurídica, supuesto que en relación a esta materia rige la regla: *impossibilium nulla obligatio est* (no hay obligación de lo imposible) o, formulada en otros términos *ad impossibilia nemo potitur* (Nadie está obligado a lo imposible).

Es posible aquello que está dentro de la naturaleza de las cosas (*in rerum natura*), de modo tal, son imposibles, por ejemplo, la prestación de dar las cosas *extra commercium*, o la de dar lo que ya pertenece al acreedor.

2) *Licitud*: esto es, que la prestación no adoleciera de ilicitud, considerándose ilícitas: a) las contrarias a las buenas costumbres (*contra bonos mores*); b) las contrarias a las disposiciones públicas (*contra leges, senatusconsulta, decreta edicta principum*).

Las prestaciones que adolecían de ilicitud eran llamadas *turpia* ("torpes"), tales como la de obligarse a cometer un delito, o a no contraer matrimonio.

3) *Identificabilidad*: la prestación debía ser identificada o identificable, y tal requisito se cumplía dependiendo del contenido de la prestación:

3.1) La de dar cosas fungibles se cumplía cuando estaba determinada o era determinable por su género y cantidad, v.gr. diez fanegas de trigo.

3.2) La de dar cosas no fungibles es determinable por su nombre propio, o por una descripción que hacía las veces de nombre, o por un señalamiento con un gesto, v.gr. el esclavo Hermodoro; mi único fundo; aquella mesa de plata (indicándola con la mano).

3.3) La de hacer o no hacer es identificada o identificable dependiendo de la apropiada descripción del hecho o de la abstención, v.gr. construir una casa de una planta, en mi fundo Capenate, dentro de un mes y con 500 pies cuadrados; abstenerse de pasar con carruajes por mi fundo Corneliano.

4) *Estimación en dinero*: la prestación ha de ser estimable en dinero, supuesto que toda pretensión deducida en juicio conduce en el procedimiento formulario a una condena pecuniaria.

¶ 2.3. CLASES DE PRESTACIÓN

Las prestaciones pueden ser de diversas clases dependiendo de una serie de factores, tales como su contenido, su divisibilidad etc.

1. PRESTACIONES DE *DARE*, DE *FACERE*, Y DE *PRAESTARE*

Esta distinción, que origina una clasificación homónima de las obligaciones, ya ha sido estudiada.

2. PRESTACIONES CIERTAS E INCIERTAS

Una prestación identificable puede ser *certa* o *incerta*, en aquellos mismos casos en que una *intentio* puede serlo, dependiendo de si se trata de un *dare* o de un *facere*.

2.1) La prestación de *dare* cosas fungibles o no fungibles es *certa* si está determinada por su identidad, cualidad y cantidad, v.gr. 100 sestercios; la vaca Flavia; diez modios de óptimo trigo africano.

2.2) La prestación de *dare* es *incerta* en los siguientes casos:

a) Cuando no se determina la identidad, la cantidad, o la cualidad de la prestación, v.gr. dar un esclavo.

b) Cuando se trata de dar una cosa futura o que aun no existe pero se espera que exista, v.gr. la cosecha del fundo Capenate.

2.3) Las prestaciones de *facere* y *non facere* siempre son inciertas, supuesto que consisten en algo futuro, v.gr. levantar un muro.

3. PRESTACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

La divisibilidad o indivisibilidad de una prestación reviste interés sólo cuando existe pluralidad de deudores, de acreedores, o de ambos.

a) **Prestación divisible:** puede serlo respecto de los deudores, de los acreedores o de ambos.

Respecto de los deudores es aquella en la que existiendo varios deudores puede ser cumplida por cada deudor por partes y separadamente el uno del otro, de tal manera que una vez cumplida por todos, puede considerarse idealmente cumplida por un solo deudor en un único acto de cumplimiento, de modo que cada deudor solamente está obligado a cumplir con su parte.

Respecto de los acreedores es aquella en la que existiendo varios acreedores cada uno de ellos puede exigir al deudor el cumplimiento separado de su parte, de modo que cuando todos han sido pagados se puede estimar que idealmente ha sido cobrada por un único acreedor en un solo acto.

La divisibilidad de la prestación depende de la propia naturaleza de ella, así son divisibles las siguientes:

a.1) La de dar cosas (*dare rem*) por medio de los actos formales de adquisición del dominio (v.gr. *mancipatio*), porque cada deudor puede dar una parte *pro indiviso* de la cosa debida al acreedor, y una vez que todos los deudores lo hacen el acreedor se vuelve dueño de toda la cosa.

a.2) La de dar un derecho divisible (*dare ius*), por ejemplo un usufructo.

a.3) La de prestar servicios (*praestare operas*) es divisible desde el momento en que los servicios se miden por tiempo o por cantidad, y aquel y esta son divisibles.

Cuando la prestación es divisible, por regla general ella se divide *pro parte* entre los respectivos deudores o acreedores, por ello suele llamarse a estas obligaciones "obligaciones parciarias".

La prestación divisible puede convertirse en indivisible mediante la solidaridad, que puede ser "pasiva", "activa", o "mixta", pues en ella hay una unidad de prestación pero pluralidad de obligaciones, pues hay tantas cuantas partes haya.

La prestación es "pasivamente solidaria" cuando existiendo varios deudores (codeudores solidarios) de un *debitum* divisible cada uno de ellos está obligado al todo (*in solidum*), de modo tal que el pago efectuado por uno de ellos extingue la obligación respecto de todos.

La prestación es "activamente solidaria" cuando existiendo varios acreedores (acreedores solidarios) de un *debitum* divisible cada uno de ellos puede exigir el todo al deudor, y una vez cumplida a uno de ellos se extingue respecto de todos.

La prestación es "solidariamente mixta" cuando existiendo varios deudores y varios acreedores de un *debitum* divisible, cada deudor está obligado al pago total y cada acreedor puede exigir el todo, pero cumplida una vez se extingue respecto de los demás deudores y acreedores.

Para que exista una prestación solidaria se requieren, pues, los siguientes requisitos:

- 1) Que la prestación sea única y divisible.
- 2) Que concurra una causa de solidaridad.

La causa habitual de solidaridad es i) la *stipulatio*, pero además puede serlo ii) el *legado per damnationem*, y en algunos casos opera iii) *ipso iure*, v.gr. respecto de la responsabilidad de los tutores frente a su pupilo.

Los principales efectos generales de la solidaridad son los siguientes:

1) El pago hecho por un deudor o a un acreedor extingue la obligación respecto de los demás. Un efecto semejante producen la novación o la *acceptilatio* cumplida por cualquier deudor o acreedores, y la pérdida fortuita de la cosa debida, y el *pactum de non petendum in rem*.

2) Sólo favorecen al deudor o al acreedor concreto la *confusio*, la *capitis deminutio*, la *restitutio in integrum* y el *pactum de non petendum in personam*, v.gr. si Ticio, Mevio y Sempronio deben solidariamente 1.000 sestercios a Cayo y Ticio experimenta un *capitis deminutio* máxima sólo él se libera de la prestación, y continúan obligados solidariamente Mevio y Sempronio.

3) La mora, esto es el retardo en el cumplimiento de la prestación, de uno de los codeudores solidarios no perjudica a los demás.

4) El hecho culposo o doloso de uno de los codeudores solidarios sí perjudica a los restantes.

5) La muerte de un codeudor o coacreedor solidario no extingue la solidaridad de los que sobreviven, pero los herederos del fallecido no están obligados solidariamente ni son coacreedores solidarios, de tal manera que sólo están obligados a su parte, o sólo pueden exigir su cuota.

6) La *litis contestatio* producida en el procedimiento seguido contra uno de los deudores solidarios o ejercido por uno de los coacreedores solidarios consume la acción y, por lo tanto, no puede exigírsele a los restantes deudores, ni puede ser exigida por los demás acreedores, supuesto que todas las obligaciones solidarias tienen el mismo objeto (*idem debitum*).

La solidaridad produce especiales efectos entre los codeudores y los coacreedores, especialmente cuando la prestación es cumplida por uno de los deudores, o es satisfecha a uno solo de los acreedores.

1) En época clásica el deudor solidario que cumplió la prestación no tiene acción alguna para exigir a los restantes codeudores que le enteren o reembolsen la parte que el satisfizo por ellos, supuesto que no existía una acción general típica de regreso o reembolso. Tampoco tienen acción los coacreedores solidarios para exigir "su parte" al acreedor que recibió la prestación.

2) En época clásica el codeudor que pagó o los coacreedores que no recibieron el pago pueden dirigirse contra sus respectivos codeudores o coacreedores si existía una relación previa entre ellos que les permitiera exigir el reembolso o "su parte", v.gr. si eran socios, a través de la *actio pro socio*, o si eran comuneros, a través de la *actio communi dividundo*.

3) En época post-clásica Justiniano concedió una acción independiente de reembolso al deudor que pagó contra sus demás codeudores.

4) También Justiniano generalizó el llamado *beneficium cedendarum actionum* (beneficio de cesión de acciones) en virtud del cual se daba la posibilidad al codeudor solidario que pagó de exigirle al acreedor a quien había pagado que le cediera las acciones que tenía contra los restantes codeudores solidarios para que a través de ella les exigiera el reembolso.

b) **Prestación indivisible:** puede serlo respecto de los deudores, de los acreedores o de ambos.

Respecto de los deudores es indivisible cuando habiendo varios deudores la prestación no puede ser cumplida por partes separadamente por cada uno de ellos, supuesto que no puede considerarse que las prestaciones parciales forman una prestación única, y en consecuencia cada deudor está obligado al cumplimiento total, y como se trata de una prestación única el cumplimiento por parte de uno de ellos extingue la obligación respecto de todos.

Respecto de los acreedores es indivisible cuando no puede ser exigida por partes y separadamente por cada acreedor, y por lo tanto cada acreedor puede exigir el cumplimiento total de la prestación, y cumplida a uno se entiende cumplida respecto de todos.

La indivisibilidad también depende de la naturaleza misma de la prestación, así son indivisibles:

b.1) La de dar derechos indivisibles (*dare ius*), v.gr. servidumbres.

b.2) La de hacer una cosa (*opus facere*) porque conduce a un resultado material externo, v.gr. esculpir una estatua.

b.3) La de no hacer (*non facere*), supuesto que la abstención sólo puede ser cumplida por todos.

b.4) La de entregar una cosa (*factum tradendi*) sin constituir dominio por ser una prestación de *facere*.

En atención a si la prestación es divisible o indivisible, se acostumbra clasificar a las obligaciones en "obligaciones divisibles" y "obligaciones indivisibles".

4. PRESTACIONES “CUMULATIVAS”

La prestación es "cumulativa" en aquellos casos en los cuales existen varios deudores y cada uno de ellos debe la totalidad de la prestación, pero el cumplimiento por parte de uno de ellos no extingue la obligación respecto de los demás, de tal manera que el acreedor puede exigir el total de la prestación a todos ellos, y obtendrá tantos pagos, cuantos deudores haya.

Ejemplo típico de esta situación era en época clásica el de los varios autores de un mismo delito, pues cada uno de ellos debía el total de la pena a la víctima. V.gr. Julio, Cayo y Paulo hurtan una mesa de plata a Tiberio, la pena del hurto es el duplo del valor de la mesa de plata, por ejemplo 1.000 sestercios, de tal manera que cada uno de ellos está obligado al total de la pena, y Tiberio, en consecuencia, obtendrá 3.000 sestercios.

Si la prestación es "cumulativa", se suele hablar de "obligaciones cumulativas".

5. PRESTACIONES ALTERNATIVAS

Se dice que una obligación es "obligación alternativa" si tiene como objeto dos o más prestaciones debidas alternativamente entre sí, de tal manera que existe una sola obligación, pero con sólo una de ellas se cumple el pago, y cumplida ya no se deben las demás, por lo que se extingue la obligación. Ejemplo: Cayo debe dar el esclavo Sthicus o 1.000 sestercios.

Debiéndose una prestación alternativa interesa precisar quién debe elegir con cuál de las alternativamente debidas se cumple la obligación:

1) Si nada se ha fijado en la causa constitutiva de la obligación, la elección pertenece al deudor, y esta elección del deudor se transmite siempre a sus herederos.

2) La elección pertenece al acreedor sólo cuando así se ha señalado en la causa constitutiva de la obligación, por ejemplo en la estipulación, o en la venta.

3) Si la elección ha sido confiada a un tercero, no existe alternativa, sino una obligación sujeta a condición, es decir, al evento futuro e incierto de deberse cierta cosa desde el momento en que el tercero elija, pues antes de la elección no hay deuda, y después de ella no hay alternativa.

Si una de las cosas alternativamente debidas perece, la obligación se concentra en las que subsisten, v.gr. si se debía el esclavo Pánfilo, o la vaca Flavia, o 1.000 sesteracios, y muere la vaca Flavia, la alternatividad se mantiene respecto del esclavo Pánfilo o los 1.000 sesteracios y no se extingue la obligación.

6. PRESTACIONES DE GÉNERO O DE CUERPO CIERTO

a) **Prestación genérica o de género:** es aquella que recae sobre cosas que han sido designadas por la clase o género (*genus*) al que pertenecen, y por su peso o medida, y eventualmente por su calidad, v.gr. diez buenos esclavos.

Si la prestación consiste en un género no limitado, el deudor cumple pagando con cualquiera en tanto reúna las calidades prefijadas, por lo tanto la elección de aquella con la que va a pagar le pertenece.

En una primera época si no se había prefijado la calidad de la cosa debida genéricamente, el deudor podía elegir cualquier especie del género libremente, pero desde Septimio Severo no podía elegir la peor aunque no quedaba obligado a escoger la óptima, de tal manera que podía cumplir con una cosa de una calidad al menos mediana.

Como en las obligaciones con una prestación de género ilimitado no se deben cosas específicas, el riesgo de la pérdida de las cosas pertenece al deudor, de allí que los comentaristas formularan el dicho *genera non pereunt* (El género no perece), v.gr. si Paulo se obligó a pagar un esclavo pensando que podía pagar con alguno de los cinco que poseía, y todos ellos murieron en un incendio, continúa obligado al pago del esclavo.

Por el contrario si se trata de un género limitado la pérdida fortuita de todas las especies que pertenecen a él, extingue la obligación, v.gr. Paulo se obligó a dar a Julio cien esclavos de los que tenía a elección de Cayo, y en un incendio perecen los cien esclavos. Se ve aquí, que este género de obligación se asimila a aquellas que tienen prestación alternativa.

b) **Prestación específica o de cuerpo cierto:** es aquella que tiene por objeto una cosa determinada por sus características propias y particulares (*species*), v.gr. Paulo se obliga a dar la vaca Flavia.

En las obligaciones que tienen por objeto una prestación de cuerpo cierto el deudor cumple únicamente pagando con la especie debida, y si la cosa específica perece por caso fortuito se extingue la obligación, a menos que el deudor hubiera estado en mora de pagar.

Dependiendo de si la prestación es genérica o específica, se acostumbra hablar de "obligaciones de género o genéricas" y de "obligaciones de especie o cuerpo cierto".

7. PRESTACIONES CON FACULTAD

En ciertos casos el deudor de una prestación única puede estar facultado para que unilateralmente cumpla con una prestación distinta a la prevista en la obligación, sin que el acreedor pueda negarse a aceptar la prestación distinta que ofrece el deudor.

La prestación facultativa no pertenece a la obligación y, por lo tanto, el acreedor no puede exigirla al deudor, y sólo puede reclamar la prestación que fue objeto de la obligación acordada.

Así pues, se puede decir que en estos casos hay una sola cosa en la obligación, pero múltiples en el pago, a diferencia de aquellas obligaciones con prestación alternativa, en las que hay múltiples cosas en la obligación, pero sólo una en el pago.

Ejemplo: Paulo estipula dar el Esclavo Pánfilo, pero se le faculta a cumplir con la vaca Flavia; Paulo dueño del esclavo Hermodoro que cometió un delito debe pagar la pena pero está facultado para entregarlo en noxa.

Si se extingue la cosa debida fortuitamente se extingue la obligación, aunque sobreviva aquella con la cual estaba facultado a pagar, supuesto que la prestación facultativa no pertenecía a la obligación.

Se acostumbra decir que las obligaciones con prestación facultativa son "obligaciones facultativas".

8. PRESTACIONES SIN ACTIO

Toda obligación exige la presencia de una *actio in personam* para reclamar la prestación o *debitum*, pero era posible que existiera un *debitum* que no pudiera cobrarse mediante acciones, aunque admitía ser pagado, generando otros efectos propios de las obligaciones.

Un *debitum* desprovisto de acción se presentaba en época clásica cuando él era "contraído" por una persona sometida a potestad, es decir, un esclavo, un hijo no emancipado, o una mujer casada *cum manu*, pues conforme al *ius civile* por tratarse de un esclavo o de un *alieni iuris* no puede él constituirse en deudor, ni menos puede hacer deudor a su amo o *pater familias*, pero no podía negarse que efectivamente existía un *debitum*, sólo que el tercero que se había constituido en acreedor no podía exigir mediante una acción su cumplimiento.

Este *debitum* desprovisto de acción fue llamado por el jurista Javoleno "deuda natural", y por juristas posteriores simplemente *obligatio naturalis*, en oposición a la *obligatio civilis*, que sí estaba dotada de acción.

Estas obligaciones naturales admitían:

- 1) Ser pagadas voluntariamente, sin que el deudor que las hubiera pagado pudiera repetir el pago como indebido mediante la *condictio indebiti*.
- 2) Ser novadas.
- 3) Ser compensadas.
- 4) Ser garantizadas en su cumplimiento por terceros a través de fianzas o prendas.
- 5) Ser computadas para el cálculo del peculio del esclavo o del hijo sometido a potestad.

Al parecer en la última época clásica se tendió a asimilar a estas obligaciones naturales, otros casos en los cuales no podía repetirse lo pagado voluntariamente, ni podía exigirse mediante una acción, tales eran:

- 1) Las obligaciones contraídas por el pupilo sin la *auctoritas tutoris*.
- 2) Las extintas por *capitis deminutio*.
- 3) Las extintas por *litis contestatio*.

Finalmente, en época post-clásica el concepto de obligación natural fue ampliado hasta comprender una serie de otros deberes de diversa naturaleza, tales como:

- 1) El deber de constituir dote para la hija.
- 2) El deber de los libertos de prestar ciertos servicios a su patrono.
- 3) El deber de gratitud del donatario para con el donante.

¶ 3. FUENTES O CAUSAS DE LAS OBLIGACIONES

En el derecho romano clásico una obligación existía en la medida en que había una acción personal civil o pretoria, de tal manera, que alguien solamente se consideraba que estaba obligado si había una acción en su contra, en razón de lo cual se puede decir que ellas son las "causas o fuentes" de las obligaciones.

Debido a la importancia de la acción los juristas romanos clásicos no elaboraron una explicación o un sistema general de las "causas" o "fuentes" de las obligaciones, pues sólo conocieron y concibieron una serie de acciones obligacionales.

Así pues, los juristas no determinaban los "hechos" o "actos" que producían el efecto de generar una obligación (causa o fuente), sino simplemente estudiaban las acciones.

Sin perjuicio de lo anterior, Gayo formuló dos sistemas distintos de "causas" o "fuentes" de las obligaciones, y él influyó en un sistema que adoptaron las *Instituciones* de Justiniano, que ha tenido mucha fortuna en el derecho occidental hasta nuestros días.

