

NOMBRE DE LA ASIGNATURA
DERECHO ROMANO II
CICLO MÓDULO PRIMERO BÁSICO
CLAVE DE ASIGNATURA
LD

1. LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO.

1.1. Concepto de obligación.

Los jurisconsultos en Roma utilizaban la palabra “obligatio” en un sentido amplio, para hacer alusión tanto al crédito como a la deuda. La teoría de las obligaciones fue desarrollada ampliamente por los romanos. Es obra de la razón de sus jurisconsultos, quienes interpretaron correctamente la voluntad de los sujetos de la obligación, sustituyendo el formulismo del Derecho Romano Primitivo.

Una noción de obligación que está contenida en la obra de compilación justiniana denominada “Las Institutas de Justiniano” dice, que la aquella es:

“(...) un lazo de derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar alguna cosa conforma al Derecho de nuestra ciudad”¹

Es así, como la obligación es vista como un lazo que une a una persona con otra, o sea, que vincula a los sujetos que la han creado. Ese lazo no constituye una atadura material, sino por el contrario, una unión de naturaleza jurídica.

La "obligatio" no sólo es entendida como la describe la noción anterior, sino que también como fuente de la obligación; el derecho del que puede exigir la prestación; el deber respectivo del que se ve compelido a ésta; el documento que sirve de prueba de la existencia de una obligación y la sujeción de una cosa a prenda o hipoteca.

Una noción de obligación jurídica complementaria está contenida en el Derecho de Justiniano, específicamente en el “Corpus Iuris” y dice que aquella es:

¹ PETIT, Eugene; Derecho Romano; Porrúa; 23° edición; México; 2007; p. 313.

“(…) iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius sovendae rei, secundum nostrae civitatis iura”²

Analizándola, habría que empezar por reconocer lo acertado de calificar a la obligación como un vínculo jurídico. En cuanto a la referencia “iura nostrae civitatis”, hace referencia y califica a la obligación como una relación triangular, puesto que están inmersos en ella dos sujetos, un activo denominado acreedor, y otro pasivo, llamado deudor, y entre ambos existe de por medio un vínculo que se da respecto del tercer elemento de la relación triangular, que es el objeto. Este tercer elemento a juicio de Guillermo Floris Margadant no es el objeto, sino la *comunidad política* que por medio de su sistema legal sanciona ese “vinculum iuris”.³

El mismo autor aporta una noción de obligación, al decir que es:

“(…) un vínculo jurídico entre dos o más personas, de las cuales una o más (sujeto activo o sujetos activos) están facultada para exigir de otra, u otras, cierto comportamiento positivo o negativo (dar, facere, praestare, no facere, pati) mientras que el sujeto o los sujetos pasivos tiene el deber jurídico de observar este comportamiento, deber sancionado mediante una acción personal.”⁴

La obligación es un vínculo establecido por el derecho que nos obliga a cumplir una determinada conducta, ya que la sustancia del derecho personal no consiste en otorgar el dominio sobre un objeto o una servidumbre a favor de su titular, sino que pretende que una persona quede sujeta a llevar a cabo una acción, esto es, a la ejecución de un comportamiento sancionado mediante un acto personal.

La expresión obligación jurídica, etimológicamente hablando proviene del vocablo latino “ob-ligatus”, por ello es que la teoría de Bonfante sostiene que la obligación

² MARGADANT S., Guillermo Floris; Derecho Romano; Esfinge, 8 edición; México; 1977; pp. 304 a 307. El autor citado dice que esta noción de obligación traducida, significa que la obligación es un vínculo jurídico por el cual quedamos constreñidos a cumplir, necesariamente, de acuerdo con el derecho de nuestra comunidad política.

³ Ídem.

⁴ Ídem.

jurídica en Roma, nació en tiempos arcaicos en el campo del Derecho Penal, o sea de los delitos. Originalmente la comisión de un delito traía como resultado a favor de la víctima o de sus familiares, un derecho de “venganza”, que en algunos casos estaba limitado por el contenido de la Ley del Talión, y que hacía posible que mediante una composición o acuerdo, podía transformarse en el derecho de la víctima o su familia a exigir una determinada prestación del culpable o su familia. Como garantía para que se cumpliera esto, un miembro de la familia culpable quedaba ob-ligatus, dicho de otra manera, sujeto o atado en el domus de la familia de la víctima como una especie de rehén.⁵

La teoría de las obligaciones como la conocemos hoy en día no es propiamente una creación de los jurisconsultos clásicos o bizantinos, sin que ello no quiera decir, que no formaron parte de la construcción de las bases teóricas, porque la teoría referida tuvo como antecedente directo la reinterpretación sistemática del “Corpus Iuris”, actividad que realizaron los pandectistas alemanes del siglo XIX.

1.2. Derecho personal.

Una parte del patrimonio de las personas son los llamados “derecho reales” y los “derechos personales”, división que se deriva de la propuesta por Gayo.⁶ Al decir de Eugene Petit, a los derechos personales también se les denomina *obligaciones o derechos de crédito*. Éste último es el efecto de la relación que hay entre dos personas, de las cuales una de ellas que es el acreedor, puede exigir de la otra, que es el deudor, un hecho determinado apreciable en dinero.⁷

Esa relación puede ser considerada desde dos puntos de vista:

- a) Desde la perspectiva del acreedor, es un derecho de crédito que conforma el activo de su patrimonio;
- b) Desde el lado del deudor, es una obligación, una deuda que conforma parte de su pasivo.

⁵ Ídem; p. 308.

⁶ De las dos clases de derechos: “ius quod ad personas pertinent” que es el derecho perteneciente a las personas; otro tipo de derechos, es el “ius quod ad res petinet” que es el derecho perteneciente a las cosas.

⁷ Véase; PETIT, Eugene; Derecho Romano; ob. cit.; p. 313.

Los derechos personales y reales traen aparejadas acciones procesales que hacen posible su exigibilidad, en el caso de los primeros la acción se ha llamado “actio in personam”; la acción propia de los derechos reales se le ha dado el nombre de “actio in rem”.

El derecho personal permite a su titular reclamar de determinada persona la prestación de un hecho, ya positivo o negativo, que consiste en un “dare” (trasmitir el dominio sobre algo); en un “facere” (realizar un acto con efectos inmediatos); un “praestare” (realizar un acto sin inmediatas consecuencias visibles, como cuando se garantiza una deuda ajena o cuando uno se hace responsable de cuidar de un objeto o se declara dispuesto a posponer el cobro de un crédito); un “non facere” que es un no hacer o abstenerse de hacer y un “pati” que es una conducta encaminada a tolerar.⁸

Los derechos personales son correlativos a un deber individual por parte del deudor. A diferencia de los derechos reales que pueden ser violados por cualquier persona, los derechos personales únicamente serán vulnerados por el sujeto pasivo de la relación, denominado “deudor”. Los derechos personales son derechos de naturaleza incorporal.