¶ 3.1. FUENTES O CAUSAS DE LAS OBLIGACIONES EN GAYO

Gayo formuló dos sistemas de fuentes de las obligaciones, a saber, uno en sus *Institutiones* y otro en sus *Res cottidianae sive aureorum*.

a) **Sistema de fuentes en las *Institutiones***: en esta obra Gayo simplemente adopta una dicotomía, pues señala que toda obligación o nace de un contrato o nace de un delito. De este modo, las obligaciones pueden nacer:

- 1.- *Ex contractu* (De un contrato).
- 2.- *Ex delicto* (De un delito).

1.- *Obligaciones ex contractu*: señalaba Gayo que había cuatro géneros de obligaciones que nacían de un contrato, a saber:

- i) Las que se contraen por una cosa *re* (Mutuo y pago de lo no debido).
- ii) Las que se contraen por palabras *verbis* (*Stipulatio* y *dotis dictio*).
- iii) Las que se contraen por escrito *litteris* (*Transcriptio nominis*, *chirographa* y *syngrapha*).
- iv) Las que se contraen por el consentimiento *consensu* (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato).

2.- *Obligaciones ex delicto*: las obligaciones que nacen de un delito son las de:

- i) *Furtum* (Hurto).
- ii) *Rapina* (Robo).
- iii) *Iniuria*.

Es decir, sólo menciona los delitos civiles, y no los pretorios.

b) **Sistema de fuentes en las *Res cottidianae sive aureorum***: aquí parece solucionar el problema de una serie de actos que no aparecían incluidos en su clasificación anterior, pues adopta una tricotomía de causas, ya que señala que las obligaciones nacen o de un contrato (*ex contractu*); o de un maleficio (*ex maleficio*); o de varias figuras de causas (*ex variis causarum figuris*).

1) *Obligaciones ex contractu*: ahora sólo señala que las puede haber *re*, *verbis* y *consensus*, pues las *litteris* han desaparecido:

- i) *Re*: mutuo, comodato, depósito y prenda.
- ii) *Verbis*: *stipulatio*.
- iii) *Consensus*: (No se conserva la parte de su obra referida a ellas).

2) *Obligaciones ex maleficio*: es decir, nacidas de un delito, siguen siendo el *furtum*, *rapina*, e *iniuria*.

3) *Variae causarum figurae*: tales varias figuras de causas podían ser algunas que nacían "como de un contrato" (*quasi ex contractu*) o "como de un delito" (*quasi ex maleficio*). Tales eran:

a) *Quasi ex contractu*:

- i) Gestión de negocios sin mandato de la que nace la *actio negotiorum gestorum*.
- ii) Las obligaciones nacidas de la *actio tutelae*.
- iii) El pago de lo no debido.
- iv) El heredero que debe pagar un legado.

b) *Quasi ex delicto*:

- i) La del juez que hace suya la litis.
- ii) La emanada de la *actio de positis vel suspensis*.

¶ 3.2. SISTEMA DE FUENTES EN LAS *INSTITUTIONES* DE JUSTINIANO

Justiniano, sobre la base de las ideas de Gayo, elaboró una tetrapartición de las fuentes, a las que llamaba "modos de contraer una obligación". Tales eran i) las que nacían de un contrato, ii) las que nacían "como de un contrato", iii) las que nacían de un maleficio y; iv) las que nacían "como de un maleficio".

1.- *Ex contractu*: señalaba que había cuatro géneros de obligaciones que nacían de un contrato, a saber:

- i) *Re*: Mutuo, comodato, depósito y prenda.
- ii) *Verbis*: *Stipulatio*.
- iii) *Litteris*: *Transcriptio nominis*.
- iv) *Consensu*: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato.

2.- *Quasi ex contractu*: menciona una más que Gayo:

- i) Gestión de negocios sin mandato de la que nace la *actio negotiorum gestorum*.
- ii) Las obligaciones nacidas de la *actio tutelae*.
- iii) El pago de lo no debido.
- iv) El heredero que debe pagar un legado.
- v) Comunidad sin sociedad.

3) *Ex delicto*: trata igualmente el hurto, la rapiña, la injuria y el daño.

4) *Quasi ex delicto*: simplemente transcribe los textos de Gayo.

Solamente en época del derecho común bajomedioeval se hablará de obligaciones que nacen: 1) del contrato; ii) del "cuasicontrato"; iii) del delito y; iv) del "cuasidelito". También sólo en dicha época se hablará de contratos "reales", "verbales", "literales" y "consensuales". También en dicha época se

incorporará como fuente a la ley, y así se hablará de "obligaciones legales", tales como las de dar alimentos.

¶ 3.3. CUADRO CLÁSICO DE LAS FUENTES

Sobre la base del estudio del orden que en el *Edicto* del pretor tenían las acciones referidas a obligaciones se formula hoy día una enumeración de las causas o fuentes de las obligaciones en época clásica, aunque nunca fue enunciada como sistema por los juristas.

Tal enumeración de figuras causales de obligaciones, fundadas en las acciones, es el siguiente:

- 1) Daciones y entregas que obligan a restituir.
- 2) Estipulaciones.
- 3) Contratos y relaciones contractuales de buena fe.
- 4) Obligaciones y acciones penales.

1) **Daciones y entregas que obligan a restituir:** podían agruparse básicamente en dos grupos, a saber, i) las daciones civiles que obligan a restituir y; ii) las entregas que obligan a restituir por derecho pretorio.

i) Las daciones civiles que obligan a restituir, o "préstamos civiles" comprendían las siguientes figuras causales:

- 1) *Mutui datio* (Mutuo).
- 2) *Datio ob rem*.
- 3) *Constitutum*.
- 4) *Receptum argentarii*.

ii) Las entregas que obligan a restituir por derecho pretorio agrupaban a las siguientes figuras causales de obligación:

- 1) Comodato.
- 2) Precario.
- 3) *Pignus* y *Pignus conventus*.

2) **Estipulaciones:** ellas podían ser:

- 2.1) Estipulaciones simples.
- 2.2) Estipulaciones con modalidades.
- 2.3) Estipulación novatoria y delegación.
- 2.4) Estipulaciones solidarias.
- 2.5) Estipulaciones accesorias (*Adstipulatio* y fianza).
- 2.6) Expensilato.

3) *Contratos y relaciones contractuales de buena fe*: tales eran:

- 3.1) *Fiducia*.
- 3.2) Depósito.
- 3.3) Compraventa.
- 3.4) Arrendamiento.
- 3.5) Sociedad.
- 3.6) Mandato.
- 3.7) Gestión de negocios.
- 3.8) *Procuratio*.
- 3.9) Tutela.
- 3.10) *Actio quod iussum*.
- 3.11) *Actio de peculio*.
- 3.12) *Actio tributaria*.
- 3.13) *Actio exercitoria*.
- 3.14) *Actio institoria*.

4) *Obligaciones y acciones penales*: podían agruparse en dos series, a saber, i) los delitos civiles y pretorios afines y; ii) los delitos pretorios autónomos.

i) Delitos civiles y pretorios afines: tales eran los siguientes:

- 1) *Furtum*.
- 2) *Damnum iniuria datum*.
- 3) *Iniuria*.

ii) Delitos pretorios autónomos: ellos eran los que siguen:

- 1) *Quod metus causa factum erit*.
- 2) Dolo malo.
- 3) Delitos pretorios semejantes al dolo.

¶. 4. CESIÓN DE LAS PRESTACIONES

En el derecho romano clásico, supuesto que la obligación era entendida como una relación entre personas determinadas, no podían ser transferidas a terceros por el acreedor o por el deudor, sin embargo, sí era susceptible de transferencia la prestación o *debitum*, pues éste se concebía como una entidad objetiva, de tal manera, los juristas idearon algunas formas jurídicas apropiadas para producir su transferencia, tanto del acreedor a un nuevo acreedor, cuando del deudor a un nuevo deudor.

Podían producir este efecto de transferir el *debitum* los siguientes actos o instrumentos:

- i) La novación.
- ii) La *adstipulatio*, la fianza, y el *constitutum*.
- iii) El *procurator* y el *cognitor in rem suam*.

i) **La Novación para transferir un *debitum***: la novación podía cumplir la función de transferir el *debitum*, tanto respecto del acreedor, cuanto del deudor.

El deudor podía estipular en favor de un tercero lo que debía a su acreedor, de modo tal que ahora el tercero se convertía en su acreedor, extinguiéndose la primera obligación y naciendo una nueva que la substituía, por ello no había verdadera cesión de la obligación, sino una simple cesión de *debitum*, ya que éste continuaba siendo el mismo y sólo se había trasladado de obligación.

Asimismo, un tercero podía estipular en favor del acreedor lo que le era debido por su deudor, de modo tal, que ahora el tercero se convertía en su deudor y, al igual que en el caso anterior, la novación extinguía la primitiva obligación y hacía surgir una nueva que tenía como contenido la misma prestación de la antigua, pero era una nueva obligación.

La novación como acto utilizado en función de ceder el débito generaba el inconveniente de que con ella se extinguían las garantías constituidas como seguridad de la primera obligación, y requería además la presencia y concurso del deudor en la novación activa y del acreedor en la novación pasiva.

ii) ***Adstipulatio*, fianza y *constitutum***: la utilización de estas figuras estipulatorias con la finalidad de ceder una prestación requería necesariamente la voluntad y concurso de un tercero respecto de las dos partes interesadas en ceder.

En efecto, en la *adstipulatio* y en las fianzas el estipulante y el adstipulante acuerdan que este último reciba el pago debido sin obligación de regresarlo, y en la fianza el deudor principal acordaba con el fiador que este último pagara la deuda sin que luego pudiera pedir el reembolso.

Finalmente en el *constitutum debiti alieni* el deudor acordaba con el acreedor que aceptara al constituyente como deudor agregado.

iii) ***Procurator* y *Cognitor in rem suam***: para obviar la presencia de terceros los juristas crearon una operación especial que permitía ceder el crédito o el débito en su caso.

Para ceder el crédito el acreedor constituía un *procurator* o un *cognitor* encomendándole que cobrara el crédito renunciando expresamente a la *actio mandati directa* para pedirle cuentas de la gestión realizada y recibir lo que hubiera percibido. Para ceder el débito el deudor constituía también un mandatario para que pagara por él, y este mandatario renunciaba a entablar en su contra la *actio mandati contraria* para exigirle el reembolso de lo pagado.

Por la existencia de la citada renuncia se trataba de un "mandatario en cosa propia", es decir, un *procurator* o un *cognitor in rem suam*.

Esta operación aun generaba el inconveniente de sólo constituir al cesionario en una posición autónoma respecto del cedente una vez que se hubiera producido la *litis contestatio* recaída en la acción entablada por el cesionario contra el deudor, además la muerte de uno u otro ponía término al mandato y por ello también ponía término a la cesión.

Para fortalecer la posición autónoma del cesionario desde época de Antonino Pío se adoptaron diversas medidas que tendían a desvincularlo del cedente:

a) A ciertos cesionarios se les permitió reclamar el crédito cedido mediante acciones útiles y no como *procurator* o *cognitor*.

b) La muerte del cedente o cesionario no afectaba la validez de la cesión que se había realizado a título oneroso.

c) Desde que el cesionario notificaba la cesión al deudor cedido (*denuntiatio*) este no podía pagar al acreedor que había cedido el crédito.

¶ 5. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

El cumplimiento de una obligación es un hecho que consiste en la íntegra, efectiva y oportuna realización de la prestación o *debitum*, objeto de la obligación.

Por consistir toda prestación en un cierto "hacer" genérico se hablaba en términos generales de "satisfacer una obligación" al hecho de su cumplimiento, y como el efecto de satisfacer una obligación era disolver la relación que ligaba a acreedor y deudor los juristas solían hablar de *solutio*, y como además liberaba al deudor de la prestación, también hablaban de *liberatio*.

El cumplimiento efectivo de una obligación mediante la realización de la prestación correspondiente adquiere caracteres propios dependiendo de la naturaleza de la prestación. En efecto, el cumplimiento de las obligaciones con prestación de *dare* se realiza mediante la constitución del dominio o de un derecho real, empleándose específicamente la voz *solutio* (pago) para referirse a ella; y el cumplimiento de obligaciones de *facere* se realiza mediante su *satisfactio*.

¶ 5.1. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CON PRESTACIÓN DE *DARE SOLUTIO-PAGO*

En época clásica el cumplimiento de las obligaciones con prestación de *dare* se verificaba mediante su *solutio* o pago, es decir, mediante cualquier acto formal o real que consistiera en una *datio* y, por lo tanto, constituyera el dominio o un derecho real.

De este modo podían presentarse las siguientes situaciones:

i) Si la prestación es de *dare* y consiste en constituir el dominio en el acreedor, su cumplimiento se realiza dependiendo de la naturaleza de la cosa objeto de la prestación, de tal manera que si es *mancipi* requerirá la realización de un acto formal de adquisición dominical (v.gr. *mancipatio*), y si es una *res nec mancipi*, normalmente mediante *traditio*.

ii) Si la prestación consiste en un pago de dinero, ella se realiza mediante su *datio* que se denomina *numeratio*.

Si se paga con dinero ajeno, ignorándolo su dueño o contradiciéndolo, el deudor no cumple con su prestación y, por ello no se libera de la obligación, pero si el dinero se confunde con dineros del acreedor no se le puede exigir el pago porque ha operado la *numeratio*.

iii) Si la prestación consistía en la constitución de una servidumbre o un usufructo su cumplimiento se verificaba por la realización del acto apropiado a la constitución sobre la cosa ejecutado por el deudor (v.gr. *in iure cessio servitutis*).

En todos estos casos ha existido un acuerdo previo entre acreedor y deudor en orden a pagar y a recibir el pago, acuerdo que constituye la causa del acto de transferencia, y que siempre es por causa de pago, esto es, *solutionis causa*.

Producto del pago el acreedor se convierte en dueño de la cosa pagada y, en consecuencia, en su poseedor civil *pro soluto*, y si el deudor que ha pagado no era dueño sólo se convierte en poseedor civil, por lo cual el deudor no ha cumplido efectivamente la prestación y no se ha liberado de ella, supuesto que no ha dado, pero si luego el acreedor pagado llega a adquirir el dominio de la cosa pagada mediante la *usucapio pro soluto*, entonces se ha cumplido la *datio*, liberándose el deudor.

Si se constituye un derecho real sobre una cosa que no pertenecía al deudor, éste no se libera de la obligación y el acreedor nada obtiene, porque tal acto es nulo, aunque en época post-clásica se decía que el acreedor había obtenido la *quasi possessio* del derecho real y, en consecuencia, podía adquirirla por la *longi temporis praescriptio*.

Si se debía una cosa indivisible a varios acreedores, ella debía ser dada por cuotas (*pro indiviso*) y si era divisible *pro partes*.

La *solutio* producía como efecto jurídico la liberación del deudor, y si la obligación era civil tal efecto operaba *ipso iure*, y si era de origen pretorio también operaba automáticamente, aunque no se decía técnicamente *ipso iure*.

Si no existía obligación (civil o natural) la *solutio* lógicamente no podía producir efecto liberatorio, porque se había tratado de una *solutio indebitum* (pago de lo no debido) y quien había pagado podía repetir la cosa o el derecho real mediante la *condictio indebiti*.

1. ¿QUIÉN PUEDE PAGAR ?

i) El principio básico en relación a quién puede pagar era el siguiente: el naturalmente legitimado para hacerlo es el deudor y sus herederos en proporción a sus cuotas en el haber hereditario.

El deudor puede pagar personalmente o por medio de mandatario, siempre que éste actúe a nombre del mandante.

ii) Puede también pagar cualquier tercero, tanto contando con la voluntad del deudor, cuanto en contra de ella, y en ambos casos se produce la liberación del deudor.

Para que se produzca, en ambos casos, la liberación del deudor es imprescindible que el tercero pague al acreedor en nombre del deudor y no en nombre propio, pues si lo hacía en su propio nombre habría incurrido en error y habría pagado lo no debido (*solutio indebitum*) y, por ende, podría ejercitar la *condictio indebiti* para repetir lo pagado por error.

Este tercero que ha pagado en nombre del deudor, con su voluntad o contra ella, actúa como agente oficioso suyo y, en consecuencia, puede ejercitar en su contra la *actio negotiorum gestio* para reembolsarse de lo pagado.

iii) Delegación para pagar (*Delegatio solvendi*): el deudor, llamado delegante, podía conferir *iussum* a otra persona, llamada delegado, para que pagara a un tercero, llamado delegatario que, necesariamente debía ser acreedor del delegante.

Cuando el delegado pagaba al delegatario se consideraba pagada la deuda que el delegante tenía para con el delegatario y, en consecuencia, se liberaba de la obligación como si él mismo hubiera efectuado el pago, de modo tal que en este caso la dación siempre era *solvendi causa*.

Podía ocurrir que el delegado, a su vez, fuera deudor del delegante, de modo tal que con su *datio* al delegatario también se liberaba de la obligación que había tenido para con el delegante. V.gr. Ticio debía 5.000 sestercios a Mevio, y Sempronio debía 5.000 sestercios a Ticio. Ticio (delegante) confiere *iussum* ("autorización") a Sempronio (delegado) para que pague los 5.000 sestercios a Mevio (delegatario). Producida la *datio* de los 5.000 sestercios por parte de Sempronio a Ticio, se extingue no sólo la obligación de Ticio para con Mevio, sino también la de Sempronio para con Ticio.

Fue el jurista Celso quien explicó por qué se producía la extinción de dos obligaciones por un acto único de *solutio*, al considerar que hubo idealmente dos daciones: del delegado al delegante, y del delegante al delegatario.

Si el delegado no era deudor del delegante, la delegación podía envolver simplemente una liberalidad, v.gr. una donación que el delegado quería realizar en favor del delegante al pagar una deuda suya, en cuyo caso no podía exigir el reembolso de lo pagado al delegante. Pero también podía envolver una nueva deuda que ahora asumía el delegante para con el delegado y que se creaba como

consecuencia del pago que realizaba el delegado al delegatario, de tal manera que sí podía exigirle el reembolso.

2. ¿QUIÉN PUEDE EXIGIR Y RECIBIR EL PAGO?

i) El principio básico es que puede exigir y recibir el pago el acreedor y sus herederos proporcionalmente a sus cuotas en la herencia, liberando de este modo al deudor.

El acreedor puede recibir legítimamente el pago, liberando al deudor, personalmente o a través de un mandatario a quien especialmente se le encomendó que cobrara la deuda, o el mandatario a quien se había confiado la administración general de todos los negocios, entendiendo los juristas clásicos que el *procurator* del acreedor tenía siempre la facultad de exigir y recibir el pago de la deuda.

ii) Podía también recibir legítimamente el pago el tercero a quien el acreedor mandó (*iussum*) al deudor que realizara el pago.

iii) En una *stipulatio* sólo puede recibir el pago, no exigirlo ni novar la obligación, el *adiectus solutionis causa*.

iv) El *adstipulator*, tanto para exigir cuanto para recibir el pago, y goza de todas las facultades de un acreedor.

El pago hecho a una persona distinta de las anteriores, si se había realizado por error constituía una *solutio indebitum* y, por lo tanto, quien pagaba podía repetir lo pagado mediante la *condictio indebiti*.

3. ¿QUÉ DEBE PAGARSE?

Naturalmente el objeto de la *solutio* había de ser coincidente con el de la prestación de dar debida, de tal manera, tenía que recaer sobre la cosa objeto de la *datio* o el derecho real del cual se trataba, pues de lo contrario el deudor no resultaba liberado de la obligación.

Como la prestación consistía en una *datio* (*rem* o *ius*) el deudor que pagaba debía ser dueño de la cosa, pues si el acreedor que recibía el pago sufría la evicción de la cosa pagada, no se producía la liberación, supuesto que no había existido *datio*.

El objeto del pago debía ser íntegro, pues el acreedor no estaba obligado a recibir un pago parcial o incompleto, de tal manera que si rechazaba uno ofrecido así no incurría en mora de recibir.

4. ¿CÓMO HA DE IMPUTARSE EL PAGO?

Si entre el deudor tiene para con el acreedor diversas obligaciones con prestaciones que recaían sobre objetos similares (v.gr. varias deudas de dinero) una vez que verifica un pago se plantea

la cuestión de determinar a cuál de todas las obligaciones debe imputarse el pago realizado. Una situación semejante podía plantearse si la deuda generaba intereses, pues había la cuestión de determinar si el pago se imputaba al capital o a los intereses.

Los principios que regían la imputación del pago eran los siguientes:

i) El deudor que pagaba podía declarar en el momento del pago a cuál de todas sus deudas habría de imputarse el pago, sin que pudiera hacerlo después.

ii) Si el deudor nada declara en el momento del pago en orden a la imputación, podía el acreedor hacer la imputación en el momento de la *solutio* y no después.

iii) Si las partes nada habían declarado en orden a la imputación del pago, los juristas daban las siguientes reglas:

a) El pago debe imputarse a la deuda actualmente exigible, y no a aquellas cuya exigibilidad aun pendiera, como si hubiera obligaciones a plazo o condicionales.

b) Entre varias deudas actualmente exigibles, la imputación se verificaba desde la más gravosa y continuaba en orden decreciente con las demás.

c) Si todas eran igualmente gravosas, la imputación se hacía proporcionalmente a todas ellas.

d) En todo caso lo pagado se imputaba primero al pago de intereses y luego al pago del capital.

5. ¿CUÁNDO DEBE PAGARSE?

En primer término el pago de la obligación sólo puede ser demandado por el acreedor desde el momento en que la obligación se vuelve exigible, es decir, desde que se cumplió el plazo fijado, o se verificó la condición.

En toda obligación, aun cuando no se hubiera fijado un plazo para verificar su pago, se entendía comprendido el que era necesario objetivamente para poder verificar su cumplimiento. V.gr. si Cayo estipula en Roma dar cien modios de trigo a Julio en Brindisi, se sobreentiende el plazo necesario para trasladar el trigo desde Roma a Brindisi.

Naturalmente, el deudor debe realizar el pago también desde el momento en el cual la obligación se tornó exigible, pero además podía prestarlo aun antes de vencido el término, pues el plazo se entiende concedido en beneficio del deudor, y como tal beneficio puede ser renunciado.

6. ¿DÓNDE DEBE PAGARSE?

Los principios que regían la determinación del lugar en el cual había de verificarse el pago eran los siguientes:

- i) En el lugar donde había sido convenido por acreedor y deudor.
- ii) Si nada se había acordado y la obligación tenía por objeto una prestación de género ella debía ejecutarse en el lugar del domicilio del deudor.
- iii) Si nada se había acordado y la obligación era de especie o cuerpo cierto el pago debía verificarse en el lugar en el que la especie se encontraba, a menos que el deudor dolosamente la hubiera cambiado de situación, en cuyo caso debía pagar donde fuera demandada.

Eventualmente se podía reclamar el pago en un lugar diverso al acordado mediante la *actio de eo quod certo loco*, con *intentio* cierta que permite al juez considerar las variaciones en la prestación derivadas del cambio de lugar.

7. *OBSIGNATIO Y DEPOSITIO DEL DINERO DEBIDO*

En ciertos casos el deudor podía colocar el dinero debido dentro de un recipiente debidamente sellado (*obsignatio*) y depositarlo (*depositio*) en un edificio público, generalmente en el tesoro de un templo, para que quedara a disposición del acreedor. Los casos en los que el deudor podía realizar esta *obsignatio* y *depositio* eran los siguientes:

- i) Cuando el deudor ofrecía en tiempo oportuno, íntegra y completamente el pago del dinero debido a su acreedor y éste se rehusaba a recibirlo, por lo cual incurría en mora de recibir.
- ii) Cuando al momento de recibir el pago el acreedor era un menor y no presentaba tutores para que recibieran por él.
- iii) Cuando el acreedor se encontraba ausente al tiempo de tener que realizarse el pago.
- iv) Cuando el mandatario del acreedor carecía de facultades para recibir el pago.
- v) Cuando no existía certeza respecto de la persona del acreedor, v.gr. cuando el acreedor había fallecido y no se sabía quiénes eran sus herederos.

Para la jurisprudencia clásica el efecto que producía esta *obsignatio* y *depositio* no era tratado como la simple liberación del deudor, sino que casuísticamente señalaba que eran los siguientes:

- i) La deuda dejaba de generar intereses (*usuras*).
- ii) El deudor podía exigir la devolución de las cosas que había entregado en prenda del cumplimiento de la obligación, y cesaba el derecho del acreedor a venderlas para pagarse en ellas.

iii) Cesaba para el deudor el riesgo del dinero debido.

iv) Si la *obsignatio* y *depositio* las había verificado el fiador podía ejercer las acciones de reembolso contra el deudor principal.

Desde tiempos de Diocleciano se reconocía claramente que el efecto de este acto era producir abiertamente la liberación del deudor, y el acreedor podía ejercer una *actio depositi utilis* para exigir al depositario que le entregara el dinero objeto de la *obsignatio* y *depositio*.

A este acto modernamente se le denomina “pago por consignación”.

8. DATIO IN SOLUTUM (DACIÓN EN PAGO)

Ya se ha dicho que el deudor sólo se liberaba si daba al acreedor la cosa o el derecho debido sobre ella, de tal manera, si ofrecía una distinta el acreedor libremente podía negarse a recibirla sin incurrir en mora de recibir, pero podía consentir voluntariamente en que se le diera una o varias cosas distintas a la debida, precisamente en substitución de ella (*aliud pro alio*), constituyendo entonces una *datio in solutum* ("Dación en pago").

El efecto de la *datio in solutum* (dación en pago) fue discutido por las dos escuelas de juristas romanos, pues para los proculeyanos la primera obligación subsistía y el deudor únicamente gozaba de una *exceptio doli* para oponer al acreedor que quisiera cobrarle el pago de lo originariamente debido, y para los sabinianos el deudor se liberaba *ipso iure* de su obligación. La opinión de los sabinianos fue la que prevaleció.

¶ 5.2. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE HACER

Al cumplimiento de una obligación con prestación de *facere* o *non facere* se le denomina específicamente *satisfactio* y, al igual que en el caso de las obligaciones con prestación de *dare*, el cumplimiento disuelve la relación que unía al acreedor con el deudor y libera a este último.

El cumplimiento de ellas se verifica mediante la realización íntegra, completa y oportuna del hecho debido, y mediante la exacta observancia de la abstención debida, rigiendo respecto de ambas los mismos principios generales que en el caso de las obligaciones con prestación de *dare* conforme a la naturaleza propia de ellas.

6. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

El incumplimiento de una obligación corresponde a la no realización de la prestación debida por parte del deudor al acreedor, y tal incumplimiento puede presentarse en los siguientes casos:

i) La prestación debida no es realizada en absoluto por el deudor. V.gr. Paulo no da el esclavo Pánfilo debido a Ticio.

ii) La prestación debida es realizada incompletamente o en forma defectuosa. V.gr. Paulo da el esclavo Pánfilo debido, pero con una enfermedad grave a Ticio.

iii) La prestación debida es realizada fuera del tiempo originariamente acordado. V.gr. Paulo da el esclavo Pánfilo a Ticio, pero no en las kalendas de mayo como se había acordado, sino en las kalendas de julio.

Conforme a los anterior el incumplimiento podía ser: i) Total; ii) Parcial; iii) Por inoportunidad.

El incumplimiento de las obligaciones da origen al problema de determinar la responsabilidad del deudor en razón de él, vale decir, en qué casos y en qué medida será condenado por el dicho incumplimiento cuando el acreedor ejerza en su contra la correspondiente acción personal para exigirle aquello a lo que se había obligado.

¶ 6.1. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN DERECHO CLÁSICO

La jurisprudencia clásica no elaboró una doctrina general sobre el incumplimiento de las obligaciones y, por ende, menos lo hizo respecto de la responsabilidad, sino que analizó concretamente los casos de responsabilidad a propósito de cada negocio y de cada situación.

6.1.1. INCUMPLIMIENTO TOTAL E INCUMPLIMIENTO PARCIAL

El incumplimiento total de una obligación se presenta cuando la prestación debida se vuelve absolutamente imposible de ser satisfecha en razón de cualquier causa. V.gr. si se debe dar el esclavo Hermodoro, y ello no es posible porque ha muerto.

El incumplimiento de una obligación puede deberse a un hecho del deudor o a un hecho ajeno a su voluntad, y dependiendo de ello será la responsabilidad que pueda serle exigida.

El principio general es que el deudor responde del incumplimiento total o parcial de la prestación de su obligación, sin embargo tal principio puede verse alterado en los siguientes casos:

i) *Vis maior - Casus*: si el incumplimiento total o parcial se debió a *vis maior* (fuerza mayor) o a un *casus* (acaso) el deudor quedaba liberado de su obligación, pues la concurrencia de la fuerza mayor o del acaso extinguía la obligación, y en consecuencia, quedaba eximido de toda responsabilidad. De tal manera que se podía decir que el riesgo de la fuerza mayor o del caso, en principio, era asumida por el acreedor.

Para los juristas romanos la *vis maior* o *casus (fortuitus)* agrupaban a una serie de eventos naturales o no que el deudor no podía resistir y en los cuales no había tomado parte alguna, v.gr. un incendio, un naufragio, una inundación, muerte natural de animales y esclavos.

A pesar de lo anterior, en ciertas ocasiones la existencia de *vis maior* o *casus* no incidía en el cumplimiento de la obligación y, en consecuencia, el deudor continuaba obligado, tales eran:

a) Cuando lo debido consistía en dar o entregar una suma de dinero, o cantidades fungibles, o cantidades no fungibles designadas genéricamente, supuesto que en todas estas situaciones lo debido no eran especies o cuerpos ciertos, sino cualesquiera que pertenecieran al género, por lo tanto se estimaba que el deudor siempre estaba obligado a pagar con otras del mismo género. V.gr. Si debía 1.000 sestercios; si debía diez modios de óptimo trigo; si debía diez esclavos. Todo ello porque en las obligaciones de género el peligro de las cosas debidas es del deudor, principio que los intérpretes formulaban con el adagio *genera non pereunt* (Los géneros no perecen).

b) Cuando el evento que abstractamente era una *vis maior* o *casus* se debía a un hecho o a la intervención culposa o dolosa del deudor, pues en tal caso dejaba de ser un evento independiente de su voluntad. V.gr. Si el incendio que producía la muerte del esclavo Pánfilo que se debía, había ocurrido porque el deudor negligentemente había dejado ardiendo una hoguera en la habitación del esclavo.

ii) **Responsabilidad por custodia:** el deudor que responde por *custodia* sólo se ve exonerado de su responsabilidad por el evento de *vis maior* o *casus*, de tal manera que no es necesario probarle que la cosa se perdió por un hecho suyo, por su dolo o por su culpa, pues la *custodia* es una cierta responsabilidad objetiva, sólo excluida por el evento de fuerza mayor o caso.

Respondían por custodia los siguientes deudores:

a) Aquellos que tenían cosas ajenas en beneficio propio: tales eran el comodatario; el pignoratario; el arrendatario; y el *inspector* que recibe en propio interés.

b) Aquellas personas que tenían cosas ajenas no en beneficio propio, pero que en cierto modo iban a obtener un beneficio de ellas, tales eran el lavadero, el sastre, los *nautae caupones stabularii*, y el almacenista por las cosas depositadas en sus almacenes.

c) El vendedor respecto de la cosa vendida en el tiempo intermedio entre la celebración del contrato y la entrega de la cosa vendida.

d) El deudor que tiene una cosa ajena o en parte ajena que debe devolver y que ha recibido previamente con la estimación anticipada y convenida de su valor.

iii) **Responsabilidad por *dolus* y *culpa*:** en los juicios de buena fe, debido precisamente a la cláusula *ex bona fide*, se debía valorar plenamente la actitud y comportamiento subjetivo del deudor en

relación con el cumplimiento de la obligación, por ello la jurisprudencia acabó por elaborar como medidas de la responsabilidad las nociones de *dolus* y *culpa*.

a) ***Dolus***: en términos generales el *dolus* era precisamente lo opuesto a buena fe, y suponía una voluntad o intención positiva dirigida a obtener un resultado y una acción acorde con dicha voluntad destinada a conseguir el dicho resultado, resultado que podía consistir en un perjuicio en las cosas, o en una frustración de las legítimas expectativas creadas en la contraparte, de modo tal que resultaba engañada.

El deudor responde siempre del *dolus* y no puede ser eximido de él anticipadamente por un pacto.

Como medida de la responsabilidad el *dolus* en las acciones de buena fe obliga siempre, de tal manera que cualquier resultado lesivo para el acreedor imputable a dolo del deudor debe ser incluido en la condena, es decir, debe el deudor indemnizar los perjuicios causados por su acción u omisión dolosa.

Si se puede imputar dolo al deudor la indemnización que debe dar comprende los perjuicios objetivamente directos e inmediatos derivados de su incumplimiento, tanto los previstos, cuanto los imprevistos.

b) ***Culpa***: la culpa impone una responsabilidad más agravada que la del dolo, pues en ella se responde por el descuido o negligencia en el cumplimiento de la obligación, es decir, no se requiere de una conducta voluntariamente querida, sino simplemente un actuar o no actuar no previendo un resultado dañino previsible como consecuencia de la acción u omisión.

En las acciones de buena fe el deudor debe responder de su culpa y la indemnización a que es condenado comprende sólo los perjuicios previsible, tanto los directos e inmediatos como aquellos que no revisten dichos caracteres.

6.1.2. INCUMPLIMIENTO POR FALTA DE OPORTUNIDAD (*MORA DEBITORIS*)

El incumplimiento de la obligación en cuanto al tiempo se presenta cuando el deudor realiza la prestación debida pero en una oportunidad posterior a aquella en la cual debió ejecutarla.

Se entiende que el deudor ha dejado de cumplir oportunamente su obligación sólo si ha sido constituido en mora *mora debitoris* (mora del deudor) o *mora solvendi* (mora de "pagar").

Para que el deudor se encuentre constituido en mora es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

i) Que la obligación sea exigible: para ello, a su vez, la obligación debía reunir las siguientes circunstancias:

i.i) Que fuera una obligación civil y no natural.
i.ii) Que no existiera una excepción que pudiera oponerle el demandado.
i.iii) Que si se trataba de una obligación sujeta a condición ella se hubiera cumplido o fallado en su caso.

i.iv) Que si se trataba de una obligación a plazo él se hubiera cumplido.

ii) Que el retraso del deudor en el cumplimiento le constituya en mora: el simple retraso en el cumplimiento del deudor no le constituye siempre en mora, pues hay que distinguir los siguientes casos:

ii.i) Si la obligación estaba sujeta a plazo, su sola llegada constituye al deudor en mora si es que no ofrece el pago.

ii.ii) Si la obligación no estaba sujeta a plazo, el deudor debe ser constituido en mora mediante una interpelación (*interpellatio*), es decir, desde el momento en que el acreedor le reclama el pago. Es una cuestión de hecho la forma en que se produzca la interpelación, de tal manera que ella podía ser por un simple requerimiento extrajudicial o mediante la *litis contestatio*.

ii.iii) Si la obligación era de restituir una cosa ajena porque derivaba de la comisión de un delito que consistía en la apropiación o sustracción de una cosa ajena, la mora empieza desde el momento de la comisión del delito, v.gr. el *furtum*.

El deudor es responsable de la mora sólo si su retardo moroso le es imputable a dolo o culpa, dependiendo de la causa de su obligación, así pues, por principio general no le es imputable si se debe a *vis maior* o *casus*.

La mora culpable del deudor produce los siguientes dos efectos:

i) En todo género de obligaciones la mora agrava la responsabilidad del deudor, de modo tal que le hace responsable del riesgo de la cosa no fungible o cuerpo cierto debido, en vez de que aquel fuera del acreedor, vale decir, es responsable de su pérdida por *vis maior* o *casus*, pues en vez de disminuir o extinguir su responsabilidad la mora perpetúa su obligación.

La única excepción aparentemente clásica a este principio, pareciera encontrarse en el depósito, supuesto que si durante la mora del deudor la cosa depositada pereció o se deterioró por *casus*, y si tal pérdida o deterioros se hubieran producido en manos del acreedor de haber sido cumplida oportunamente, se extingue la responsabilidad del depositario.

ii) En aquellas obligaciones cuya prestación era un *incertum*, v.gr. las *ex bona fide*, que no fueran las de dar dinero, se debían restituir o indemnizar los frutos separados con posterioridad a la mora, y si el *incertum* era dinero, la mora hacía que se debieran intereses que, por tal razón fueron denominados “intereses moratorios”.

El estado de mora del deudor acaba cuando éste ofrece el cumplimiento íntegro y completo de la obligación al acreedor, y cuando ella se extingue por alguna otra causa.

Si se trata de negocios que generan obligaciones para ambas partes, v.gr. compraventa, ninguno de los deudores se encuentra en mora respecto del otro si el otro no ha ofrecido el pago íntegro, completo y oportuno, de allí el dicho: "la mora purga la mora".

No sólo el deudor puede incurrir en mora, sino también el acreedor (*mora creditoris* o *mora accipiendi*). Tal situación se producía cuando el deudor ofrecía al acreedor el cumplimiento íntegro y completo de la prestación debida en los términos en que había sido acordada en la causa de la obligación, y el acreedor rehusaba aceptarlo o estuvo impedido de hacerlo.

La mora del acreedor no liberaba al deudor de su cumplimiento, pero sí producía los siguientes efectos:

i) La responsabilidad del deudor no moroso disminuye, pues sólo se le constituye en responsable del dolo si es que antes debía responder de culpa o si debía prestar custodia.

ii) Si la obligación era de género, y las especies que el deudor ofreció pagar perecen después del ofrecimiento de pago, se concede al deudor una excepción de dolo contra la posterior reclamación del acreedor.

iii) El deudor puede recurrir a la *obsignatio*.

iv) Según Ulpiano si el deudor consigna el capital se detiene el curso de los intereses moratorios, y según Marcelo ni siquiera era necesario que se produjera la *obsignatio* del capital. En el caso de los intereses convencionalmente estipulados, en todo caso se detienen.

v) El deudor puede exigir compensación por los gastos en que incurriera por concepto de conservación y mantenimiento de la cosa debida, experimentados por la mora del acreedor.