Hasta el momento ya se han aportado elementos de conocimiento que permiten tener una idea precisa de lo que son las obligaciones, toca ahora realizar un ejercicio de clasificación de las mismas, para conocer las diversos tipos y modalidades que presentan, lo que permitirá identificarlas en los campos de acción de las obligaciones.

Las obligaciones se clasifican en 4 grandes campos:

- A) Atendiendo a los sujetos que participan en ellas.*
- B) Atendiendo a los objetos de las obligaciones.*
- C) Atendiendo al derecho del cual provienen.*
- D) Atendiendo a su eficacia procesal.*

A) De conformidad con este criterio de clasificación, las obligaciones se subclasificarán en los siguientes tipos:

- a) Obligaciones ambulatorias.

⁸ Véase; MARGADANT S., Guillermo Floris; ob. cit.; pp. 304 a 307.

Generalmente las obligaciones jurídicas se presentan entre sujetos individualmente determinados desde un principio. Sin embargo, algunas de ellas no se dan de esta manera, ya que el acreedor o el deudor o ambos, no siempre están individualizados al momento de constituirse la obligación, por lo que las calidades de uno u otro no recaen en personas determinadas.

Como ejemplo de este tipo de obligaciones están las siguientes:

- I. La obligación de pagar los daños causados por un animal, un esclavo o un hijo, que están a cargo de quien tenga el carácter de “dominus” al momento en que se realizó el acto generador del daño.
- II. La obligación que tiene el propietario, el enfiteuta o el superficiario de pagar los impuestos vencidos, aun cuando la falta de pago se debe a otras personas, que fueron las que tuvieron con anterioridad.
- III. La obligación de reparar el muro a cargo de quien sea dueño del inmueble sirviente en el momento de ser pedida la reparación. En este supuesto es factible la indeterminación de acreedor, ya que no se sabe cuando ocurra el suceso y quién será el dueño del predio dominante para ese momento.

Este tipo de obligaciones también se le conocen con el nombre de “obligaciones propter rem” y su cumplimiento se debe exigir con el ejercicio de la “*actio in rem scripta*” que se dirige en contra de la persona que tenga el carácter de deudor al momento de intentarse el ejercicio de la acción.

b) Obligaciones parciarias, mancomunadas o a prorrata.

Lo normal cuando se constituye una obligación es que haya un acreedor, un deudor y un objeto, sin embargo, por excepción es posible que haya una comunidad o pluralidad de acreedores o de deudores o de ambos a la vez, lo que trae como consecuencia que se parcialicen, mancomunen o prorraten las obligaciones. Esto es, que cada uno de los sujetos de la obligación tiene derecho solamente a una parte del crédito, en el caso de que haya varios acreedores; y en el supuesto de varios deudores, cada parte deberá pagar una porción de la deuda.

c) Obligaciones correales o solidarias.

Es otro caso de obligaciones con sujetos – múltiples. Si se trata de varios acreedores, se estará hablando de correlatividad o solidaridad activa; en caso de que fueren varios los deudores se estaría hablando de correlatividad o solidaridad pasiva y, si llegare a existir una comunidad de acreedores y deudores se estaría en presencia de una solidaridad mixta.

En las obligaciones correales o solidarias, a diferencia de lo que sucede con las mancomunadas, cada acreedor tiene derecho al crédito íntegro o cada deudor debe pagar la deuda en su totalidad. El pago efectuado por uno de los deudores extingue la obligación y libera a los demás. El deudor que realizó el pago tiene a la vez el derecho de cobrar a los otros codeudores la parte que les corresponda; así como los acreedores pueden exigir su parte al acreedor que recibió la totalidad del pago.

En el Derecho Romano también era posible lograr el reembolso referido en el párrafo anterior por medio del beneficio de cesión de acciones (*beneficium cedendarum actionum*), que se otorgaba en determinados casos al deudor que había hecho el pago, quien obtenía del acreedor que lo había recibido, la cesión de su derecho de crédito, convirtiéndose el deudor que pago por los otros en su acreedor.

La solidaridad debería de manifestar de forma expresa, de no ser así, la obligación se consideraría como mancomunada. El derecho romano consideró tres fuentes de la solidaridad: el contrato, el testamento y la ley.

B) Desde este criterio de clasificación, las obligaciones se dividían en:

a) Obligaciones divisibles o indivisibles.

En las primeras, la prestación se puede cumplir de forma fraccionada sin que por ello sufra menoscabo alguno. En cambio, en la segundas sucede todo lo contrario. Como ejemplos de las obligaciones fraccionadas están las obligaciones de dar, porque una cantidad de dinero se puede pagar en parte. Las obligaciones de hacer, por regla general son indivisibles, como por ejemplo: la de realizar una operación quirúrgica.

b) Obligaciones genéricas y específicas.

Las primeras son aquellas en las que el deudor está obligado a entregar un objeto indicado sólo por su género, por ejemplo: un libro, un esclavo, un caballo, etcétera. La elección del objeto correspondía al deudor a menos que se hubiera convenido que la hiciera el acreedor o tercero. Si el objeto se perdía por causa de fuerza mayor, la obligación se extinguía mientras quedara la posibilidad de sustituirlo por otro del mismo género.

En el caso de las obligaciones específicas, el objeto está individualizado, así por ejemplo: entregar una vaca a Pedro. Si la vaca se perdía la obligación se extinguía y el deudor quedaba liberado, a menos que: se hubiera pactado lo contrario; se cayera en mora o el objeto se perdiera por culpa o dolo del obligado.

c) Obligaciones alternativas y facultativas.

Las primeras establecen dos o más prestaciones de las cuales el deudor sólo debe cumplir una. La elección le corresponde al deudor salvo que se hubiere convenido otra cosa.

Si alguna de las prestaciones se hace imposible de cumplir, la obligación no se extingue mientras el deudor pueda cumplir con cualquiera de las restantes. En cambio en las obligaciones facultativas, sólo se establece una prestación, pero en algunos casos el deudor tendrá la posibilidad de liberarse cumpliendo con otra, por ejemplo: el caso del abandono noxal, cuando el paterfamilias debe responder pagando los daños causados por el hijo, pudiéndose liberar de la obligación entregando a éste último.

C) Desde este criterio las obligaciones serán civiles u honorarias. Las primeras son las que han sido reglamentadas por el Derecho Civil. Las segundas, las que tienen su fuente de reconocimiento y creación en el Derecho Honorario.