¶ 6.2. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN DERECHO JUSTINIANO

En el derecho romano post-clásico, a diferencia del de la época clásica, se desarrolló una tendencia a elaborar un modelo general relativo a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, cuyos dos aspectos principales fueron los siguientes:

i) Se tiende a concebir un modelo conforme al cual el deudor sólo fuera responsable del dolo, o del dolo y la culpa, y parece desaparecer la responsabilidad por custodia.

El criterio para determinar si el deudor responde únicamente del dolo, o además de la culpa se sitúa en considerar en favor de cuál de las partes se recibe el provecho o beneficio del acto (*utilitas*).

i.i) Si el negocio sólo cede en utilidad del deudor, éste responde del dolo y de la culpa. V.gr. el comodatario.

i.ii) Si el negocio sólo cede en utilidad del acreedor, el deudor responde únicamente del dolo. V. gr. el depositario.

i.iii) Si el negocio cede en utilidad de ambos, los dos responden del dolo y de la culpa. V. gr. compraventa, arrendamiento, sociedad, prenda, dote. Excepción a esta regla eran los negocios de gestión, en los cuales no obstante ceder en beneficio del acreedor, el deudor responde del dolo y de la culpa. V.gr. mandato, agencia oficiosa, y tutela.

ii) Por influencia griega se introdujo cierta graduación en la responsabilidad por culpa, pues se distinguía entre *culpa lata* y *culpa levis*.

ii.i) *Culpa lata*: era aquella concebida como una "extremada negligencia" y consistía en no entender lo que todos entendían, y por tal razón era equiparada al dolo.

ii.ii) *Culpa levis*: se entendía por tal aquella que consistía en contrariar la conducta que tendría un *pater familias* diligente, de tal manera que se comparaba la conducta del deudor con este patrón abstracto del padre de familia diligente, de allí que los intérpretes la llamaran *culpa levis in abstracto*.

En algunas ocasiones la culpa leve se comparaba no con la conducta de un diligente *pater familias* sino con la conducta que el deudor tenía respecto de sus negocios propios en concreto, de allí que los intérpretes la llamaran *culpa levis in concreto*.

La antigua responsabilidad por *custodia* se convierte en la falta de una *exactissima diligentia*.

Sólo en época del *ius commune* medioeval se realizó la tripartición de la culpa en *lata*, *levis*, y *levissima*.

¶ 7. CAUSAS DE "EXTINCIÓN" DE LAS OBLIGACIONES

El deudor naturalmente resultaba liberado de su obligación producto del cumplimiento de la prestación debida, pero además de él, podía liberarse por la concurrencia de otras causas.

7.1. ACCEPTILATIO

Es un modo de disolver las obligaciones nacidas de una *stipulatio* o de una *dotis dictio* que básicamente consiste en la realización del acto contrario a aquel por el cual se constituyó la obligación. Así pues, en ella el deudor pregunta al acreedor si tiene por cumplida la prestación debida, a cuya pregunta responde congruentemente el acreedor, de tal manera que concluido el acto se tiene por liberado el deudor *ipso iure*.

Como la *acceptilatio* es un acto legítimo no admite plazo ni condición, y si la obligación era solidaria la *acceptilatio* de uno de los codeudores afecta a todos, y el mandatario requiere facultad especial para realizarla.

El jurista Aquilio Galo, sobre la base de la *acceptilatio* y de la *novatio*, ideó un modo general de extinguir una serie de obligaciones entre dos personas, conocido con el nombre de *stipulatio aquiliana*, y que consistía en realizar una estipulación novatoria en virtud de la cual todas las obligaciones que existían entre un deudor y un acreedor se extinguían para ser substituidas por una sola otra, la que de inmediato era extinguida por *acceptilatio*.

7.2. SOLUTIO PER AES ET LIBRAM

En el derecho arcaico las obligaciones nacidas de un *nexum*, de un legado *per damnationem* ordenado en un testamento *per aes et libram*, y las declaradas mediante una *condemnatio* judicial podían ser extinguidas por un acto formal llamado *solutio per aes et libram*. Todas estas obligaciones tenían en común el que autorizaban para ejercer una *manus iniectio* sobre el deudor.

Consistía originariamente en un acto formal y solemne en el cual se entregaba el dinero debido mediante el ritual *per aes et libram*, es decir, en presencia de cinco testigos, del *libripens*, y del acto de pesar el bronce.

Con la aparición del dinero acuñado en época clásica este acto se mantuvo con el gesto simbólico de tocar con una sola moneda la balanza *nummo uno*, de tal manera que era solamente un acto ritual y solemne y ya no real.

7.3. PACTUM DE NON PETENDO

El *pactum de non petendo* (pacto de no pedir) consistía en el acuerdo informal entre deudor y acreedor en virtud del cual este último declaraba que no le exigiría la prestación debida al deudor durante cierto tiempo o en forma indefinida. En el caso del pacto de no pedir temporal, simplemente se trata de la concesión de un plazo, y en el segundo, es decir, en el pacto de no pedir perpetuamente, libera al deudor.

El *pactum de non petendo* produce efectos ordinariamente *ope exceptionis*, es decir, no libera *ipso iure* al deudor, sino a través de la *exceptio pacti conventi*. Las únicas excepciones a este principio general son las dos siguientes:

a) Si la obligación remitida por el pacto era la de pagar la pena derivada de la comisión de los delitos de *furtum* o *iniuria*, pues en esos casos opera *ipso iure*.

b) Las obligaciones nacidas de los contratos consensuales de buena fe.

El pacto de no pedir podía considerarse *in rem* o *in personam*, y dependiendo de ellos derivaba su extensión a terceros o no.

Si el acreedor sólo había pactado no pedir, se entendía que lo había hecho respecto de todos (*in rem*) y por lo tanto favorecía al heredero del deudor, al fiador, al codeudor solidario.

Si el acreedor había pactado no pedir a cierta persona solamente (*in personam*) la *exceptio pacti* sólo aprovechaba a dicha persona y no a otros.

7.4. TRANSACTIO

En época clásica la transacción no era un negocio autónomo e independiente, sino simplemente un *pactum* en virtud del cual ambas partes o sólo una de ellas renunciaba a la acción que estimaba le pertenecía, y en la atribución unilateral o recíproca de un derecho mediante una *datio* o *stipulatio*, todo ello para poner término a un estado jurídico dudoso o a una controversia incierta entre las partes que transigían.

7.5. CONTRARIUS CONSENSUS

Los contratos consensuales pueden ser dejados sin efecto mediante otro acuerdo consensual contrario a aquel que los había generado, de tal manera que las partes obligadas por él resultaban liberadas.

Para que proceda esta causa de liberación era imprescindible que las prestaciones debidas en razón del contrato consensual no hubieran sido cumplidas por ninguna de las partes, y su celebración les libera *ipso iure*.

7.6. COMPENSATIO

Es un modo de liberar obligaciones recíproco que opera en ciertos casos en los cuales dos personas son recíprocamente acreedoras y deudoras, de tal manera que la deuda menor puede ser imputada a la mayor y así se ven liberadas hasta su concurrencia.

La *compensatio* operan normalmente en los juicios de buena fe, supuesto que en ellos es imprescindible una relación obligacional recíproca de carácter consensual, siempre que:

- i) Las obligaciones emanen de una única y misma causa.
- ii) las obligaciones sean exigibles.

La *compensatio* no opera *ipso iure*, sino por obra del juez en su sentencia, pero él no está obligado a realizarla.

También la *compensatio* tenía lugar en las obligaciones recíprocas que existían entre un banquero y su cliente, siempre que se tratara de obligaciones propias del giro del banquero, pero ella sólo operaba cuando el banquero demandaba a su cliente.

En época post-clásica y en el derecho justiniano se podía compensar obligaciones procedentes de diferente causa, y se admitía su efecto *ipso iure*.

7.7. NOVATIO

Es una causa de liberación del deudor, operada normalmente como causa o modo de extinguir obligaciones, a través de una estipulación novatoria, en virtud de la cual la obligación que existía entre el deudor y acreedor es substituida por una nueva, que contiene algún elemento diverso a la primitivamente extinguida.

La *novatio* será estudiada a propósito de la estipulación novatoria.

7.8 IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO

La imposibilidad del cumplimiento de la prestación debida sólo libera al deudor que no se encuentra constituido en mora y cuando tal incumplimiento no le es imputable por culpa o dolo, es decir, cuando adviene por *vis maior* o *casus*.

En las obligaciones de *dare* o *reddere*, tal imposibilidad absoluta podía presentarse por la destrucción completa de la cosa objeto de la prestación siempre que recayera en un cuerpo cierto, por la pérdida del dominio sobre ella, o por su salida del comercio humano.

7.9. CONFUSIO

Es un modo de liberar de una obligación *ipso iure* cuando en una misma persona se reúnen la condición de acreedor y deudor de una misma obligación.

Esta confusión de calidades frecuentemente se produce por la sucesión del deudor o del acreedor deferida en favor de la contraparte de la misma obligación, o de ambos en favor de un tercero.

7.10. OTROS MODOS DE EXTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES

El deudor también se liberaba de su obligación en razón de alguna de las siguientes causas:

- i) Por resolución, es decir, por el efecto extintivo que produce el cumplimiento de la condición resolutoria o de un plazo resolutorio.
- ii) Por revocación, esto es, por un acto unilateral de una de las partes, v.gr. mandato.
- iii) Por *litis contestatio*.

iv) Por muerte o *capitis deminutio* del deudor.

II. APUNTES SOBRE "FUENTES" O CAUSAS DE LAS OBLIGACIONES

En derecho romano clásico una obligación existía sólo en cuanto había una acción personal civil o pretoria, de tal manera, que alguien solamente se consideraba que estaba obligado si había una acción en su contra, en razón de lo cual se puede decir que ellas son las "causas o fuentes" de las obligaciones.

Debido a la importancia de la acción los juristas romanos clásicos no elaboraron una explicación o un sistema general de las "causas" o "fuentes" de las obligaciones, pues sólo conocieron y concibieron una serie de acciones obligacionales.

Así pues, los juristas no determinaban los "hechos" o "actos" que producían el efecto de generar una obligación (causa o fuente), sino simplemente estudiaban las acciones.

Sin perjuicio de lo anterior, Gayo formuló dos sistemas distintos de "causas" o "fuentes" de las obligaciones, y él influyó en un sistema que adoptaron las *Institutiones* de Justiniano, que ha tenido mucha fortuna en el derecho occidental hasta nuestros días.

¶ 1. FUENTES O CAUSAS DE LAS OBLIGACIONES EN GAYO

Gayo formuló dos sistemas de fuentes de las obligaciones, a saber, uno en sus *Institutiones* y otro en sus *Res cottidianae sive aureorum*.

a) **Sistema de fuentes en las *Institutiones***: en esta obra Gayo simplemente adopta una dicotomía, pues señala que toda obligación o nace de un contrato o nace de un delito. De este modo, las obligaciones pueden nacer: 1.- *Ex contractu* (De un contrato). 2.- *Ex delicto* (De un delito).

1.- *Obligaciones ex contractu*: señalaba Gayo que había cuatro géneros de obligaciones que nacían de un contrato, a saber:

- i) Las que se contraen por una cosa *re* (Mutuo y pago de lo no debido).
- ii) Las que se contraen por palabras *verbis* (*Stipulatio* y *dotis dictio*).

- iii) Las que se contraen por escrito *litteris* (*Transcriptio nominis, chirographa* y *syngrapha*).
- iv) Las que se contraen por el consentimiento *consensu* (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato).

2.- *Obligaciones ex delicto*: expresa que las obligaciones que nacen de un delito son las de

- i) *Furtum* (Hurto).
- ii) *Rapina* (Robo).
- iii) *Iniuria*.

Es decir, sólo menciona los delitos civiles, y no los pretorios.

b) **Sistema de fuentes en las *Res cottidianae sive aureorum***: aquí parece solucionar el problema de una serie de actos que no aparecían incluidos en su clasificación anterior, pues adopta una tricotomía de causas, ya que señala que las obligaciones nacen o de un contrato (*ex contractu*); o de un maleficio (*ex maleficio*); o de varias figuras de causas (*ex variis causarum figuris*).

1) *Obligaciones ex contractu*: ahora sólo señala que las puede haber *re, verbis* y *consensus*, pues las *litteris*:

- i) *Re*: mutuo, comodato, depósito y prenda.
- ii) *Verbis*: *stipulatio*.
- iii) *Consensus*: (No se conserva la parte de su obra referida a ellas).

2) *Obligaciones ex maleficio*: es decir, nacidas de un delito, siguen siendo el *furtum, rapina, e iniuria*.

3) *Variae causarum figurae*: tales varias figuras de causas podían ser algunas que nacían “como de un contrato” (*quasi ex contractu*) o “como de un delito” (*quasi ex maleficio*). Tales eran:

- a) *Quasi ex contractu*:
 - i) Gestión de negocios sin mandato de la que nace la *actio negotiorum gestorum*.
 - ii) Las obligaciones nacidas de la *actio tutelae*.
 - iii) El pago de lo no debido.
 - iv) El heredero que debe pagar un legado.
- b) *Quasi ex delicto*:
 - i) La del juez que hace suya la litis.
 - ii) La emanada de la *actio de positis vel suspensis*.

¶ 2. SISTEMA DE FUENTES EN LAS *INSTITUTIONES* DE JUSTINIANO

Justiniano, sobre la base de las ideas de Gayo, elaboró una tetrapartición de las fuentes, a las que llamaba “modos de contraer una obligación”. Tales eran i) las que nacían de un contrato, ii) las

que nacían “como de un contrato”, iii) las que nacían de un maleficio y; iv) las que nacían “como de un maleficio”.

1.- *Ex contractu*: señalaba que había cuatro géneros de obligaciones que nacían de un contrato, a saber:

- i) *Re*: Mutuo, comodato, depósito y prenda.
- ii) *Verbis*: *Stipulatio*.
- iii) *Litteris*: *Transcriptio nominis*.
- iv) *Consensu*: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato.

2.- *Quasi ex contractu*: menciona una más que Gayo:

- i) Gestión de negocios sin mandato de la que nace la *actio negotiorum gestorum*.
- ii) Las obligaciones nacidas de la *actio tutelae*.
- iii) El pago de lo no debido.
- iv) El heredero que debe pagar un legado.
- v) Comunidad sin sociedad.

3) *Ex delicto*: trata igualmente el hurto, la rapiña, la injuria y el daño.

4) *Quasi ex delicto*: simplemente transcribe los textos de Gayo.

Solamente en época del derecho común bajomedieval se hablará de obligaciones que nacen: 1) del contrato; ii) del "cuasicontrato"; iii) del delito y; iv) del "cuasidelito". También sólo en dicha época de hablará de contratos "reales", "verbales", "literales" y "consensuales". También en dicha época se incorporará como fuente a la ley, y así se hablará de "obligaciones legales", tales como las de dar alimentos.

¶ 3. CUADRO CLÁSICO DE LAS "FUENTES"

Sobre la base del estudio del orden que en el *Edicto* del pretor tenían las acciones referidas a obligaciones se formula hoy día una enumeración de las causas o fuentes de las obligaciones en época clásica, aunque nunca fue formulada como sistema por los juristas.

Tal enumeración de figuras causales de obligaciones, fundadas en las acciones, es el siguiente:

- 1) Daciones y entregas que obligan a restituir.
- 2) Estipulaciones.
- 3) Contratos y relaciones contractuales de buena fe.
- 4) Obligaciones y acciones penales.

1) **Daciones y entregas que obligan a restituir:** podían agruparse básicamente en dos grupos, a saber, i) las daciones civiles que obligan a restituir y; ii) las entregas que obligan a restituir por derecho pretorio.

i) Las daciones civiles que obligan a restituir, o “préstamos civiles” comprendían las siguientes figuras causales:

- 1) *Mutui datio* (Mutuo).
- 2) *Datio ob rem*.
- 3) *Constitutum*.
- 4) *Receptum argentarii*.

ii) Las entregas que obligan a restituir por derecho pretorio agrupaban a las siguientes figuras causales de obligación:

- 1) Comodato.
- 2) Precario.
- 3) *Pignus* y *Pignus conventus*.

2) **Estipulaciones:** ellas podían ser:

- 2.1) Estipulaciones simples.
- 2.2) Estipulaciones con modalidades.
- 2.3) Estipulación novatoria y delegación.
- 2.4) Estipulaciones solidarias.
- 2.5) Estipulaciones accesorias (*Adstipulatio* y fianza).
- 2.6) *Expensilato*.

3) **Contratos y relaciones contractuales de buena fe:** tales eran:

- 3.1) *Fiducia*.
- 3.2) Depósito.
- 3.3) Compraventa.
- 3.4) Arrendamiento.
- 3.5) Sociedad.
- 3.6) Mandato.
- 3.7) Gestión de negocios.
- 3.8) *Procuratio*.
- 3.9) Tutela.
- 3.10) *Actio quod iussum*.
- 3.11) *Actio de peculio*.
- 3.12) *Actio tributaria*.
- 3.13) *Actio exercitoria*.
- 3.14) *Actio institoria*.

4) **Obligaciones y acciones penales:** podían agruparse en dos series, a saber, i) los delitos civiles y pretorios afines y; ii) los delitos pretorios autónomos.

i) Delitos civiles y pretorios afines: tales eran los siguientes:

1) *Furtum*.

2) *Damnum iniuria datum*.

3) *Iniuria*.

ii) Delitos pretorios autónomos: ellos eran los que siguen:

1) *Quod metus causa factum erit*.

2) Dolo malo.

3) Delitos pretorios semejantes al dolo.

Conforme a este esquema de las causas de las obligaciones en época clásica se expondrá cada una de ellas.

¶ I. DACIONES Y ENTREGAS QUE OBLIGAN A RESTITUIR

Una primera causa genérica de las obligaciones en derecho clásico estaba constituida por aquellas que quedaban reunidas en las daciones y entregas que obligaban a restituir y que pueden comprenderse en la denominación amplia de "préstamos", que podían ser civiles o pretorios.

Las daciones civiles comprendían una serie de figuras causales fundadas en una dación crediticia, es decir, en una *datio* en favor de una persona, la que en consecuencia adquiría el dominio, pero encontrándose obligada a restituir a través de la *actio condictio*. Tales *dationes* podían básicamente ser la *mutui datio* o *mutuum*, y las diversas *dationes ob rem*.

Las entregas que obligaban a restituir, agrupaban a una serie de causas en las cuales no se había realizado una *datio*, por lo tanto había una mera entrega que constituía al que recibía en poseedor natural y le obligaba a restituir a aquel de quien la había recibido. Tales eran los casos del *commodatum*, del *precarium*, y *pignus*.

¶ 1. DACIONES CIVILES

Las daciones civiles estaban vinculadas a la *actio condictio* que era una acción naturalmente civil, cuya fórmula era: "Ticio sé juez, Si resulta que N.N. debe dar 1.000 sestercios a A.A. tú juez condena a N.N. en favor de A.A. por 1.000 sestercios, si no resulta absuelve".

La *condictio* podía referirse, además de a una cantidad de dinero, a un cuerpo cierto, v.gr. el esclavo Pánfilo, o a una cantidad de cosas fungibles determinada, v.gr. 100 modios de óptimo trigo de África, en cuyo caso la condena sería a cuanto valiera la cosa de que se trataba.

Esta acción es abstracta, en cuanto no se menciona en su fórmula la causa o fuente de la deuda, por ello podía ser empleada por el actor para reclamar un *creditum* derivado de una *datio* previa, es decir, el actor había dado algo a un deudor quien lo retenía sin causa, y por lo tanto debía darlo al demandante.

Las *dationes* que permitían la interposición de esta acción eran la *mutui datio*, y diversos géneros de *dationes ob rem*. Todas ellas consistían pues, en las causas de la obligación y, como tales eran daciones crediticias que consistían en haber hecho dueño a alguien mediante una *datio*, quedando éste obligado a la restitución, no obstante haberse hecho dueño.

¶ 1.1. *MUTUI DATIO (MUTUUM)*

La *mutui datio*, o simplemente mutuo, es la dación crediticia típica, y consistía en la dación de una cantidad de cosas fungibles por parte de una persona llamada mutuante a otra llamada mutuario, quien debía restituir el mismo tanto de cosas recibidas, del mismo género, calidad y cantidad.

El mutuario, por haber operado una *datio*, adquiría el dominio de las cosas fungibles recibidas, pero contraía la obligación civil de restituir la misma cantidad de especies del mismo género y calidad.

El objeto más frecuente de la *mutui datio* era el dinero, y la acción del mutuante para reclamarlo se denominaba en este caso *actio certae creditae pecuniae*.

Normalmente se pactaba un plazo dentro del cual, o a partir del cual, el mutuario debía restituir, de modo tal que si se le reclamaba antes gozaba de una *exceptio pacti*.

Si no había habido plazo pactado, disponía también el mutuario de una *exceptio doli* frente a una reclamación intempestiva del mutuante.

El mutuo se perfecciona por la *traditio* de las cosas objeto de la dación, cuya causa precisamente es el convenio entre mutuante y mutuario (*mutuum*). Tradición que en el caso específico del dinero era denominada *numeratio*.

El mutuo es un negocio de carácter gratuito, es decir, el mutuario sólo debe dar la misma cantidad de especies del mismo género y calidad que las recibidas, y no está obligado a pagar un precio por ellas, esto es, no genera intereses (*usuras*).

Sin embargo, entre mutuante y mutuario se podía **pactar** *usuras*, pero como los pactos no generaban acciones, no podía el mutuante reclamar los intereses, aunque si el mutuario los pagaba

voluntariamente, podía retenerlos y para ello gozaba de una excepción emanada precisamente del pacto.

Podían además el mutuante y el mutuario **estipular** *usuras*, de tal manera que el mutuario quedaba obligado civilmente al pago de los intereses, mas no por el mutuo, sino por la *stipulatio*, de la cual derivaba la acción típica.

En época clásica se regularon los intereses máximos. Primero en un 12% anual, y en tiempos de Justiniano en un 6% como regla general, un 4% para las personas ilustres, y en un 8% para los negociantes.

El cómputo de los intereses se detenía cuando el total de los devengados era igual al capital, y los intereses devengados no generaban intereses (*anatocismus*).

Un caso excepcional de mutuo era el *fenus nauticum* o *pecunia traiectica*, que modernamente es llamado préstamo a la gruesa ventura, puen en él siempre había intereses y ellos no tenían límite. Tal préstamo parece haber tenido su origen en las costumbres mercantiles marítimas griegas y aparecía recogido en las llamadas *Leges Rhodias*.

Una regulación especial se dio para el caso del mutuo de dinero realizado a hijos de familia en virtud del *Senatusconsultum Macedonianum*, dado en tiempos de Vespasiano, conforme al cual se estableció que no se daría acción a quien hubiera dado dinero en mutuo a un hijo de familia, ni aun después de la muerte de su *pater*, de modo tal que el magistrado debía denegar la acción al mutuante, y en aquellos casos en los que no había dación se daba una excepción para detener la acción para reclamar lo entregado. Sí podían el padre y el hijo pagar voluntariamente, en cuyo caso el mutuante gozaba de una excepción para retener lo pagado.

¶ 1.2. *DARE OB REM*

En época clásica los juristas entendían que existía una *datio ob rem* cuando se daba algo para obtener cierto resultado futuro previamente acordado y convenido con aquel a quien se daba, de modo tal que si el resultado perseguido con la *datio ob rem* no era conseguido, aquel a quien se había dado debía restituir lo dado, y podía exigírsele mediante la *condictio*.

La *datio ob rem*, exigía pues, i) una *datio* inicial y ii) un resultado o fin esperado en el futuro.

i) La *datio* inicial debía realizarse dependiendo de la naturaleza de la cosa mediante un modo apropiado, v.gr. *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*.

Si quien daba no era dueño de la cosa, no se producía el efecto adquisitivo y, por ende, no gozaba de la *condictio*, y el tercero realmente dueño podía intentar la *reivindicatio*, pero si luego quien había dado llegaba a adquirir el dominio de la cosa, la *datio* se perfeccionaba en dicho momento.

ii) El resultado o fin perseguido con la dación era convenido y acordado expresamente entre las partes, de manera que si no se producía, quien había recibido debía restituir y era obligado a ello mediante la *condictio*. Aquel a quien se daba no quedaba obligado a realizar conducta alguna dirigida a conseguir el fin.

El fin perseguido en la *datio ob rem* no debía ser ilícito (*res turpis*).

Si la ilicitud radicaba sólo en el que recibía lo dado (*turpitude accipientis*), esto es, si el fin perseguido era ilícito, v.gr. si se daba para que no cometiera un delito, aunque el fin tuviera lugar podía repetirse lo dado. Igual cosa ocurría si la ilicitud afectaba a ambos.

Si la ilicitud estaba únicamente en quien daba (*turpitude dantis*), no podía repetirse lo dado, aunque no se alcanzara el fin, v.gr. si se pagaba a una moza del partido, que luego negaba sus favores.

Los tipos de *datio ob rem* podían ser variados, entre ellos los siguientes:

i) *Datio* esperando una contraprestación de *dare, facere* o *non facere*, v.gr. dar para que se manumitiera a un esclavo, dar para construir un sepulcro, o dar para que se diera otra cosa (*permutatio*).

La *datio* de una cosa para que a cambio de ella se diera otra fue denominada por los juristas *permutatio*, y originariamente obedecía a un caso de *dare ob rem*, de tal manera que quien daba no podía obligar a la otra parte a diera a cambio de lo dado, sino que solamente podía ejercitar la *condictio* para recuperar lo dado.

Posteriormente el pretor creó una *actio in factum* para obligar a aquel a quien se había dado, que diera la cosa acordada, dejando a salvo la *condictio* recuperatoria para el que había dado.

La escuela sabiniana tendió a asimilar la *permutatio* a la compraventa, desde el momento en que le era indiferente que el precio de la compraventa quedara fijada en dinero o no, pero lo proculyanos siempre mantuvieron la diferencia.

ii) *Datio* para producir cierto efecto jurídico, sin que aquel a quien se da deba realizar un contraprestación, v.gr. dar antes del matrimonio para que lo dado quede constituido en dote (*datio dotis causa ante nuptias*).

iii) *Datio in aestimatum*: en ella se daba una cosa valorada o estimada, para que aquel a quien se la daba restituyera la misma cosa o su estimación, v.gr. dar una cosa para que fuera vendida, y para que se restituyera ella si no se vendía o la suma estimada si se había vendido.

iv) *Datio* de lo no debido (*indebitum solutum*): la *solutio* o pago es una forma de *datio ob rem*, pues en él se da una cosa mediante el modo apropiado para libertar de una prestación debida

(*solvendi causa*), de manera tal que el convenio de dar para pagar y de recibir en pago una cosa debida, actúa como causa de la *datio*.

El pago de lo no debido consistía en la *datio* que realizaba por causa de pago quien creía deber a aquel a quien tenía como su acreedor cuando en realidad no lo era, pues no se debía la cosa.

Quien recibía la cosa adquiría el dominio de ella, pero como el efecto perseguido con la *datio* no se conseguía, pues su finalidad era extinguir una deuda, se producía una *datio* por un fin que no se había alcanzado (*datio ob rem re non secuta*), así quien había dado podía ejercer la *condictio* para recuperar la cosa dada, que en este caso era llamada *condictio indebiti* (*condictio* de lo no debido).

Existía pago de lo no debido (*indebitum*), entre otros, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la deuda no existía.
- b) Cuando existiendo el deudor podía oponer una excepción a su cobro.
- c) Cuando se pagaba por error con una cosa que no era la debida.
- d) Cuando se ha pagado en exceso.
- e) Cuando se pagaba una deuda sujeta a condición y ella aun no se había cumplido.

Para que se produzca pago de lo no debido tanto el deudor cuanto el acreedor deben creer que existe el débito, pues si el acreedor recibe sabiendo que no hay deuda, comete *furtum*, de modo que no adquiere el dominio, y quien se la dio por error puede ejercer en su contra la *reivindicatio*. Si el que da sabe que no debe, no puede repetir lo pagado, porque su *datio* se asimilia a una donación.

El pago de lo no debido fue considerado por Gayo en sus *Institutiones* como un caso de *obligationes ex contractu*, en su otra obra lo considera dentro de las *variae causarum figurae*, y Justiniano lo trata dentro de aquellas que nacían *quasi ex contractu*.

Caso diverso y anómalo era el de aquel en el cual procedía la llamada *condictio furtiva*. Cuando alguien hurtaba una cosa no adquiría el dominio de ella y aunque la poseyera *pro possessore*, su dueño podía reivindicarla o intentar la acción penal de hurto, pero en substitución de la *reivindicatio* de la cosa hurtada se daba al dueño la *condictio furtiva* por el valor de ella, cuando la cosa había sido destruida o no existía.

La anomalía se presentaba porque en este caso no hubo *datio* previa.

En el derecho postclásico por obra de las escuelas bizantinas el *dare ob rem* fue generalizado y unido a una serie de actos que no encajaban en las figuras negociales típicas, distinguiéndose cuatro posibilidades:

- i) *Do ut des*, es decir, doy para que des.
- ii) *Do ut facias*, esto es, doy para que hagas.
- iii) *Facio ut des*, vale decir, hago para que des.

iv) *Facio ut facias*, a saber, hago para que hagas.

A todas estas figuras en el derecho romano-bizantino, desde el siglo XI, se las llamó "contratos innominados".

a) En los casos en los que se daba para que se diera o para que se hiciera algo (*do ut des, do ut facias*), el que daba podía arrepentirse mientras su contraparte no cumplía y resolver el negocio unilateralmente, por lo cual podía exigir la devolución mediante la *condictio*, que los juristas del *ius commune* llamaron *condictio ex poenitentia* (Condictio por arrepentimiento).

Si se daba y no se lograba el fin por el cual se había dado, podía el que dio repetir lo dado mediante la *condictio* por "causa dada, causa no seguida" (*condictio causa data causa non secuta*), o mediante la *condictio* por "causa de las cosas dadas" (*condictio ob causa datorum*). Podía también exigir la condena del que recibió por el valor que le hubiera significado la contraprestación no cumplida mediante la *actio praescriptis verbis*, que era de buena fe.

b) Cuando se hacía algo para que se diera (*facio ut des*) y no se daba, el que había hecho podía entablar la *actio doli*.

c) Cuando se hacía algo para que se hiciera (*facio ut facias*) y no se hacía, quien había hecho contaba con la *actio praescriptis verbis*, de modo similar a la *actio mandati*.

¶ 2. ENTREGAS PRETORIAS

Las entregas que obligaban a restituir, agrupaban a una serie de causas en las cuales no se había realizado una *datio*, por lo tanto había una mera entrega que constituía al que recibía en poseedor natural y le obligaba a restituir a aquel de quien la había recibido. Tales eran los casos del *commodatum*, del *precarium*, y *pignus*.

¶ 2.1. *COMMODATUM* (COMODATO)

El *commodatum* es la entrega gratuita de una cosa inconsumible y no fungible por parte de un comodante a un comodatario, quien puede usar de ella, con el deber de restituir la misma cosa entregada, y si no lo hace se da en su contra la *actio commodati*.

El *commodatum* sólo se perfecciona con la entrega de la cosa objeto de él, por ello Gayo dirá que este negocio nace *re*. La entrega, pues, no es una *datio*, de modo tal que el comodante no transfiere el dominio, ni menos lo adquiere el comodatario, quien es un simple poseedor natural.

El comodatario sólo puede usar de la cosa, de modo tal que no puede ni disponer ni disfrutar de ella. Por ello a este acto modernamente se le suele llamar "préstamo de uso".

El comodato es gratuito, de tal manera que el comodatario no debe pagar un precio por el uso de la cosa, pues si lo hubiera este negocio se acercaría al arrendamiento.

La obligación del comodatario es devolver (*reddere*) la cosa comodada. La devolución comprende no sólo restituir la cosa, sino también responder de los deterioros que ella ha sufrido, y su responsabilidad es la de *custodia*, de tal manera que sólo se exonera de los debidos a *vis maior* o *casus*, pues incluso responde del *furtum*.

El comodatario tiene derecho a que se le indemnicen las *impensae* extraordinarias que ha gastado en la conservación de la cosa, v.gr. los gastos derivados de la enfermedad del esclavo comodado (No los alimentos, pues ellos son *impensae* necesarias). Podía utilizar para ello, originariamente la *actio doli*, y más tarde una *actio commodati contraria*.

¶ 2.2. PIGNUS E HYPOTHECA (PRENDA E HIPOTECA)

La prenda es un negocio en virtud del cual una persona denominada pignorante afecta una cosa como garantía del cumplimiento de una obligación en favor de su acreedor, llamado pignoratario, a quien entrega efectivamente la cosa (*pinnum datum*). Si la entrega de la cosa se retardaba hasta el momento del incumplimiento de la obligación este negocio recibía el nombre de *pinnum conventum* o *hypotheca*.

Del *pinnum* nacía una obligación pretoria para el acreedor prendario, que consistía en la de devolver la cosa pignorada al pignorante una vez cumplida la prestación que era garantizada por ella.

En la prenda, al igual que en el comodato, no se traspasa el dominio del pignorante al pignoratario, de tal manera que éste sólo es poseedor natural.

El pignorante dispone de una *actio pigneraticia* contra el pignoratario para conseguir la devolución de la cosa pignorada. Esta acción era *in factum*, y su condena era al valor de la cosa al momento de la sentencia.

El pignoratario responde por *custodia*, y sólo no responde de *vis maior* o *casus* (igual comodatario).

El pignorante, eventualmente, puede deber al pignoratario las *impensae* necesarias, y los perjuicios dolosos ocasionados, exigibles en época clásica por la *actio negotiorum gestorum* y la *actio doli*. En época justiniana se hablaba de un juicio contrario para obtener ambos pagos.

Si el pignorante subtrae la cosa pignorada sin voluntad del pignoratario comete *furtum possessionis*.

¶ II. STIPULATIONES

Una segunda “causa de obligaciones” estaba constituida por las **Estipulaciones**, que podían ser:

- 1) Estipulaciones simples.
- 2) Estipulaciones con modalidades.
- 3) Estipulación novatoria y delegación.
- 4) Estipulaciones solidarias.
- 5) Estipulaciones accesorias (*Adstipulatio* y fianza).
- 6) Expensilato.

¶ 1. ESTIPULACIONES SIMPLES

Stipulatio es el nombre genérico de un negocio formal, solemne y abstracto en el cual una parte dirige a otra oralmente una pregunta en torno a si está dispuesta a dar, hacer, o no hacer algo, y esta responde oralmente, de inmediato y de manera congruente. V.gr. ¿Estipulas que me han de ser dados 100 sestercios? ¡Estipulo!. (*Spondes mihi centum dare?. Spondeo!*).

Quien pregunta es llamado estipulante o *stipulator*, y quien responde promitente.

El efecto de este acto es el de crear una obligación civil, convirtiendo al promitente en deudor del estipulante, de modo tal que es unilateral, pues el estipulante a nada se obliga. Para que se produzca este efecto es preciso que:

- i) La pregunta y la respuesta se formulen oralmente.
- ii) Las partes han de estar presentes en el acto.
- iii) La respuesta debe darse de inmediato.
- iv) La pregunta debe hacerse con ciertos verbos especiales: *spondere* (para los ciudadanos), *promittere*, *stipulare*.
- v) La respuesta debe ser congruente con la pregunta y utilizando el mismo verbo de la pregunta.

Si se ha estipulado un *dare* cosas ciertas o dinero el estipulante goza de la *condictio*; si se ha estipulado un *facere* (que siempre es *incertum*) o un dar incierto, cuenta con la *actio incerti* o *actio ex stipulatu* (acción de lo estipulado).

En sus orígenes sólo podía ser realizada por los ciudadanos, pues era una acto del *ius civile*, empleando exclusivamente el verbo *spondere*, de allí que fuera llamada *sponsio*.

La *stipulatio* podía resultar inválida *ipso iure* u *ope exceptionis*.

Eran inválidas o "no existían" por derecho civil, las estipulaciones: i) en que intervenían mudos, sordos, dementes, infantes menores de siete años; ii) en que el objeto no existía en la naturaleza; iii) en que la prestación era imposible; iv) en que había incongruencia entre la pregunta y respuesta; v) en que hubo defectos de forma.

Se consideraban estipulaciones inútiles la de los infantes mayores, la de la mujer púber sin *auctoritas* de su tutor, o aquella en que la prestación era ilícita por contrarias las buenas costumbres, o las normas públicas.

¶ 2. ESTIPULACIONES CON MODALIDADES

Las estipulaciones podían acordarse sujetas a alguna modalidad, concretamente bajo condición o bajo plazo.

a) *Estipulaciones condicionales*: condición es un hecho futuro e incierto de cuya realización dependen los efectos de un negocio jurídico. Si el acto está sujeto a condición se llama "condicionado", si no lo está, "puro y simple".

La condición podía ser suspensiva, vale decir suspendía el efecto propio de la estipulación cual era el de generar la obligación de inmediato, esto es, de su cumplimiento dependía el nacimiento de la obligación. V.gr. ¿Estipulas darme cien si eres elegido cónsul?.

Modernamente se habla también de condiciones resolutorias, que son aquellas cuyo cumplimiento extingue la obligación. V.gr. ¿Estipulas darme cien mientras no llegue tal nave de África?. En este último caso, la condición no suspende el nacimiento de la obligación, pues ella nace de inmediato, de tal manera que puede ser exigida mientras no se cumple la condición.

La condición podía calificarse de positiva, si el hecho futuro e incierto consistía en que algo debiera ocurrir, v.gr. Si Cayo gana la carrera. Negativa, por el contrario, era aquella en que el hecho futuro e incierto, no debía ocurrir, v.gr. Si Cayo no gana la carrera.

La condición que recae en un hecho que al momento de estipular ya es pasado o presente, no es tal condición por falta de futureidad, de tal manera que si el hecho existe o ha existido se considera la estipulación simple, y si no ha ocurrido la estipulación es inútil.

La condición que recae en un hecho futuro que ha de acaecer necesariamente, no es tal condición, y la estipulación se reputa pura y simple, pues en tal caso más bien es un plazo, v.gr. ¿Estipulas darme cien si Ticio muere?.

Si la condición recae en un hecho imposible, la estipulación es nula.

Mientras la condición se mantiene en la incertidumbre respecto a su cumplimiento o incumplimiento se dice que está pendiente. Si el hecho ha ocurrido o no ha ocurrido según sea positiva o negativa, se dice que está cumplida; y si no ha ocurrido el hecho positivo, o si ha ocurrido lo negativo, se dice que es fallida.