D) Este criterio clasificatorio divide a las obligaciones en civiles y naturales. Las primeras no son propiamente las que se derivan del reconocimiento del Derecho Civil, criterio que normó la clasificación anterior “C)”, sino que son las que están dotadas de acción para exigir su cumplimiento, lo que las hace que posean eficacia procesal. En cambio, las naturales, serán las que no poseen un medio judicial que haga posible exigir su cumplimiento, lo que les impide ser eficaces a la luz del Derecho Procesal.

Algunos ejemplos de obligaciones naturales son los siguientes:

- Las obligaciones contraídas por los esclavos.
- Las obligaciones contraídas entre las personas sujetas a la misma potestad o entre éstas y el padre.
- Las obligaciones que nacen del simple pacto.
- Las obligaciones extinguidas por “capitis diminutio”, por “litis contestatio” o por “prescripción de la acción”.

Este tipo de obligaciones parecería que se coloca en el ámbito de la mora, sin embargo, no es así, ya que producen efectos jurídicos, por ejemplo:

- En caso de pago, el acreedor puede retener lo pagado puesto que el deudor no puede repetir alegando que pagó algo que no debía.
- La obligación natural puede ser garantizada por fianza, prenda o hipoteca.
- La novación puede convertirse en obligación civil.

1.3. Transmisión y extinción de las obligaciones.

El tiempo no tiene efecto sobre la existencia de la obligación, sin embargo, en la compra de créditos al ser este acto una especulación se tomaron medidas legislativas para regularlo, entre ellas una “Constitución de Anastasio” y otra de Justiniano, en las que declaran que el comprador de un crédito no puede exigir de deudor una cantidad superior al precio que ha pagado por aquél, comprendidos dentro del precio los intereses.

El tiempo es creador de una obligación excepcional que se extingue cuando el deudor ejecuta la prestación que es objeto de su deuda. Sólo hasta ese momento el acreedor de la obligación obtiene la ventaja o provecho y el deudor recobra su independencia. El lazo de derecho que los unía uno a otro se ha roto: hay “solutio”, lo que hace que la obligación quede extinguida.

El pago, o sea, la prestación de la cosa debida, constituye el fin natural y regular de la obligación; pero en el Derecho Romano no siempre fue así, sino hasta el periodo clásico cuando el simple pago extinguía ipso facto la obligación.⁹

La introducción de nuevos contratos obligó al Derecho Romano a la admisión de nuevas maneras de formación y extinción de las obligaciones tradicionales, por ejemplo: las derivadas de los contratos “re”; la liberación “per aes et libram” ya no tuvo razón de ser, porque bastaba el pago para extinguir la obligación. Con los contratos consensuales fue muy natural otorgar a la voluntad de las partes que creaba la obligación, la fuerza de disolverla: las obligaciones “consensu” pudieron extinguirse por mutuo acuerdo entre las partes.¹⁰

Los modos de extinguir han sido clasificados de forma variada, por ejemplo: unos son consagrados por el Derecho Civil y otros por el Derecho Pretoriano. Unas formas producen la extinción toda la obligación, sin importa su naturaleza; otros modos de extinción extinguen la obligación pero tomando en cuenta la naturaleza misma de ésta última, por lo que son especiales. En este documento se tomará como base de la clasificación de las diferentes maneras de extinción de las obligaciones, el criterio de los efectos que producen los modos de extinción. De conformidad con lo anterior, las formas de extinción de las obligaciones son las siguientes:

A) Forma de extinción “ipso iure”.

En este caso la obligación se extingue de pleno derecho, por lo que el acreedor pierde su acción y no puede ya perseguir al deudor, debido a que ha sido liberado de aquella. Las siguientes variantes de esta forma de extinción tienen propiamente una calidad “ipso iure”, ya que hablando en sentido estricto, son las únicas que hacen posible la desaparición total de la obligación.

Forman parte de esta modalidad de extinción:

⁹ “Antes de la época clásica, los romanos no conocían otra manera de crear la obligación contractual que el “nexum” realizado “per aes et libram” y el compromiso solemne llamado “sponsio”. El deudor obligado en el primer caso podía librarse de la obligación haciendo el pago y realizando una operación inversa: la cantidad pagada era pesada, real o ficticiamente en presencia del “librepens” y de 5 testigos; esta solemnidad era acompañada de una nuncupatio apropiada a la naturaleza de la operación.” PETIT, Eugene; ob. cit.; p. 488.

¹⁰ Estos principios subsisten en la época clásica, pero con restricciones. Por ejemplo, la liberación en la modalidad “per aes et libram” subsiste en ese momento de la evolución del Derecho Romano, pero sólo para extinguir ficticiamente ciertas deudas, cuando el acreedor hace remisión al deudor. La “acceptatio” que era especial para las obligaciones verbales, subsiste sólo para liberar al deudor de manera ficticia.

- El pago.

Es también llamado “solutio”, consiste en la ejecución de la obligación ya sea que tenga por objeto una “datio” o un hecho. Es la causa de extinción más natural y frecuente.

- La novación.

Consiste en la creación de una nueva obligación, lo que trae como resultado la extinción de la obligación precedente que es substituida por una nueva.

- La aceptilación.

Consiste en la remisión de la deuda al deudor que es celebrada de manera solemne. Esto es, al compromiso del acreedor aceptado solemnemente de no reclamar el pago. Cuando esta remisión es hecha en términos cualesquiera o tácitamente genera únicamente una excepción del deudor.

La aceptilación consiste en una interrogación seguida de una respuesta conforme a la pregunta. La fórmula utilizada en esta manera de extinción de las obligaciones es similar a la utilizada en el caso de la estipulación.

- El mutuo disentimiento.

Esto es, el acuerdo de voluntades de los elementos subjetivos de la obligación. Es un modo de extinción de las obligaciones generadas en virtud de la celebración de contratos consensuales; obra de pleno derecho y de manera absoluta, aunque está sujeta a: la condición de que el mutuo consentimiento o disentimiento intervenga “omnibus integris”, de tal forma que extinga simultáneamente cualquier tipo de obligación nacida del contrato.

- La confusión.

Esta forma de extinción de las obligaciones parte del principio jurídico de que una persona no puede deberse a sí misma. Consiste en la reunión en una sola persona de las calidades de acreedor y deudor a la vez. Esta variante de extinción se generalmente en virtud de la sucesión, ya sea que el acreedor herede del deudor o viceversa. La obligación se extingue en la medida o proporción en que se dé la confusión. Es una forma de extinción de pleno derecho, lo que la hace similar a la extinción por virtud del pago.

- La pérdida de la cosa debida.

Un principio relativo en materia de obligaciones en el Derecho Romano era que no existe ésta sin un objeto. La pérdida de la cosa debida extingue de pleno derecho la obligación. Sin embargo, esta afirmación no es absoluta, ya que la cosa es sustituida por los daños e intereses.¹¹

- La capitis diminutio.

Extingue la obligación ya que el acreedor o deudor dejan de tener la calidad de persona sujeta de derechos y obligaciones, o por lo menos, su capacidad queda reducida a grado tal, que no puede ser titular de derechos y menos de ser obligado en un acto jurídico.

B) Las otras formas de extinción de las obligaciones son las que otorgan al deudor una excepción perpetua que les da la posibilidad de paralizar o inutilizar a la acción. Dentro de esta clasificación se ubican:

- Pacto de remisión.

En Roma se le denominada “pacto ne petatur”, consiste en que el acreedor hace remisión de la obligación al deudor sin emplear forma alguna que esté revestida de solemnidad. Es suficiente para que opere el simple acuerdo, sin que sea necesaria su expresión verbal o escrita. Es posible que la remisión opere tácitamente, por ejemplo, cuando el acreedor entregue al deudor el documento en el que consta la obligación a cargo de éste último.

Se aplica a cualquier tipo de obligación, aunque sólo es una simple convención con efectos de extinción. Extingue de pleno derecho las obligaciones siguientes: las obligaciones naturales; las obligaciones nacidas del hurto o injuria; cualquier tipo de obligación que no sea exigida por el acreedor al deudor.

- El juramento.

Consiste en la afirmación solemne de un derecho o de un hecho. Podía ser necesario o voluntario. Dos personas pueden convenir que se remitirán al juramento de una de ellas, cuando entre las mismas hay duda sobre la existencia de un derecho.

¹¹ Al respecto hay que hacer la siguiente distinción: a) Si el objeto de la obligación son cosas “in genere”, la pérdida de la cosa que el deudor destinaba al pago no lo libera, puesto que está en la posibilidad real de proporcionar al acreedor otra cosa de la misma especie; b) si la obligación tiene por objeto “un cuerpo cierto” la pérdida de cosa libera al deudor si resulta de un caso fortuito de fuerza mayor, pero si es por su dolo o culpa, nunca opera la liberación ni la extinción de la obligación. Véase: PETIT, Eugene; ob. cit.; p. 501.

- La compensación.

Esta forma de extinción se actualiza cuando dos personas son recíprocamente acreedoras y deudoras, las dos deudas pueden extinguirse hasta concurrencia de la menor, como si cada deudor empleará lo que deba de pagarse lo que es debido.

En el derecho contemporáneo la compensación es legal, operando en principio de pleno derecho. En el Derecho Romano la compensación era judicial. El deudor perseguido por el acreedor puede hacerla valer ante el juez, como excepción, que es también acreedor del demandante, y es el juez quien, por medida de equidad, opera la compensación.

- La litis contestatio.

En principio extinguía la obligación "ipso jure", pero no otorgaba al deudor más que la posibilidad de excepcionarse. Su efecto más importante, es que se transforma el derecho primitivo del demandante. Crea entre las partes una nueva obligación especial, que en todos los casos es la misma, y en virtud de la cual el demandado está sujeto al demandante para seguir el curso del proceso y la condena.

En estos supuestos, la obligación no está extinguida en realidad, pero el resultado práctico es el mismo, debido a que el acreedor no puede sacar ninguna ventaja de la obligación. Esta clase de extinciones se les ha denominado "exceptionis ope".

Entre las formas de extinción señaladas en el "A)" y "B)" se ha dicho que sólo hay una diferencia de carácter práctico, sin embargo, ello únicamente es en apariencia, ya que se presentan verdaderas diferencias, entre ellas las siguientes:

- a) El deudor que se extingue "ipso jure", queda libre de una manera absoluta; pero cuando la obligación sólo se extingue "exceptionis ope", puede ser perseguido por el acreedor y condenado, si no ha tenido cuidado de prevalecerse de su excepción, bien delante del magistrado o del juez dependiendo de la naturaleza de la acción.
- b) La obligación extinguida "ipso jure" es definitivamente anulada. Al contrario, si el deudor sólo tiene una excepción, la obligación todavía existe, sólo está

paralizada, puesto que si la causa de donde nace la excepción deja de existir, la obligación recobra su vida como si nada hubiere pasado.

- c) La extinción de la obligación “ipso jure” produce efecto cuando menos en lo general respecto de todos los individuos; en cambio, la excepción es muy frecuente que únicamente produzca efectos respecto de ciertas personas.

Por cuanto se refiere al tema de la transmisión de las obligaciones en el Derecho Romano, hay que señalar que debe de hacerse la diferencia entre la transmisión de un derecho de crédito que tiene el acreedor, y por otro lado, la transmisión de la deuda o deber de pagar a cargo del deudor.

En el mundo del Derecho Romano, tanto el crédito como la deuda podían transmitirse. En el primer caso, el acreedor cede su crédito a toda persona; en el segundo, un nuevo deudor ocupa el sitio del titular primario de la deuda. La primera forma de transmisión se le denomina “cesión de créditos”; y en el otro caso (transmisión de deuda), se le llamará “asunción de deuda”.

La cesión de créditos era factible realizarla a través de la novación y de la “procuratio in rem suam”. La primera es la sustitución de una antigua obligación por una nueva, cambiando uno de los elementos de la primera, que es el acreedor. En cuanto a la “procuratio in rem suam” la cesión se hace a través de la representación procesal.

Para el caso de asunción de deuda, en el Derecho Romano se utilizó la novación, que se le denominó “delegación”, y la “procuratio in rem suam”. En el caso de la delegación, el primer deudor, el que sale de la relación, se le denominada “delegante”; el nuevo deudor, se le daba el nombre de “delegado” y el acreedor que era el mismo, se le conocía como “delegatario”.

1.4. Fuentes de las obligaciones.

A parte de los contratos y los convenios –que serán material de análisis en temas posteriores-, en el Derecho Romano existieron otro tipo de fuentes de las obligaciones como:

I. Cuasicontratos.

Son otra fuente de las obligaciones en el Derecho Romano¹², por ello tienen afinidad con los contratos y también por poseer a la licitud como uno de sus elementos. Algunas clases de cuasicontratos eran las siguientes:

- A) La aceptación de la herencia que podía ser una fuente de deberes del heredero respecto de los legatarios o fideicomisarios.
- B) La aceptación del legado que creaba deberes de legatario a favor de un fideicomisario.
- C) La copropiedad nacida de circunstancias ajenas a un acuerdo de voluntades, por ejemplo: cuando nace de un legado, de una herencia, de una donación o de la commixtio.
- D) La aceptación de la tutela, que creaba deberes a cargo del tutor a favor del incapaz, debido a que éste último no podía dar su consentimiento válido.
- E) La tenencia de ciertos objetos (como testamento), que obliga a mostrarlos a otros interesados que poseen la “actio ad exhibendum”.