Mientras la condición suspensiva se encuentra pendiente la obligación no existe, pero es transmisible a los herederos activa y pasivamente, y puede ser novada y caucionada mediante prenda. Una vez cumplida la condición suspensiva, la obligación puede ser exigida y se considera nacida desde la estipulación. Si la condición suspensiva falla, nunca ha habido obligación.

Mientras la condición resolutoria está pendiente, puede exigirse la obligación, y una vez cumplida deja de serlo y quien la exige es rechazado con una *exceptio pacti* o *exceptio doli*.

b) **Estipulaciones a plazo** (*dies*): el término o plazo es el hecho futuro y cierto del cual pende la exigibilidad de la deuda o su extinción.

El plazo es “suspensivo” si se estipula para que sólo a partir de su llegada pueda exigirse la obligación (*ex die - dies a quo*); y es “resolutorio” si una vez llegado deja de ser exigible la obligación.

El plazo, en principio, debe ser incluido expresamente en la estipulación, salvo en los casos de los llamados “plazos tácitos”, v.gr. en las estipulaciones de hacer, cuando se debe dar en lugar distinto.

La llegada del día puede saberse o no, y de saberse puede conocerse cuándo o no saberse. Así puede haber un plazo cierto cuando se sabe que va a llegar y que llegará tal día, v.gr. ¿Estipulas darme cien el 10 de las kalendas de mayo?. Puede ser cierto sólo en cuanto a saber que llegará, pero no se tiene certeza de cuándo, v.gr. ¿Estipulas darme cien cuando Ticio muera?. Puede también ser incierto en cuanto a si no se sabe si ha de llegar, pero de llegar se sabe cuando, v.gr. ¿Estipulas darme cien el día que Cayo cumpla 45 años?. Por último, puede ser incierto, tanto el saber si llegará, cuanto el cuándo llegará, v.gr. ¿Estipulas darme cien cuando Julio sea elegido cónsul?.

Todo término incierto en cuanto a no saberse si ha de llegar o no, no es plazo, sino condición.

Mientras el plazo suspensivo está pendiente, la obligación existe, pero el estipulante no la puede demandar, y si lo hace, incurre en *pluris petitio tempore*. Una vez cumplido, la obligación se hace exigible. Pendiente el plazo resolutorio, la obligación es perfectamente exigible como si fuera pura y simple, y una vez cumplido, el deudor es amparado con una *exceptio pacti* o *doli*.

¶ 3. ESTIPULACIÓN NOVATORIA

Por medio de una *stipulatio* se podía producir una *novatio*, es decir, si algo ya debido (*idem debiti*) era estipulado nuevamente se extinguía la primera obligación y se generaba una nueva que substituía a la anterior, debido a que se había producido la extinción de la primera causa de la obligación y se había generado una nueva, es decir, la estipulación.

Se podían novar obligaciones civiles, pretorias, naturales, y procedentes de cualquier causa, con la sola exigencia de que hubiera *debitum*.

En época clásica era imprescindible que se mantuviera el mismo débito, es decir, el mismo objeto, entre una obligación y otra, pero agregando algo nuevo, que podía consistir en:

- i) Un cambio en la causa, v.gr. debía a causa de venta y ahora debe a causa de estipulación.
- ii) La agregación de un plazo o una condición, o la eliminación de ellos si los tenía.
- iii) El cambio de acreedor del débito anterior, o el cambio de deudor.

La novación extingue *ipso iure* la anterior obligación, por lo que caen también las garantías que poseía.

¶ 4. ESTIPULACIÓN SOLIDARIA

Ya se ha visto que la solidaridad podía nacer en virtud de una estipulación (Vide prestaciones solidarias).

¶ 5. ESTIPULACIONES ACCESORIAS

A una obligación existente se podía hacer acceder una estipulación de carácter accesorio.

Si la obligación preexistente procedía de una estipulación este acto de acceder a ella una cierta nueva estipulación se denomina *adstipulatio*, si no era así podía tratarse de una fianza.

a) **Adstipulatio**: es una forma estipulatoria en la cual, a una obligación procedente de una estipulación se agrega otra nueva mediante otra estipulación que presta un tercero junto al primer estipulante, respecto de quienes el promitente promete dar lo mismo prometido al primer estipulante. Por ejemplo: Ticio (promitente) estipula dar 1.000 sestercios a Mevio (estipulante), y Seyo (*adstipulator*) con el consentimiento de Mevio (estipulante) pregunta a Ticio (promitente) si estipula darle los mismos 1.000 sestercios a él (Seyo).

b) **Fianza**: mediante una *stipulatio* accesoría el deudor podía presentar a un tercero que garantizaba el cumplimiento de su obligación, ("garantía personal") acto que era denominado genéricamente *adpromissio*, y que admitía las formas de *sponsio* y de *fidepromissio*, según si quien la prestaba era ciudadano o no, pues la primera sólo era accesible a los *cives*.

Ambas fianzas exigían la existencia de una obligación previa nacida de una estipulación, y sus efectos eran:

- i) Si la estipulación era inútil, la fianza era útil y obligaba al fiador.
- ii) El *adpromissor* no podía obligarse a más que el deudor principal o en condiciones más duras.
- iii) El *adpromissor* es responsable íntegramente de la prestación debida.

- iv) El en caso de la *sponsio* una *Lex Furia de sponsu*, admitía que si había varios fiadores de una misma deuda de dinero, ella se dividiera *ipso iure* entre los fiadores según su número.
- v) La mora del deudor principal perjudica al fiador, mas no así el dolo.
- vi) El fiador puede oponer las excepciones objetivas del deudor principal al acreedor que le cobra (*doli, rei iudicatae*, etc.), mas no las personales (*capitis deminutio*).

Las fianzas se extinguían junto a la obligación principal. En virtud de la *lex Furia*, las *adpromisiones* celebradas en Italia caducaban al cabo de dos años.

Cuando el fiador pagaba tenía derecho a que el deudor principal le reembolsara. En época arcaica una *lex Publilia* le daba una *manus iniectio* al *sponsor* contra el deudor principal, más tarde el pretor le otorgó una *actio depensi*.

Si eran varios los fiadores y uno de ellos pagaba, tenía derecho a que los otros le reembolsaran la cuota viril que les tocaba. Este derecho de regreso contra los cofiadores era subsidiario de la acción de reembolso contra el deudor principal.

c) *Fideiussio*: era esta una nueva forma de fianza que surgió a finales de la república, en virtud de la cual el tercero autorizaba bajo su fe lo que el deudor debía a su acreedor, de tal manera que a diferencia de las *adpromisiones* en las que el fiador prometía “lo mismo prometido” por el deudor principal, en la *fideiussio* se autorizaba “lo mismo debido”.

A diferencia de las formas anteriores ella podía acceder a todo género de obligaciones, y se transmitía a los herederos del *fideiussor*, de tal manera que no se extinguía con su muerte, no caducaba con el tiempo, no operaba *ipso iure* la división entre varios *fideiussores*, y sólo una epístola de Adriano permitió la división entre los fiadores solventes. Tampoco podía recurrir a los beneficios de la *lex Publilia* y de la *actio depensi*.

En época justiniana se introdujo el llamado *beneficium excussionis*, en virtud del cual el fiador demandado podía exigir que el acreedor antes de accionar en su contra se dirigiera contra el deudor principal, de modo tal que sólo le reclamara a éste si aquel no pagaba, así pues, la fianza adquiría un carácter subsidiario.

Mantuvo también Justiniano el régimen de división *ipso iure* entre varios fiadores, ahora llamado *beneficium divisionis*, y también el *beneficium cedendarum actionum*, en virtud del cual al fiador que pagó se le cedían las acciones del acreedor pagado contra el deudor principal actuando en subrogación suya.

¶ III. CONTRATOS Y RELACIONES CONTRACTUALES DE BUENA FE

En época clásica el concepto de contrato era restringido y específico, conforme lo entendía el jurista Labeón, para quien era una relación obligacionalmente bilateral, de modo tal que ambas partes

estaban facultadas para demandar al otro mediante una acción típica y con nombre propio, la que siempre era de buena fe.

De esta manera el elemento básico de todo contrato en época clásica era el que la relación generaba obligaciones recíprocas, sin importar que dicha bilateralidad fuera actual o potencial.

Algunas de estas relaciones bilateralmente obligatorias nacían de un negocio de carácter convencional, tales eran la fiducia, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el mandato, y el depósito. Otras, en cambio, no tenían como causa un negocio convencional, a saber, la gestión, la tutela, y por ello se las agrupa bajo la denominación de “relaciones contractuales”.

Todas estas causas o fuentes de obligaciones, tanto los contratos como las relaciones contractuales, estaban sujetas a un régimen jurídico común derivado del hecho de estar las obligaciones derivadas de ellos al principio de la buena fe, o de alguno equivalente

La buena fe en los contratos y en la mayoría de las relaciones contractuales se manifestaba en que la *intentio* de las fórmulas de las acciones respectivas llevaba la cláusula *ex fide bona*, u otra semejante.

En efecto, en las acciones emanadas del depósito; compraventa; arrendamiento; sociedad; mandato; gestión y tutela, la *intentio* siempre hacía referencia a: "Todo cuanto Numerio Negidio debía dar o hacer según la buena fe en favor de Aulo Agerio" (*Quidquid Nm.Nm. Ao.Ao. dare facere oportere ex fide bona*), y de este modo la función que cumplía esta *intentio* de naturaleza incierta era fijar un criterio abstracto que permitía regular el comportamiento de las partes que eran recíprocamente deudoras en relación a a todo cuanto debían dar o hacer. De su lado, en la fiducia la cláusula de buena fe era substituida por una cláusula de valor semejante: "lo que entre buenos hombre debe darse".

En suma, pues, los elementos que en el derecho clásico definían la noción de contrato eran:

a) La existencia de una relación obligacionalmente bilateral, de lo cual derivaba el que ambas partes podían demandarse recíprocamente mediante una misma acción.

b) La acción típica derivada de la relación obligacional recíproca siempre tenía la cláusula de buena fe u otra de valor semejante, que fijaba el régimen jurídico común para este género de relaciones.

¶ 1. FIDUCIA

1.1. Noción

La fiducia era una contrato de carácter formal y real en virtud del cual el dueño de una *res Mancipi* (llamado fiduciante) la transfería a otro, llamado fiduciario, mediante una *mancipatio* o *in iure cessio*, quien se obligaba a comportarse de cierta y determinada manera respecto de la cosa y a

restituir el dominio de ella al fiduciante o a un tercero en un momento prefijado, mediante una *remancipatio* o una nueva *in iure cessio*.

1.2. Caracteres

a) La fiducia era de carácter formal debido a que tenía que realizarse mediante un acto formal como era la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Sus formalidades, pues, eran las propias de la *mancipatio*, o de la *in iure cessio*.

Para que la *mancipatio* o la *in iure cessio* operaran como fiducia (*fidei fiduciae causa*), y no generaran sus efectos dominicales propios y simples, debía incluirse en las palabras rituales que debía recitar el adquirente la cláusula de realizarse por causa de fiducia.

De esta manera, en virtud de la cláusula *fidei fiduciae causae*, el adquirente de la *res Mancipi* por *mancipatio* o *in iure cessio*, se obligaba a cumplir algo con la cosa y, generalmente a su restitución al fiduciante o a un tercero.

Para determinar el comportamiento a que se obligaba el fiduciario respecto de la cosa y el término en el cual debía restituirla se acordaba un pacto (*pactum fiduciae*) entre fiduciante y fiduciario.

b) La fiducia era de carácter real, lo que derivaba precisamente del hecho de consistir en una *datio*, es decir, en una transferencia de dominio.

1.3. Finalidades

Las finalidades por las cuales se celebraba la fiducia podían ser variadas, y quedaban determinadas en el *pactum fiduciae*, que era, como queda dicho, un pacto separado del negocio principal. Tales finalidades en razón de las cuales se transfería la cosa *fiduciae causae* podían ser:

a) Garantizar una obligación propia que el fiduciante o un tercero tenían para con el fiduciario. Sin que fuera lenguaje clásico, Gayo decía que esta fiducia era *cum creditore*, pues se realizaba respecto de un acreedor.

b) Usar la cosa de una manera determinada, es decir, un comodato. A esta fiducia Gayo la llamaba *cum amico*.

c) Custodiar la cosa, es decir, un depósito. También Gayo la decía *cum amico*.

d) Realizar cierto acto o negocio jurídico con la cosa, esto es, un mandato. Igualmente Gayo la calificaba de *cum amico*.

1.4. Obligaciones

Naturalmente el fiduciante y el fiduciario resultaban obligados recíprocamente por la fiducia, aunque las obligaciones del fiduciante eran sólo eventuales, y tanto las unas como las otras podían ser exigidas mediante la *actio fiduciae*, bien en carácter "directa", bien en carácter "contraria".

1.4.1. Obligaciones del fiduciario: en principio el fiduciario resulta obligado a todo lo acordado en el *pactum fiduciae*, y a comportarse respecto de la cosa precisamente como quien era dueño de ella *fiduciae causae*, y no como un dueño ordinario, de tal manera que si la enajenaba, la enajenación era válida, pero quedaba obligado a indemnizar al fiduciante.

Además de ello, el fiduciario advenía obligado a la restitución de la cosa al fiduciante o a un tercero mediante el acto apropiado (*mancipatio* o *in iure cessio*) en el tiempo prefijado.

La responsabilidad del fiduciario se extendía al dolo y a la culpa.

1.4.2. Obligaciones del fiduciante: las obligaciones del fiduciante eran eventuales, y podían ser las siguientes:

a) Indemnizar al fiduciario por las impensas necesarias que hubiere gastado en la conservación de la cosas. V.gr. los medicamentos que hubiera suministrado al esclavo para curarle en alguna enfermedad.

Las impensas son los gastos que se han realizado en la conservación de la cosa, y debe distinguirse entre: i) impensas "necesarias", que son aquellas invertidas en la subsistencia de la cosa; ii) impensas "útiles", que son aquellas invertidas en la cosa generando un aumento de su valor y; iii) impensas de lujo o "voluptuarias", que son aquellas que presuponen un gasto en la cosa superior al incremento en el valor que de ella se deriva.

b) Indemnizar las mejoras útiles que el fiduciario hubiera introducido en la cosa. V. gr. el gasto provocado por haber enseñado algún oficio lucrativo al esclavo.

c) Indemnizar los daños que la cosa hubiera provocado al fiduciario. V. gr. el daño que el esclavo hubiera ocasionado a los bienes del fiduciario.

1.5. *Actio fiduciae*

La acción de fiducia derivaba del mismo contrato de fiducia, y sus principales características eran las siguientes:

a) Era una acción *in ius*, y precisamente por ello en su intentio se hacía referencia al *oportere*.

b) Era una acción de buena fe, aunque la cláusula exacta hacía referencia a lo que se debía entre buenos hombres.

c) Era una acción de carácter infamante.

d) Era una acción que en función “directa” la podía ejercitar el fiduciante para reclamar del fiduciario el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, particularmente la de restituir la cosa.

e) Era una acción que en función “contraria” la podía entablar el fiduciario contra el fiduciante para exigirle cualquiera de las indemnizaciones a que hubiera lugar.

¶ 2. DEPÓSITO

2.1 Noción

El depósito es un negocio (contrato) en virtud del cual una persona, llamada depositante, entrega a otra, llamada depositario, una cosa mueble, inconsumible y no fungible, para que éste la custodie gratuitamente y la devuelva al depositante cuando le sea reclamada.

2.2. Caracteres

a) Era un negocio de carácter real, porque nacía en el momento de la entrega de la cosa por parte del depositante al depositario.

La entrega no consistía en una *datio*, en razón de lo cual el depositante no adquiría el dominio ni la posesión civil o pretoria de la cosa depositada, sino que simplemente la tenía en calidad de poseedor natural o mero tenedor.

Precisamente por este carácter real del depósito, Gayo en sus *Res cottidianae* los mencionaba dentro de las obligaciones *ex contractu* que nacían *re*, y de allí que posteriormente fuera incluido dentro de los contratos reales.

b) El depósito necesariamente debe recaer en una cosa mueble, no consumible y no fungible.

En derecho clásico si se entregaba en custodia un bien inmueble, tal acto era considerado como comodato.

La cosa debía necesariamente ser no consumible, y no fungible, porque el depositario quedaba obligado a restituir la misma cosa, sin que pudiera usarla, disponer de ella, o disfrutarla, y si de hecho la usaba o se aprovechaba de ella en alguna forma cometía el delito de *furtum*, en particular el llamado *furtum usus*.

Excepcionalmente se aceptó el depósito de cosas consumibles fungibles, llamado “depósito irregular”.

c) El depósito siempre era gratuito, es decir, el depositario no podía exigir un precio en razón de la custodia. Si se convenía precio, el negocio dejaba de ser depósito y advenía arrendamiento de servicio.

2.3. Obligaciones

En un comienzo el depósito contaba solamente con una *actio depositi in factum* introducida por el pretor en contra de aquel que había recibido una cosa mueble para custodiarla gratuitamente y reprimir su actuación dolosa, y cuya condena era únicamente a cuanto valiera la cosa, y tenía carácter infamante.

Posteriormente, a finales de la república, apareció una *actio depositi in ius* con cláusula *ex fide bona*, en razón de lo cual el depósito pasó a tener un régimen jurídico contractual, pues de el resultaban obligados recíprocamente el depositante y el depositario, y para exigir el cumplimiento de tales obligaciones podían recurrir a la misma acción típica de buena fe en función de “directa” o “contraria”.

2.3.1. Obligaciones del depositario

Las obligaciones del depositario, derivadas de la acción de buena fe, se comprendían en todo aquello que debería dar o hacer según la buena fe, y concretamente eran las siguientes:

a) Custodiar la cosa, sin poder usarla, disfrutarla o enajenarla.

b) Devolver la cosa depositada al depositante. Esta devolución debía realizarla en el momento en que el depositante se la pidiera, aunque se hubiera acordado un plazo de restitución, pues tal plazo no vinculaba al depositante.

Si el depositario no restituía la cosa ese solo hecho le hacía incurrir en dolo.

Conforme a la *actio depositi in ius ex fide bona*, la restitución no sólo comprendía la devolución de la cosa, sino también la de los frutos.

El riesgo de la cosa depositada (*periculum rei*) pertenecía, en principio al depositante, pero podía asumirlo el depositario por un convenio expreso con el depositante, o desde el momento en que se constituía en mora de restituir.

2.3.2. Obligaciones del depositante

Las obligaciones del depositante eran eventuales y podían ser exigidas por el depositario mediante la *actio depositi in ius ex fide bona*, en función de “contraria”, en virtud de la cual se le podía reclamar:

- a) El pago de las impensas necesarias invertidas en la cosa depositada.
- b) El pago de las mejoras útiles introducidas en la cosa depositada.
- c) El pago de los daños ocasionados por la cosa depositada.

2.4. Responsabilidad del depositario

El depositario, conforme al régimen de la *actio depositi in factum*, respondía sólo por su dolo, tanto el anterior a la *litis contestatio*, cuanto el posterior a ella y anterior a la sentencia. Solamente respondía de culpa: a) cuando se había acordado así con el depositante; b) cuando el depositario se había ofrecido como tal y; c) cuando el depósito se había efectuado en interés del depositario. En estos tres casos, además, se consideraba que su responsabilidad se extendía hasta la custodia.

El régimen jurídico de la *actio depositi in ius ex fide bona*, permitía siempre extender la responsabilidad del depositario hasta la culpa, pues ella se comprendía dentro de “cuanto debía dar o hacer según la buena fe”, y únicamente respondía de custodia en los mismos tres casos en que lo hacía conforme a la *actio in factum*.

2.5. “Depósito necesario o miserable”

En aquellas ocasiones en que el depositante no tenía posibilidad de entregar en custodia la cosa a un depositario que él mismo elegía y tenía que hacerlo en el primero que se presentaba debido a un tumulto, naufragio, ruina o incendio, la responsabilidad de este depositario se agravaba en caso de no restituir, llamándose desde época medioeval a este depósito con los nombres de “depósito necesario” o “miserable”.

Si el depositario no restituía la cosa depositada se daba en su contra la acción *in factum* por el duplo del valor de la cosa depositada, la que también procedía contra el heredero del depositario, pero sólo al valor simple de la cosa, y con la limitación de deberse interponer dentro del término de un año.

De esta manera, la no restitución de la cosa depositada en estas condiciones de peligro se transformaba en un delito pretorio.

2.6. “Depósito irregular”

El llamado "depósito irregular" era aquel en que la cosa depositada consistía en un bien consumible y fungible, como una suma de dinero, con la cláusula de poder el depositario usar de ella si quisiere.

Por la razón anterior la entrega era una verdadera *datio* y en razón de ello el depositario se hacía dueño de las especies depositadas.

No se estaba en presencia de "depósito irregular" si el dinero depositado se entregaba dentro de un arca o cofre cerrado para ser custodiado y restituido, pues en tal caso, la cosa depositada era no fungible.

Este negocio se diferenciaba del mutuo de dinero en los siguientes aspectos:

a) Al quedar cubierto por la *actio depositi in ius ex fide bona*, el depositante podía reclamar intereses desde el momento en que el depositario incurría en mora de restituir, cosa que no procedía en el mutuo, pues de él derivaba la *condictio certa creditae pecuniae*, y sólo se podían exigir intereses si se habían estipulado independientemente.

b) El depositante podía exigir al depositario la restitución de la cosa depositada en cualquier momento, a diferencia del mutuo, en el cual el dinero dado sólo podía reclamarse una vez vencido el plazo.

2.7. *Sequestre*

El *sequestre* era una forma especial de depósito en el cual varias personas depositaban *in solidum* una cosa para que el depositario la custodiara con cargo a restituirla a aquel de ellos que resultara favorecido al cumplirse cierta condición.

El depositario recibe la denominación de *sequester*, y se recurría normalmente a esta figura en aquellos casos en los cuales se litigaba una cosa concreta, la cual era depositada en manos de un *sequester* mientras pendiera el juicio, de modo tal que debía restituirla a aquel que resultara favorecido con la sentencia.

El *sequester* recibía la cosa en calidad de poseedor pretorio, y por lo tanto, podía recurrir a los interdictos posesorios.

Contra el *sequester* se podía dirigir tanto la *actio in factum*, cuanto la *in ius*, y contra su heredero solamente la *in ius*.

¶ 3. COMPRAVENTA

1. Noción

La compraventa es un contrato consensual en virtud del cual una persona llamada vendedor se **obliga** a entregar una cosa, a otra llamada comprador, la cual **se obliga** a pagarle un precio en dinero.

2. Caracteres

a) La compraventa es un contrato de carácter consensual, es decir, se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades entre las partes, sin que sea preciso el cumplimiento de formalidades o la dación o entrega de una cosa.

a.1) **Consentimiento y arras:** Debido a la influencia griega se introdujo en Roma la figura jurídica de las arras (*arrae*), que consistía en la entrega de una pequeña suma de dinero, que podía realizar el comprador o el vendedor a la otra parte, como señal del consentimiento prestado, y que más tarde podía servir como medio probatorio de la compraventa.

Si el comprador había entregado dinero como arras podía descontar del precio de la compraventa el valor de dichas arras, y si lo entregado en arras había sido una cosa, y pagaba el precio íntegro, podía reclamar la devolución de la cosa al vendedor. Si el comprador no pagaba el precio, el vendedor tenía derecho a retener las arras hasta la entera satisfacción del precio, y luego debía restituírselas al comprador.

a.2) **Consentimiento y error:** supuesto que la compraventa es un contrato consensual, la existencia de un error podía impedir que se produjera dicho consentimiento (*dissensus*), es decir, la falsa o errada creencia o concepto sobre una realidad podía impedir que existiera el consentimiento y, en consecuencia, impedir la existencia de compraventa.

Los casos de error que impedían la formación de consentimiento eran los siguientes:

1. El error sobre el mismo hecho de celebrar la compraventa. V. gr. una parte cree que vende cierta cosa, y la otra cree que la toma en depósito. A este género de error se le llamó desde época medioeval “*error in negotio*”.

2. El error sobre la identidad misma de la cosa objeto del negocio (*error in corpore*). V. gr. una parte cree vender el esclavo Pánfilo, y la otra cree comprar el esclavo Hermodoro.

3. El error sobre el precio de la compraventa. V. gr. el vendedor cree vender en 1.000 sestercios, y el comprador cree comprar en 200 sestercios.

4. El error sobre una cualidad substancial de la cosa que se tuvo presente para realizar la compraventa. V. gr. el comprador cree comprar un anillo de plata, y en realidad es de aluminio, y tal condición se tuvo presente como substancial en el momento del negocio (*error in substantia*).

El error que recae sobre el nombre de la cosa (*error in nomine*) no invalida la compraventa. V. gr. Paulo vende el esclavo llamado Hermodoro, y Cayo lo compra creyendo que se llama Pánfilo.

b) La compraventa, como todo contrato, sólo genera obligaciones, y no produce efecto adquisitivo alguno, pues sólo constituye una *causa traditionis*.

3. Elementos

Para que exista compraventa es preciso que concurran los siguientes elementos:

- a) Consentimiento de las partes.
- b) Objeto de la compraventa.
- c) Precio.

a) El consentimiento del comprador y vendedor debe recaer sobre el objeto de la compraventa y el precio, sin que tal consentimiento se vea afectado por error, como queda dicho.

b) El objeto de la compraventa es imprescindible, pues sin él no hay compraventa.

Este objeto puede ser cualquier cosa corporal o incorporal, tanto singular cuanto constitutiva de una universalidad, como por ejemplo la venta de la herencia, pero para que ella sea posible es preciso que el causante hubiera muerto, pues de lo contrario carecería de objeto, haciéndose responsable el vendedor de su calidad de heredero.

No sólo es posible comprar cosas presentes sino también las que se espera que existan, pero respecto de esta última materia los juristas distinguían entre: i) comprar una cosa futura y; ii) comprar la esperanza (*emptio spei*):

i) La compra de cosa futura se presenta cuando el objeto de la compraventa no existe en el momento de acordarla, pero se espera que llegue a existir, en cuyo caso la compraventa se estima sujeta a condición, es decir, al hecho futuro e incierto de que la cosa llegue efectivamente a existir, y desde el momento en que se cumple la condición se considera perfecta la venta. Por ejemplo, comprar la cosecha que se espera producirá el viñedo del fundo Capenate.

ii) La compra de la esperanza (*emptio spei*) se presenta en aquellos casos en los cuales el objeto de ella consiste en tener como comprado el resultado de una determinada operación de búsqueda, en cuyo caso la compraventa se estima perfecta, pues precisamente lo comprado es la suerte (*alea*). Por ejemplo, comprar los peces que se capturen en la primera redada.

Es posible también la venta de cosas ajenas, pero en ningún caso la compra de cosa propia. Entre otras razones, es posible la venta de cosa ajena, porque la obligación del vendedor no es de *dare rem*, sino de *facere*.

c) El precio igualmente es indispensable, pues sin él no existe compraventa, precio que no es más que la contraprestación de la cosa vendida, en razón de lo cual la compraventa es un contrato oneroso.

El precio debe ser: i) verdadero, esto es real, y no fingido, pues de lo contrario se trataría de una liberalidad; ii) en dinero, aunque los sabinianos pensaban que podía consistir en otra cosa, y cuya determinación la fijaban libremente las partes; iii) cierto o determinado, incluso su fijación podía quedar entregada a un tercero, pero en ningún caso a una de las partes.

En época postclásica apareció, en relación al precio, la idea de su justicia, de modo tal que en tiempos de Justiniano se estableció respecto de los inmuebles la llamada, por los juristas medioevales, lesión enorme (*laesio enormis*), en virtud de la cual el vendedor que había vendido una cosa por menos de la mitad de su justo precio gozaba de una acción contra el comprador para recuperar la cosa ofreciendo la devolución del precio recibido.

4. Obligaciones

En razón de ser la compraventa un negocio obligacional bilateral, cada parte estaba dotada de una acción personal, de buena fe, con *intentio in ius*, incierta, y *demonstratio* para exigir a la otra el cumplimiento de sus obligaciones, tales acciones eran la *actio empti* (acción de lo comprado) y la *actio venditi* (acción de lo vendido).

4.1. Obligaciones del vendedor

Las obligaciones del vendedor le pueden ser exigidas por el comprador mediante la *actio empti*, y ellas comprendían las siguientes:

- a) Conservar la cosa hasta el momento de la entrega.
- b) Entregar la cosa al comprador.
- c) Asegurar al comprador la pacífica posesión de la cosa.
- d) Asegurar eventuales vicios ocultos de la cosa.

a) *Conservar la cosa hasta la entrega*: el vendedor respondía de culpa por la entrega de la cosa, de modo tal que si la entrega no llegaba a verificarse sin culpa suya, la compraventa se consideraba resuelta, y el comprador no debía pagar el precio, o podía recuperarlo si ya lo había pagado.

La regla general anterior variaba si el objeto de la compraventa era una cosa mueble, pues el vendedor debía conservarla hasta el momento de la entrega, y en época clásica respondía por *custodia*, es decir, sólo se liberaba de la entrega por causa de fuerza mayor. Esta responsabilidad por *custodia* del vendedor, naturalmente cesaba, cuando ofrecía la cosa al comprador y este rehusaba aceptarla y caía en mora. Es decir, una vez acordada la compraventa y antes de la entrega de la cosa el riesgo de su pérdida tocaba al comprador conforme a la regla *periculum est emptoris* (“El peligro es del comprador”).

Esta obligación de entregar la cosa comprendía también la de entregar los frutos e incrementos que hubiera recibido la cosa desde el momento de la compraventa hasta el de la entrega.

b) *Entregar la cosa*: la obligación del vendedor no recae en una prestación de *dare*, sino en una de *facere*, es decir, no queda obligado a constituir en dueño al comprador, sino simplemente a entregarle la posesión pacífica, libre e indiscutida a la cosa *vendida* (*vacua possessio*), y por cuyo cumplimiento el vendedor respondía de culpa.

c) *Asegurar la pacífica posesión*: como consecuencia de la obligación anterior, y aunque la naturaleza de la prestación es de *facere* y no de *dare*, el vendedor debía responder si un tercero reclamaba al comprador el dominio sobre la cosa vendida, especialmente si el comprador resultaba vencido judicialmente (*evictio*).

Cuando al comprador se le entablaba una acción reivindicatoria por un tercero para reclamar la cosa que había comprado debía comunicarlo a su vendedor, quien estaba obligado a asistirle en el juicio reivindicatorio y prometerle que le iba indemnizar en el evento de resultar vencido (*evictus*).

Originariamente esta responsabilidad por la evicción de la cosa vendida era propia de la *mancipatio*, y era exigida a través de la *actio auctoritatis*, por ello cuando se realizaba una compraventa era necesario celebrar estipulaciones para que pudiera ser exigida al vendedor.

La estipulación acordada para responder por la evicción podía referirse: i) al valor de la cosa vendida; ii) al duplo como ocurría frecuentemente respecto de los inmuebles (*stipulatio duplae*), iii) al valor que la cosa tenía para el comprador que la perdía por evicción, en cuyo caso la estipulación era de un incierto (*stipulatio habere licere*), en virtud de la cual el vendedor se obligaba a indemnizar la pérdida del valor de “poder tener como dueño” que experimentaba el comprador vencido.

Finalmente la última jurisprudencia clásica consideró que la responsabilidad por evicción era un elemento natural del contrato de compraventa y, por lo tanto, el comprador la podía exigir simplemente a través de la *actio empti*, pues quedaba comprendida dentro de todo aquello que debía dar o hacer el vendedor según la buena fe. A partir de este momento, la única posibilidad que tenía el vendedor de no responder por la evicción era celebrar un pacto especial denominado *de non praestanda evictione*, en cuya virtud gozaba de una *exceptio* en el caso de serle exigida.

d) *Asegurar vicios ocultos de la cosa*: el vendedor debía asegurar al comprador por los eventuales defectos o vicios ocultos que pudiera presentar la cosa vendida, y para hacer efectiva dicha responsabilidad era habitual que se acordara una estipulación por la cual el vendedor prometía la ausencia de ciertos y determinados vicios, de tal manera que si ellos aparecían el comprador podía intentar en su contra una *actio incerti* derivada de la *stipulatio*.

Además las declaraciones expresas del vendedor sobre ciertas cualidades de la cosa o respecto de la falta de determinados defectos, e incluso su actitud dolosa sobre esta materia, podían permitir al comprador exigirle su responsabilidad mediante la *actio empti*, la que desde Justiniano también podía entablarse contra el vendedor que desconocía la existencia de tales vicios ocultos.

Una situación especial en relación a los vicios materiales de las cosas vendidas se fijaba en el edicto de ediles curules, a través de la *actio redhibitoria* y de la *actio quanti minoris*, que operaban en los casos de ventas de esclavos y animales mancipables realizadas en el mercado.

Tratándose de la venta de esclavos en el mercado, se exigía al vendedor que declarara expresamente las enfermedades crónicas (*morbi*) y los defectos físicos no aparentes (*vitia*), o los defectos graves de costumbres del esclavo vendido, de tal manera que si llegaba a aparecer algún vicio oculto, o no se presentaba alguna de las cualidades declaradas, el comprador podía dentro del plazo de seis meses entablar en su contra la *actio redhibitoria* para resolver el contrato mediante la restitución recíproca de la cosa vendida del precio pagado por ella.

Además el comprador que detectaba la presencia de alguno de los defectos ocultos, o la ausencia de alguna cualidad declarada, podía dentro de un año ejercitar contra el vendedor la *actio quanti minoris* para obtener la reducción del precio en proporción al defecto aparecido o a la falta de la cualidad declarada.

4.2. Obligaciones del comprador

El cumplimiento de las obligaciones por parte del comprador le podía ser exigido por el vendedor mediante la *actio venditi*, y ella se reducía básicamente a pagar el precio (*solvere*).

5. Pactos accesorios a la compraventa

La compraventa podía admitir algunas modalidades especiales derivadas de ciertos pactos que podían acceder a ella. Aunque por su propia naturaleza los pactos no generan acción, sino sólo excepción, estos pactos que accedían al contrato quedaban cubiertos por las mismas acciones contractuales, y su contenido podía ser exigido mediante las respectivas *actio venditi* y *actio empti*.

Los principales de estos pactos eran los siguientes:

5.1. ***Lex commisoriae***: era un pacto en virtud del cual el vendedor pretendía asegurarse el cobro del precio, reservándose el derecho de resolver la compraventa si el comprador no pagaba dentro de cierto plazo.

La jurisprudencia clásica consideró esta cláusula como una condición de carácter suspensivo, y desde el siglo II la estimó como un pacto de resolución, cuyos efectos no operaban *ipso iure*.

5.2. ***Pactum displicentiae***: también llamado “de retrovendo”, era aquel pacto mediante el cual el comprador se reservaba el derecho de devolver la cosa comprada al vendedor dentro de cierto plazo, en cuyo caso podía el comprador reclamar el precio a través de la *actio empti*, a cambio de la devolución de la cosa.

5.3. “*Pactum de retroemendo*”: en virtud de este pacto el vendedor se reservaba el derecho de recuperar la cosa vendida, previa devolución del precio que había cobrado.

¶ 4. ARRENDAMIENTO

1. Noción

El arrendamiento, llamado *locatio conductio*, era entendido genéricamente por la jurisprudencia romana clásica como un contrato en virtud del cual una parte llamada *locator* (arrendador) se obligaba para con otra llamada *conductor* (arrendatario) a colocar una cosa temporalmente en sus manos, para que este la llevara.

El arrendamiento así entendido genéricamente podía recaer sobre una cosa, una obra, o servicios.

i) *Locatio conductio rei* (arrendamiento de cosa): es un contrato en virtud del cual el *locator* se obliga a entregar al *conductor*, un inmueble o una cosa mueble no consumible para que este la use y disfrute a cambio del pago de un precio (*merces*).

ii) *Locatio conductio operis* (arrendamiento de obra): es un contrato en virtud del cual el *conductor* se obliga a entregar una obra terminada sobre una cosa que ha puesto con tal fin el *locator*, quien se obliga al pago de un precio.

iii) *Locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios): es un contrato en virtud del cual el *conductor* se obliga a realizar un servicio determinado en favor del *locator*, quien se obliga a pagar un precio por ello.

2. *Locatio conductio rei*

Como queda dicho, en el arrendamiento de cosa el *locator* se obliga a ceder al *conductor* el uso y disfrute de un bien inmueble o de una cosa mueble no consumible, a cambio de un precio que se obliga a pagar el *conductor*.

El *conductor* (arrendatario) de una finca urbana era llamado *inquilinus*, y el de predios rústicos era llamado *colonus*.

El *conductor* es un mero detentador de la cosa arrendada, pues la posesión la mantiene el *locator*, precisamente a través de él (*detentor*), y por esta razón adquiere los frutos de la cosa mediante su percepción consentida por el *locator*.

Las obligaciones del *conductor* pueden serle exigidas mediante la *actio locati* que, como todas las contractuales, es de buena fe, *in ius*, con *intentio* incierta y *demonstratio*. Tales obligaciones del arrendatario eran las siguientes:

i) Usar y disfrutar la cosa conforme a su naturaleza y a lo acordado, pero no se entiende que deba usar de ella personalmente, en razón de lo cual puede subarrendar la cosa, a menos que expresamente se le hubiera negado tal posibilidad.

Por el cumplimiento de esta obligación el arrendatario respondía de *culpa*, pero si la cosa arrendada era mueble respondía de *custodia*.

ii) Pagar la merced fijada en el tiempo acordado, todo ello en la medida en que ha podido usar la cosa arrendada. Esta merced podía consistir en una proporción de los frutos de la cosa arrendada, en cuyo caso se hablaba de *colonia partiaria* (aparcería).

iii) Hacerse cargo de las impensas necesarias para el mantenimiento y conservación de la cosa arrendada, pues las restantes eran de cargo del *locator*.

iv) Restituir la cosa arrendada en el momento de término del arrendamiento.

Ordinariamente el arrendamiento de fincas rústicas solía acordarse por un plazo de cinco años, y podía prorrogarse por la aceptación tácita de los contratantes una vez llegado el plazo prefijado. Esta próroga era por otro plazo igual respecto de las fincas rústicas, y por el de efectiva ocupación por parte del *inquilinus* en el caso de las urbanas.