Los tres tipos de cuasicontratos más importantes en el Derecho Romano que se adicionan a los anteriores fueron:

- A) Gestión de negocios.

Este tipo de cuasicontrato consistía en que para evitar el daño a una persona, ya sea amigo, pariente o vecino ausente, otro individuo estaba en la posibilidad de intervenir a favor de aquél, sin que haya existido previamente alguna instrucción o consentimiento de éste último. Esto representa una excepción a la regla general del Derecho Romano, de que “culpa est inmiscere se rei ad se non pertinenti” o lo que es lo mismo, “es acto culpable inmiscuirse en asuntos ajenos”.

En este tipo de cuasicontrato la ratificación posterior del acto realizada por el gestor, por parte del dueño, traía como resultado el nacimiento retroactivo de un contrato de mandato, lo que sucede también actualmente en el Derecho contemporáneo.

¹² Conjuntamente con los contratos, los delitos, los cuasidelitos. Este tema ha sido tomado de: MARGADANT S., Guillermo Floris; ob. cit.; pp. 446, 447.

El dueño estaba impedido para aceptar las consecuencias benéficas del acto realizado por el gestor y rechazar las perjudiciales. Si se ratificaba el acto del gestor por parte del dueño, el primero tenía derecho a que el segundo le indemnizara por gastos mediante una “actio negotiorum gestorum contraria”.

A su vez, el dueño poseía la “actio negotiorum gestorum directa”, que lo legitimaba para exigir al gestor el rendimiento de cuentas y la entrega de lo obtenido como consecuencia de la gestión. Había dos clases de gestión, la necesaria y la gestión simplemente útil.

En la primera, el gestor a condición de comportarse con una “exactissima diligentia”, podía reclamar el reembolso de los gastos, aunque no hubiera evitado el daño que motivó su intervención. En cambio, si la gestión realizada no había sido objetivamente necesaria sino únicamente “útil”, el gestor no tenía el derecho de exigir el reembolso.

Una vez iniciada la gestión, el gestor debería de continuarla y finiquitarla totalmente o hasta que el dueño interviniera.

B) Enriquecimiento ilegítimo.

Es otra variante de los cuasicontratos que surgió como resultado de la actuación del pretor en los casos de traspaso de riqueza entre dos personas, que no completamente justificado por la conciencia jurídica. El Derecho Romano establecía una distinción entre la persona que se enriquecía ilegítimamente pero de buena fe¹³, y el que aceptaba de mala fe un enriquecimiento ilegítimo. Esta es una idea que subsiste en el Derecho contemporáneo.

En algunos casos, como el de la donación antijurídica entre cónyuges, la “condictio” debía ejercerse, no por lo que se hubiera entregado al demandado (id quod pervenit), sino por el enriquecimiento que aún existiera en el patrimonio del demandado, como consecuencia de la entrega no justificada.

Las acciones o “condiciones” fueron las siguientes:

- Condictio indebili soluti. Acción que tenía el que había entregado algo a otra persona, pensando erróneamente que lo debía (si sabía que no lo debía,

¹³ Solamente estaba obligado a devolver los valores hasta el límite de su enriquecimiento).

entonces la entrega se convertía a una generosidad de su parte, haciendo a la acción improcedente).

- *Condictio ob turpem causam*. Cuando el actor entregaba al demandado algún valor, con la finalidad de que no cometiera delito o para que cumpliría un deber jurídico preexistente, como por ejemplo: el caso del juez que acepta una gratificación para dictar una sentencia justa.
- *Condictio causa data causa non secuta*. Es propia de los contratos innominados. Tal era el caso de que una persona cumpliendo con una condición testamentaria, Pedro entrega algo a Juan, luego Pedro repudia la herencia y puede recuperar lo donado mediante esta “*condictio*”.

C) La *Lex Rhodia de iactu*.

Esta ley disponía que en caso de la pérdida que sufrían los propietarios de mercancías, que eran arrojadas de un barco para salvar éste, debiera de repartirse entre todos los interesados en proporción a su interés. El principio podía dar lugar a diversas complicaciones.

Otro caso en que estuvo vigente esta idea, era aquel en que para salvar la mercancía se había trasbordado a diversas embarcaciones, de las cuales una parte de hubiera hundido. El ámbito de validez de esta ley estaba circunscrito al comercio marítimo y no aplicaba al comercio pluvial.

II. Delitos.

Hacia fines de la era republicana, se produce otra importante evolución: la idea de la “*obligatio*” se extiende de las obligaciones contractuales a aquellas provenientes del delito.

Esta evolución tuvo en verdad sus propios caminos. En el Derecho Romano se diferenciaba entre los delitos públicos y los privados. A los primeros se les denominó “*crimina*” y a los segundos “*delicta*”. Ello era así, ya que los delitos públicos ponían en peligro evidente a toda la comunidad, se perseguían de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano, siendo sancionados con

penas públicas como la decapitación y el ahorcamiento. Su origen estaba en la milicia y la religión.

En cambio, los delitos privados causaban daño a algún particular y sólo indirectamente provocaban una perturbación social. Se perseguían a instancia de la víctima y daban lugar a una multa privada en su favor. Evolucionan desde la figura primitiva de la venganza privada, pasando por la Ley de Talión hasta llegar a la figura jurídica de la “composición” voluntaria. Lo que llevó a que la ley fijara la cuantía de las composiciones obligatorias, alcanzado su forma pura el sistema de multas privadas, que en el Derecho Pretoriano durante la época clásica, fueron fijadas arbitrariamente por el magistrado.

Los delitos privados eran actos humanos contrarios al derecho o a la moral, producían consecuencias materiales a veces intencionadas que generaban una indemnización y una multa a favor de la víctima. No eran necesariamente dolosos, sino que también podían ser culposos, siendo una fuente más de las obligaciones en el Derecho Romano.

Entre los delitos privados reconocidos en el Derecho Romano, hay que distinguir los propios del “ius civile” y los del “ius honorarium”. En la primera categoría se colocaban: el robo, el daño en propiedad ajena y las lesiones. En la segunda clase están: el delito de rapiña, la intimidación, el dolo y el “*faus creditorum*”

La subsunción de las obligaciones nacidas de contrato y de delito bajo el nombre común de “obligatio” son el resultado de un esfuerzo del pensamiento de la jurisprudencia clásica avanzada, y ello resulta evidente, entre otros factores, a propósito de la posición que las obligaciones nacidas de delito ocupan en el sistema de Gayo: de ellas se habla solamente en el apéndice de las Institutas después que la obligación ha sido estudiada en sus fuentes, en sus efectos, en sus modos de extinción, con exclusiva referencia a las obligaciones contractuales. Bonfante considera que el momento culminante de la transformación de la obligación penal en patrimonial está representado por la “*lex patelia papiria*”.

Enseguida se analizarán algunos de estos delitos que son fuente de las obligaciones en el Derecho Romano:

a) Furtum. Etimológicamente, “furtum”, se vincula a “ferre” que significa “llevarse cosas ajenas, sin que esté de por medio algún derecho”. A pesar de ello su uso se hizo extensivo al campo de acción de este delito, partiendo del “furtum rei”.

Por tal se entendía, todo aprovechamiento ilegal y doloroso de un objeto ajeno, incluyendo una extralimitación en el derecho de detentar o poseer una cosa, y abarcando también, el “furtum possessionis”, que se actualiza cuando el propietario de una cosa, la retiraba dolosamente de la persona que tenía derecho a poseerla.

De conformidad con esto

“Furtum est: fraudulosa contrectatio rei, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus, vel eius possesssionis: “el robo es un aprovechamiento doloso de una cosa, con el fin de obtener una ventaja, robándose la cosa misma, o su uso, o su posesión.”¹⁴

De lo que se infiere que el “furtum” poseía una vaguedad que lo hace incompatible con las teorías del delito actuales, sobre todo con la llamada “tipicidad” de los delitos. Tal es el grado de generalidad, que cometía “furtum” la persona que recibía un pago que no se le debía y omitía expresar eso.

El “furtum” poseía dos elementos principales: uno de carácter objetivo, que era el aprovechamiento ilegal (la contrectatio rei) que venía en lugar de la “amotio rei”, a cuyo último concepto ha regresado el delito moderno de robo; y el segundo, de carácter subjetivo, la intención dolosa, el “animus furandi”.

El “furtum” daba lugar a dos clases de acciones:

- La primera, la “poenae persecutoria, por la cual la víctima trataba de obtener una ganancia, la multa privada;
- La segunda acción, se le denominaba “rei persecutoria, con la que la víctima trataba de recuperar el objeto robado o de obtener una indemnización.

b) “Damnum iniuria datum” o daño en propiedad ajena.

¹⁴ MARGADANT S., Guillermo Floris; ob. cit.; p. 433.

Se deriva de la reglamentación que hizo de este delito un plebiscito denominado Lex Aquilia, regulando las diversas hipótesis que contemplaban los daños en propiedad ajena que estaban contenidas en la Ley de las Doce Tablas, por ejemplo:

- La “actio de pauperie”, para daño causado por un cuádruple, si el comportamiento del animal había sido “contra naturan”, o sea, contrario a la manera de comportarse del animal;
- La “actio de pastu pecoris”, para el daño causado por el ganado de uno en el predio de otra personas.
- La “actio de arboribus succisis”, para el caso de la tala de árboles.
- La “actio de aedibus incensis”, para cuando se cause incendio en casa ajena.

c) La “injuria” o lesiones.

Consistía en todo acto contrario a derecho, pero se utilizó desde un milenio antes de Jesucristo para el caso especial de lesiones causadas a una persona libre o a un esclavo ajeno.

En el Derecho Romano clásico, la injuria consistía en lesiones físicas. La ley de las Doce Tablas fijaba la pena del talión para el caso de que si fuera cortado un miembro al cuerpo de la víctima, se permitía a las partes la “composición voluntaria”. Si había de por medio la ruptura de un hueso, se fijaba una composición obligatoria de trescientos ases, si la víctima era libre y de la mitad si era esclavo.

En el caso de los delitos reconocidos por el Derecho Honorario, hay que señalar los siguientes:

a) Rapiña.

Por la inserción de una infamante “actio vi bonorum raptorum” en un edicto anual, el pretor Lúculo la sancionó en el año de 76 a. de J.C., con una multa privada de cuatro veces el valor del objeto, si la acción se ejercitaba dentro de un año; y de todo el valor del objeto, en caso de proceder después de un año.

La “actio vi bonorum raptorum” era puramente “poenae persecutoria”, hasta que Justiniano ordenó que una cuarta parte de la sanción debía considerarse como indemnización, y las tres cuartas partes, como multa privada.

b) Intimidación.

Fue sancionada por el pretor Octavio a través del ejercicio de una “in integrum restitutio”, a través de la cual, la víctima estaba en posibilidad de reclamar la devolución de lo que hubiera entregado por miedo, y una “exceptio quod metus causa”, para el caso de que el culpable que reclamaba a la víctima el cumplimiento de alguna prestación prometida bajo la influencia del miedo.

c) Dolo.

El pretor Aquilio Galo, introdujo la “actio doli mali”. Esta acción completada con la “exceptio” correspondiente, era infamante (sometía al condenado a un boicot oficial y social), arbitraria (que la condena sólo tenía efectos, si el demandado no reparaba el daño por las buenas) y subsidiaria (sólo procedía cuando la víctima no tenía a su disposición ningún otro remedio). Lo que se reclama por medio de la “actio doli” es el daño causado por la víctima, pero si después de un año no se hacía, no procedía.

d) Fraus creditorum.

Mediante al “actio pauliana” de naturaleza restitutoria, el acreedor se protegía contra el peligro de que su deudor realizara negocios perjudiciales, que aumentaran o provocaran su insolvencia. Dentro de un año. Los acreedores podían pedir la anulación de los negocios aludidos.

Si estos eran onerosos, el acreedor tenía que probar la mala fe del tercero con quien el deudor hubiera contratado. Pero si eran gratuitos, tales negocios podían anularse, aun y cuando el beneficiario hubiere aceptado de buena fe. Ello debido a que el derecho da preferencia al que trate de evitar una pérdida, antes que a la persona que trate de conservar un beneficio gratuito.

III. Cuasidelitos.

La diferencia entre el cuasicontrato y el contrato han quedado perfectamente señalada, sin embargo, no puede decirse lo mismo entratándose del delito y el

cuasidelito. Esto no ha sido obstáculo para que algunos tratadistas como Bonfante o Albertario traten de formular una distinción convincente.

Así, estos romanistas sostienen que el criterio de distinción entre el delito y el cuasidelito radica en el carácter doloso o culposo del acto. La idea no es absoluta, ya que el Pretor dio la categoría de actos culpables a la acción derivada del delito de “*damnum iniuria datum*”; por otra parte, el cuasidelito de dictar una sentencia injusta puede ser una manifestación evidente de “*dolus malus*”.

Otros autores como Bucklan, piensan que los cuasidelitos implican una responsabilidad por actos culpables ajenos, tal es el caso del “*haborator*” de la casa de cuya ventana saca algún objeto, o el del hotelero que responde por robos cometidos en su hotel si no se encuentra culpable; lo que no sucede con el juez que hace suyo el litigio, ya que responde por un acto culpable propio.