Si el *locator* vendía y entregaba la cosa arrendada a un tercero, este nuevo adquirente podía oponerse a la continuación del arrendamiento y privar al arrendatario del uso de la cosa, e igual ocurría si el arrendador constituía un usufructo sobre la cosa arrendada.

3. *Locatio conductio operis*

Se ha dicho que la *locatio conductio operis* (“arrendamiento de obra”) es un contrato en virtud del cual el *conductor* se obliga a entregar una obra terminada sobre una cosa que ha puesto con tal fin el *locator*, quien se obliga al pago de un precio.

Si bien se trata de la entrega de una obra terminada, la obligación del conductor consiste en una prestación de *facere* y, en consecuencia, es indivisible. Puede tratarse de una amplia gama de obligaciones de hacer, tales como, construir, fabricar, reparar, etc.

Para que este contrato se mantenga como una verdadera *locatio conductio operis* el *locator* debe poner algo a disposición del *conductor*, pues y este último pone toda la materia se estimaba que se trataba de una compraventa. Así si se da al artífice el oro para que confeccione una joya se está en presencia de una *locatio*, pero si el artífice pone el metal, se está en presencia de una compraventa.

4. *Locatio conductio operarum*

La *locatio conductio operarum* (“arrendamiento de servicios”) es un contrato en virtud del cual el *conductor* se obliga a realizar un servicio determinado en favor del *locator*, quien se obliga a pagar un precio por ello.

En este caso, a diferencia de la *locatio conductio operis*, la obligación del *locator* es de *dare operas* y, por lo tanto, es de naturaleza divisible, de tal manera que el *conductor* está obligado a pagar el precio por la cantidad de trabajo realizado o por el tiempo de los servicios.

¶ 5. SOCIEDAD

1. Noción

La sociedad era un contrato en virtud del cual dos o más personas acordaban poner algo en común para obtener una ventaja también común.

2. Caracteres

Los elementos característicos de la sociedad eran los siguientes:

a) *El acuerdo de los socios en orden a realizar un aporte*: los socios no realizaban un aporte, sino que se obligaban a hacerlo (de allí que se diga que la sociedad era un contrato consensual). El aporte al que se obligaban los socios podía ser de diversas especies, y no se requería que fuera igual, así por ejemplo, podía consistir en bienes, dinero, e incluso trabajo.

b) *La participación en las pérdidas y ganancias*: en caso alguno podía acordarse una sociedad en que alguno o algunos de los socios no tuvieran participación en las ganancias o beneficios (*societas leonina*).

Sin perjuicio de la restricción anterior, las partes podían libremente estipular la forma de participación en las pérdidas y ganancias, pero si no lo hacían ella debía ser proporcional a los aportes.

c) La sociedad podía acordarse respecto de todos los bienes de los socios (*societas omnium bonorum*), pero también podía tener como objeto un cierto negocio fijo y estable, o una operación única y temporal (*societas unius rei*, *societas alicuius negotiationis*).

d) *Actuación de los socios*: la sociedad en el derecho romano clásico no constituía una “persona jurídica”, y por ello el patrimonio aportado constituía una comunidad, respecto de la cual cada uno de los socios era dueño de una parte de ella.

La actuación o gestión de cualquiera de los socios sólo generaba efectos respecto de aquel que había obrado, y por lo tanto dichos efectos debían con posterioridad ser comunicados a los restantes socios. Por esta razón no se requería una “voluntad común” de la sociedad para actuar.

e) *Acciones*: supuesto que la sociedad generaba una comunidad respecto de los aportes hechos por los socios, cada uno de ellos disponía de la *actio communi dividundo* para obtener la eventual división de la copropiedad que se hubiera producido.

Además de dicha acción divisoria, los socios cuentan con la *actio pro socio* dirigida a liquidar las deudas pendientes entre dos socios por gestiones relativas a la sociedad. Como las demás acciones contractuales, era esta un acción *in ius concepta, ex fide bona, con demonstratio*. Esta acción además era infamante, y cuando se trataba de una *societas omnium bonorum* el socio gozaba del *beneficium competentiae*.

f) *Responsabilidad por culpa*: debido a la existencia de la *actio pro socio* la responsabilidad de los socios se extendía en el derecho clásico hasta la culpa, es decir, hasta la falta de la diligencia debida respecto de las cosas comunes. En el derecho justiniano se aplicaba en esta materia el criterio de la culpa leve “in concreto”.

3. Extinción

La sociedad se extinguía por las siguientes causas:

a) Por la muerte de uno de los socios, pues la sociedad exigía un vínculo de confianza entre todos ellos, el cual era intransmisible, por lo cual no continuaba la sociedad con los herederos del socio difunto, aunque en el derecho de la época justiniana se admitía constituir una sociedad con el acuerdo de que ella continuara sólo con los socios supervivientes.

b) Supuesta la misma confianza que debía existir entre los socios, cualquiera de ellos podía revocarla en cuanto se perdiera dicha confianza, renuncia que no sólo implicaba su salida de la sociedad, sino la extinción de ella.

c) La *capitis deminutio* de uno de los socios extinguía la sociedad.

d) El ejercicio de la *actio pro socio* por cualquiera de los socios ponía término a la sociedad, pues presuponía el término de la confianza.

e) El concurso de acreedores respecto de alguno de los socios también extinguía la sociedad, porque implicaba la pérdida de la confianza.

¶ 6. MANDATO

1. Noción

El mandato era un contrato en virtud del cual una parte, denominada mandante (*mandator, dominus negotii*), encomendaba a otra, denominada “mandatario”ⁱ (*procurator, qui mandatum acceperit*), la realización gratuita de una gestión o de un encargo.

2. Caracteres

Los caracteres principales del contrato de mandato eran los siguientes:

- a) *Consensual*: el mandato era un contrato consensual.
- b) *Gratuidad*: el “mandatario” se obligaba a realizar gratuitamente una comisión o encargo que le había sido encomendada por el mandante. Si el “mandatario” recibía un precio por su gestión, se estaba en presencia de una *locatio conductio operarum*.
- c) El objeto del mandato podía consistir en el encargo general de realización de negocios, o en la comisión de un negocio determinado, los que, en todo, caso debían consistir en actividades lícitas y dignas de un ciudadano, que pudieran ser ejecutadas por el “mandatario”.
- d) El mandato no podía beneficiar exclusivamente al “mandatario” (*mandatum tua gratia*), porque en este caso el “mandatario” no tenía intención de obligarse, y su obligación era esencial en este contrato.
- e) El mandato no implicaba representación.
- f) En cuanto el mandato era un encargo de confianza, se entendía que era personalísimo.
- g) El “mandatario” respondía, en principio, solamente por *dolus*, pero en cuanto la *actio mandati* era de buena fe podía, a través de ella, exigírsele la responsabilidad por culpa.

3. Acciones

El mandante podía recurrir a la *actio mandati* para exigir al “mandatario” que le rindiera cuenta de la gestión encomendada y que le transfiriera lo que hubiera obtenido con aquella gestión.

Era esta una acción *in ius concepta, ex fide bona*, que acarreaba la nota de infamia cuando era por dolo.

Esta acción podía utilizarla también el “mandatario” en carácter de *iudicium contrarium* para que el mandante le reembolsare los gastos en que hubiera incurrido en el ejercicio del encargo, o para que le indemnizare los perjuicios que le hubiera ocasionado el encargo.

ⁱ La expresión 'mandatarius' es de origen romano-visigótica, pue aparece en el derecho de los visigodos en una ley de Chindasvinto incluida en el *Liber Iudiciorum*.

4. Extinción

El mandato se extinguía por la muerte de cualquiera de las dos partes, en cuanto era un negocio personalísimo, y lo mismo ocurría si alguna de las partes caía en *capitis deminutio*. Igualmente cualquiera de las partes podía desistir del contrato.

IV. OBLIGACIONES Y ACCIONES PENALES

Las obligaciones y acciones penales podían agruparse en dos series, a saber, i) los delitos civiles y pretorios afines y; ii) los delitos pretorios autónomos.

i) Delitos civiles y pretorios afines: tales eran los siguientes:

- 1) *Furtum*.
- 2) *Damnum iniuria datum*.
- 3) *Iniuria*.

ii) Delitos pretorios autónomos: ellos eran los que siguen:

- 1) *Quod metus causa factum erit*.
- 2) Dolo malo.
- 3) Delitos pretorios semejantes al dolo.

Los delitos constituían, en general, actos ilícitos que daban origen a un juicio penal ordinario, en contraposición a aquellos actos ilícitos que daban lugar a un crimen perseguible mediante un juicio público.

Los delitos consistían en agravios privados de carácter patrimonial o de carácter personal, que presuponían la malicia o dolo de quien los cometía (*scientia dolo malo*), y por ello quienes no eran capaces de dolo no podían cometer delitos (v.gr furiosos, infantes).

¶ 1. DELITOS CIVILES Y PRETORIOS AFINES

1. *FURTUM*

1. Noción

El *furtum* era un delito privado, que daba origen a una obligación penal, que consistía en el apoderamiento ilícito y clandestino de una cosa mueble ajena, contra la voluntad del dueño.

2. Elementos

Para que se configurara el delito de *furtum* era necesario que se presentaran las siguientes condiciones:

- a) Que se tratara de una cosa mueble o de una persona libre sometida a potestad.
- b) Que la cosa perteneciera a alguna persona.
- c) Que se cometiera contra la voluntad de la persona que lo sufría.
- d) Quien hurtaba debía actuar con *dolo malo*.
- e) Que hubiera *contrectatio*, esto es, un desplazamiento de la cosa hurtada.
- f) Que quien cometía el hurto realizara alguna adquisición como resultado de su acto ilícito, lo que suele denominarse como "ánimo de lucro", pues la destrucción de una cosa ajena no era considerada como hurto.

3. Tipos de *Furtum*

Sobre la base de un texto del *Digesto* (47.2.1.3), con toda probabilidad interpolado, se acostumbra distinguir entre *furtum rei*, *furtum usus*, y *furtum possessionis*.

El *furtum rei* se presentaba en los casos de apoderamiento doloso de una cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño.

El *furtum usus* consistía en el abuso respecto de una cosa confiada, por ejemplo, cuando el depositario usaba la cosa que le había sido depositada, o cuando el comodatario daba a la cosa comodad un uso distinto a aquel que había sido convenido.

El *furtum possessionis* se presentaba cuando se substraía la posesión por parte del dueño de la cosa que no tenía derecho a ella, por ejemplo cuando el dueño substraía la cosa pignorada al acreedor pignoraticio, o cuando la vendía a un tercero.

4. Acciones civiles del hurto

En la *Ley de las XII Tablas* se mencionaban las siguientes acciones civiles para determinados casos de *furtum*:

a) *Actio furti nec manifesti*: se podía recurrir a ella en todo caso de hurto, y era una acción *in ius concepta* con una *condemnatio* por el duplo del valor de la cosa substraída, y que traía aparejada la nota de infamia. Además podía dirigirse contra el instigador o el cómplice, a quienes se consideraba como autores punibles en cuanto en la fórmula de la acción se empleaba la frase *ope consiliove*, es decir, *ope* cuando se refería a quien había cooperado materialmente, y *consilio* cuando se refería al dolo del autor o del inductor.

b) *Actio furti concepti*: era aquella que se podía intentar cuando el delito de *furtum* había sido descubierto mediante el registro del domicilio de quien lo había cometido, y su condena era al triple del valor de la cosa substraída.

c) *Actio furti oblati*: era la acción que se daba en favor de quien había sufrido la *actio furti concepti* en contra del verdadero ladrón, y también tenía una condena al triple del valor de la cosa.

d) *Actio de tigno iuncto*: era la que se daba contra aquel que había aprovechado furtivamente materiales de construcción ajenos, y cuya condena era al *duplum*.

5. Acciones pretorias *in factum*

El pretor concedía ciertas acciones *in factum* para el castigo de algunas especies de *furtum*, tales eran las siguientes:

a) *Actio furti manifesti*: era una acción pretoria *in factum concepta* con una condena al cuádruplo del valor de la cosa sustraída, cuando se trataba de un hurto flagrante, es decir, cuando quien lo cometía era sorprendido en el acto del *furtum*.

b) *Actio furti non exhibiti*: que se daba en contra de aquel que no presentaba la cosa respecto de la cual se podía probar que la tenía en su poder.

c) *Actio furti adversus nautas caupones stabularios*: era una acción al *duplum* contra los dueños establecidos como *nautae* (transportistas marítimos), *caupones* (*hospederos de albergues*) o *stabularii* (hospederos de establos), por los delitos de hurto cometidos por sus dependientes.

d) *Actio vi bonorum raptorum*: era una acción pretoria *in factum* infamante, que se podía dirigir contra quien había hurtado valiéndose de la violencia por el cuádruplo del valor de la cosa sustraída durante el lapso de un año desde cometido el delito, pues transcurrido dicho tiempo solamente se daba por el *simplum*.

2. DAMNUM INIURIA DATUM

1. Noción

El *damnum* era típicamente un daño o pérdida experimentado por el dueño de una cosa que le pertenecía, y en cuanto delito de *damnum iniuria datum* ("daño injustamente causado") apareció tipificado por un plebiscito, probablemente del año 286 a.C., conocido bajo el nombre de *Lex Aquilia de damno*.

2. Contenido de la *Lex Aquilia de damno*

Esta ley contenía tres capítulos que se ocupaban de las siguientes materias:

a) El primer capítulo se refería al delito de daño causado por dar muerte a un esclavo o a un cuadrúpedo mayor, dándose en contra del autor del delito una acción por el más alto valor que hubiera alcanzado la cosa durante el año anterior a la causación del daño.

b) El segundo capítulo se refería a la *adstipulatio* y daba una acción contra el *adstipulator* que fraudulentamente había hecho remisión del débito al deudor.

c) El capítulo tercero se refería a toda clase de daños, tales como dar muerte (*occidere*) a animales distintos a los cuadrúpedos, quemar (*urere*), romper (*frangere*), y quebrar (*rumpere*) cosas ajenas, en cuyo caso la acción llevaba como pena el más alto valor que la cosa hubiera tenido durante los treinta días “próximos”.

3. Interpretación jurisprudencial de la *Lex Aquilia de damno*

Los juristas de la época clásica realizaron una importante labor de interpretación de esta ley, y entre sus principales extensiones e interpretaciones se hallaban las siguientes:

a) La jurisprudencia entendió que el término “próximos” a que hacía referencia el capítulo tercero de la ley para calcular el mayor valor de la cosa, era el de los anteriores.

b) Los juristas interpretaron el término *rumpere* como equivalente a *corrumpere*, de tal manera que todo perjuicio causado por destrucción o daño de la cosa, quedaba comprendido en la Ley.

c) La palabra *iniuria* utilizada por esta Ley fue interpretada por los juristas no únicamente en su acepción de *dolo*, sino también en la de ciertos actos de negligencia que causaban daños a otra persona, y para designar a este género de conducta negligente recurrieron a la expresión *culpa*, de tal manera el delito de *damnum iniuria datum* pasó a ser el ejemplo típico de un delito culposo, esto es, en el cual sólo era necesaria la negligencia o culpa del autor (“culpa aquiliana” o “culpa extracontractual”).

4. Extensión pretoria de la *Lex Aquilia*

El pretor amplió la sanción civil de los daños mediante una serie de acciones que extendían mediante fórmulas *in factum* y fórmulas con ficción las prescripciones de la *Lex Aquilia de damno*. Tales ampliaciones eran las siguientes:

a) El daño al cual se refería la *Lex* debía ser *datum*, lo que se entendía como una relación causal corporal entre el acto del autor y el daño causado. Pero el pretor daba una *actio in factum concepta* en casos en los cuales no se había causado el daño tan corporalmente, pero la acción del sujeto había dado ocasión a que el daño se produjera, por ejemplo, aunar a un animal para que se precipite por un precipicio.

b) La acción civil de la *Lex Aquilia* solamente se daba en favor del dueño quirritario, pero el pretor la extendió en carácter de *utilis* mediante una ficción a los peregrinos, al usufructuario, al acreedor pignoraticio.

5. Otras acciones clásicas derivadas del *damnum iniuria datum*

a) En el Edicto del pretor Marco Terencia Lúculo (76 a.C.) se introdujo una acción *in factum* por el cuádruplo del daño en el caso del daño cometido por una cuadrilla de hombres armados (*damnum vi hominibus armatis coactisve datum*)

b) En el caso de daños cometidos aprovechándose de una calamidad pública, como incendio, ruina, naufragio, se daba una acción al cuádruplo.

c) En el caso de daños cometidos con ocasión de una revuelta (*turba*) se daba una acción al *duplum*.

3. INIURIA

1. Noción

La voz *iniuria* comprendía todo comportamiento injusto, pero en la rúbrica del Edicto se la empleaba en el sentido de las lesiones inferidas a las personas libres en su integridad personal, tanto física como moral.

2. *La actio iniuriarum*

Era una acción penal, pretoria *in factum*, anual, e intransmisible activa y pasivamente, que tenía por finalidad conseguir una pena que el juez debía fijar equitativamente en cuanto procediese, dependiendo de las circunstancias del acto y de las personas afectadas por él, de allí que a esta acción se la llame “estimatoria”.

Los supuestos considerados en el Edicto para que procediese esta acción eran los siguientes:

- a) Las lesiones causadas en el cuerpo de un hombre libre.
- b) Reunirse ante la casa de alguien para ofenderle a voces e insultarle con alboroto.
- c) Difamaciones.
- d) Importunar a una *mater familias* apartándola de sus sirviente o acompañante, o seguir a un joven o a una joven importunándoles.

La estimación de la pena se refería directamente a la ofensa moral producida por la injuria (*contumelia*), y por ello aumentaba de cuantía según la dignidad de la víctima, la gravedad del escándalo, etc.

¶ 2. DELITOS PRETORIOS AUTÓNOMOS

Además de los delitos pretorios vinculados a los delitos civiles señalados en el apartado anterior, había otros autónomos, que eran los siguientes: 1) *Quod metus causa factum erit*; 2) Dolo malo y; 3) Delitos pretorios semejantes al dolo.

1. METUS

El pretor daba una *actio quod metus causa* por el delito que consistía en retener una adquisición derivada de un acto causado por medio de una amenaza violenta que había intimidado (*metus*) a quien había sufrido el menoscabo patrimonial.

Esta acción fue introducida por el pretor Octavio el año 80 a.C., y por ello suele llamársela “Acción Octaviana”.

Esta acción pretoria *in factum* era al cuádruplo del valor de la cosa extorsionada, y transcurrido el año se daba por el lucro obtenido, y en su fórmula se incluía la cláusula arbitraria, y no llevaba aparejada la nota de infamia.

2. DOLUS

La acción de dolo malo fue creada por el pretor Aquilio Galo a mediados del siglo I a.C., es decir, se tipificaba como delito el engaño malicioso (*dolus malus*) y la acción correspondiente se daba por el valor del perjuicio sufrido, solamente en el caso de no existir ninguna otra acción posible, es decir, se trataba de una acción “subsidiaria”.

Después de pasado un año se daba solamente una acción por el lucro obtenido, que no era de carácter penal. Lo mismo ocurría cuando se intentaba la acción contra los herederos del autor del dolo.