Las obligaciones nacidas de los cuasidelitos fueron numerosas, teniendo como sanción una acción pretoriana llamada “*in factum*”, que llevaba aparejada una condena consistente en una multa, que era variable según el caso particular de que se tratara.¹⁵

Cuatro figuras jurídicas romanas que no fueron engarzadas dentro de los delitos en el Derecho Romano se les asignó la categoría de cuasidelitos, siendo ellas las siguientes:

- a) *Effusum et deiectum*. Cuando el líquido arrojado (*effusum*) o un objeto sólido caído (*deiectum*) desde un edificio sobre la vía pública causa algún daño, el habitante principal del edificio respondía por el doble del valor causado del daño causado.
- b) *Positum vel suspensum*. Cuando se ha colocado (*positum*) o colgado (*suspensum*) sobre la vía pública un objeto que podría causar un daño, cualquier ciudadano podía denunciar el peligro, recibiendo a cambio por parte del Estado romano un premio o recompensa, de diez mil sestercios.
- c) El juez que hace suyo el litigio, dictando una sentencia injusta, lo que hace intuir que la actuación del juzgador fue de mala fe. Aunque en el Digesto y

¹⁵ PETIT, Eugene; ob. cit.; p. 466.

las Instituciones de Justiniano, se reconoce que también puede generarse este supuesto por la ignorancia del juzgador.

Originalmente la base de este tipo de cuasidelito fue la culpa o “imperitia” del juez, extendiéndose en algunos casos al caso del dolo judicial. Los efectos de este cuasidelito no trascendían a la modificación de la sentencia, sino que se condenaba al juzgador al pago de una indemnización. Lo que subsiste en el derecho actual.

d) Robos y daños sufridos en naves, hoteles y establos. Si el culpable es el esclavo del hotelero, naviero o propietario del establo, estos últimos tenían la obligación de pagar la indemnización, más una multa privada, lo que era permutado por el abandono noxal.

Pero si el culpable era el empelado libre, el patrón respondía con fundamento en lo dispuesto por la “Lex Aquilea”, por haber seleccionado equivocadamente el personal, pero si no había base para pensar esto, entonces el culpable respondía directamente.

1.5. Convenio y contratos.

Una de las fuentes de las obligaciones, posiblemente la más importante es el contrato. En materia de contratos hay que partir de un hecho, que consiste en la existencia previa y necesaria de una “convención”. Ello hace indispensable aportar una idea de esta figura jurídica, con antelación a proporcionar una noción del contrato.

Se dice que hay una convención cuando

“(…) dos o más personas se ponen de acuerdo respecto de un objeto determinado”¹⁶

Los sujetos que celebran una convención que tenga por objeto generar efectos en el campo del derecho, estarán facultados para crear, modificar o extinguir un

¹⁶ PETIT, Eugene; ob. cit.; p. 317.

derecho. Las convenciones que crean un derecho son las que se configuran y son conocidas con el nombre de “contratos”.

Hay que tener en consideración, que una convención no puede generar cualquier clase de derechos. A esto hay que agregar, que en el Derecho Romano en general desde su creación hasta Justiniano, se aceptó que el acuerdo de voluntades, o sea el simple pacto, no era suficiente para generar una obligación civil. Puesto que el Derecho Civil no reconoce este efecto más que a convenciones acompañadas de ciertas formalidades, cuya ventaja es dar más fuerza y certidumbre al consentimiento de las partes y disminuir los pleitos, colocando a la voluntad dentro de fronteras precisas y claras.

Es por ello que se requería no sólo de la voluntad de los sujetos que pactaban, sino que además, de “palabras solemnes”¹⁷ que deberían de usar las partes cuando se obligaban, incluso de “menciones escritas”. Estas formalidades venían a ser causa por la que el Derecho Civil sancionaba una o varias obligaciones, tal regla fue derogada a favor de ciertas convenciones de uso frecuente y de considerable importancia práctica.

De acuerdo a lo expresado, habría que decir, que los contratos son:

“(…) unas convenciones que están destinadas a producir obligaciones y que ha sido sancionadas y nombradas por el Derecho Civil.”¹⁸

Otra noción que se da contrato como fuente de las obligaciones, es la siguiente:

“(…) un acuerdo entre varias personas, que tiene por objeto producir una o más obligaciones civiles”¹⁹

Como se hecho mención en temas posteriores, parece que las dos maneras más antiguas de obligarse entre los romanos eran:

a) el nexum,²⁰ que tenía por causa el préstamo de dinero y,

¹⁷ Solemnes debe de significar “consagradas por el uso”, esto al decir de Eugene Petit. Véase; PETIT, Eugene; ob. cit.; p. 317,

¹⁸ PETIT, Eugene; ob. cit.; p. 318.

¹⁹ MARGADANT S., Guillermo Floris; ob. cit.; p. 316.

b) la sponsio.

a) En el caso del “nexum”, el pacto o contrato se celebraba por medio del cobre y la balanza, “per aes et libram”. Esta forma nació como consecuencia de que los romanos en el principio de su desarrollo no acuñaban moneda, por lo que la cantidad e metal dada en préstamo se pesaba en una balanza tenida por un libripens, investido, sin duda de un carácter religioso, llevando a cabo el acto en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos y púberos.

Esta forma de contratar subsistió hasta después de empezarse a acuñar la moneda en cobre, ya que ésta última era tosca y valía sólo por su peso. Con la aparición de la moneda de plata ya no hubo la necesidad de pesar el metal y cayó en desuso esta acción.

Aunado a ese acto simbólico estaba la llamada “nuncupatio”, que era la declaración de acreedor que fijaba la naturaleza del acto y que contenía una “damnatio”, que no era otra cosa, sino el equivalente a una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la “manus injectio” contra el deudor que no pagaba.

Las consecuencias del “nexum” no son del todo conocidas, pero lo que sí se sabe, es que eran rigurosas, puesto que con el sólo contrato sin que hubiera de por medio un juicio, el deudor moroso era afectado por la “manus injectio”, que era la toma de cuerpo ejercida por el acreedor. El deudor declarado “nexum” estaba a merced del acreedor, que podía encadenarle o tratarle como a su esclavo de hecho, si no de derecho. La categoría de “nexum” no se liberaba, si no era con la ayuda de un pago especial, acompañado de la solemnidad de la “aes et libra” y de una “nuncupatio” apropiada a la naturaleza de la operación.²¹

b) Al lado del “nexum” estuvo vigente la “sponsio”, que fue un medio para dar fuerza a las convenciones que tenían por objeto generar obligaciones. Consistía en una interrogación del acreedor seguida de una respuesta hecha por el deudor utilizando el verbo ¿spondere, spondense? Spondeo.

Es difícil conocer realmente lo que era la “sponsio” primitiva, unos teóricos la hacen proceder del nexum; otros sostienen que se deriva de un juramento

²⁰ Hace referencia a toda operación realizada “per aes et libram”.

²¹ PETIT, Eugene; ob. cit.; p. 319.

prestado por el deudor en el altar de Hércules. Lo que sí parece ser cierto y probado, es que tuvo una naturaleza tipo religioso. Con el tiempo y su evolución se le llegó a llamar “stipulatio”.

Esta manera de realizar un contrato terminó por ser accesible a los extranjeros, con la condición de que utilizaran otros términos, ya que el vocablo “spondere” era exclusivo para los ciudadanos romanos.

Convenios y pactos

Para tener una idea de las tres modalidades de expresión de voluntad generadora de un acto jurídico en Roma, hay que señalar lo siguiente:

a) Contractus. Es el acuerdo de voluntades reconocido por el ius civile como fuentes de obligaciones y previsto de una acción.

b) Conventio. Es el acuerdo de voluntades que encerraba todo contrato.

c) Pactus. Era un acuerdo de voluntades que no creaba acción pero que podía ser protegido por el pretor por vía de excepción. Además los pactos también son cláusulas que se añaden a los contratos de buena fe y que podían ser tenidos en cuenta por el juez.

Para el jurista Pedio, el término convenio en un texto, que independientemente del acto de carácter formal, no hay ningún contrato, ninguna obligación que en sí no contenga una convención, ya se haga de cosa, de palabra que se haga de escritura.

El convenio es el acuerdo de las partes en relación a los intereses que con un acto pretendan regular. Lo que significa necesariamente que la conventio fuera entendida como único elemento del contrato del cual derivasen todos sus efectos jurídicos. Aunque no hay que pasar por alto la opinión de Ulpiano, al decir, que el acuerdo de las partes –conventio- no es suficiente para constituir obligaciones, ya que es necesario que junto con la conventio exista la causa.

Una primera referencia en el Derecho Romano de la aceptación del pactos se aprecia en la ley de las Doce Tablas en los fragmento I. 6-7. que reproduce Cicerón al decir:

“Rem, ubi, pacunt, orato; ni pacunt, in comitio aut in foro ante medidien
causan coiciunto, la palabra pactun aquí significa, si se aviene, si llegan a un

arreglo, se concluya, si no se aviene, si no llega a un arreglo se presenten en el comicio o en foro, expongan la causa antes de medio días.”²²

Son los acuerdos que se dan entre dos o más personas, que son fuentes de creación de derechos y que no están sujetos a las formalidades que se exigen a los contratos, lo que marca la diferencia con estos últimos. Los pactos se clasifican en:

A) Pactos nudos. Son aquellos acuerdos que no producen ninguna obligación de naturaleza civil, sino únicamente obligaciones naturales.

B) Pactos vestidos. Son aquellos que producen efectos y consecuencia de naturaleza civil, esto es, que conllevan aparejada una acción, que es el instrumento jurídico que los protege. Este tipo de pactos se subclasifican en:

- Pactos vestidos legítimos. Son los provistos con una acción por la ley.
- Pactos pretorianos. Son los celebrados por las partes de conformidad con el derecho pretoriano con la finalidad de crear y asumir obligaciones que no están señaladas por el derecho civil.
- Pactos abyectos. Son los pactos que se existen aparejados o adicionados a un contrato de buena fe.

En relación a este tema y para los efectos de los contenidos del mismo, hay que hacer la siguiente cita:

“El Derecho Civil no se ha limitado a sancionar las cuatro clases de contratos que acabamos de estudiar. Ha dado también fuerza obligatoria a otras convenciones, ya porque están unidas a un contrato: son los *pacta adjecta*; bien porque habían sido ejecutadas por una de las partes: son los *contratos innominados*.”²³

Enseguida se abordarán los *pacta adjecta*. Como se ha sostenido, en el Derecho Romano el simple pacto no obligaba a las partes. Aquel en cuyo provecho ha

²² MONCAYO RODRÍGUEZ, Socorro; La consensualidad de los contratos en el Derecho Romano; p. 9; [en línea]; Disponible en la World Wide web en: <http://www.letrasjuridicas.com/11/moncayo11.pdf> Fecha de la consulta: 8 de febrero del 2009.

²³ PETIT, Eugene; ob. cit.; p. 419.

intervenido un pacto no puede, pues prevalecerse de él por vía de acción. Sin embargo, en el derecho natural todo pacto lícito es obligatorio.

Por lo tanto, la parte que ejecuta lo que ha prometido por simple pacto hace un pago válido y no puede ya reclamar lo que ha pagado. Así también, si el objeto del pacto es de tal naturaleza que puede ser invocado como medio de defensa por una de las partes, tiene derecho a prevalecerse de él en vía de excepción. Tales son los efectos del pacto aislado.

Ahora bien, el pacto que va unido a un contrato va a tener efectos diferentes, incluso se llega a darle la categoría de contrato, siempre y cuando tuviera como característica ser lícito, pudiendo ser sancionado por el Derecho. En esta modalidad los pactos pueden ser:

a) Pactos unidos a un contrato “in continente”.

Este tipo de pactos se dan, ya sea al principio mismo del contrato (in ingressu contractus), ya antes que termine el asunto, ya después de su conclusión, pero antes de que las partes hayan procedido a otros actos. En este caso, el pacto es únicamente una continuación del contrato original, es un complemento de la voluntad de las partes, que acaso no hubieran contratado sin esta cláusula. Este tipo de contratos son sancionados de la misma manera como se sanciona a los contratos originales.

Los contratos “in continente” unidos a contratos de buena fe se fusionan a éstos últimos formando parte de ellos. Proporcionan la medida de la obligación y el acreedor puede reclamar su ejecución por la acción nacida del contrato.

b) Pactos unidos a un contrato “ex intervalo”.

Este tipo de contratos se dan cuando hace cierto tiempo que se formó el contrato, o cuando las partes se han entregado a otras ocupaciones, cualquiera que sea por otra parte la duración del intervalo transcurrido. Este tipo de contrato es considerado como un nuevo contrato, que tiene que satisfacer todos los requisitos formales y legales como si fuera distinto del original

Este tipo de pactos no dan acción, ya que unidos a un contrato de buena fe son considerados como pactos aislados. Pero cuando la parte a quien aprovecha tiene

el papel de demandado, puede valerse de ellos oponiendo a la acción del acreedor la excepción “pacti”.²⁴

Entre los “pactos vestidos”²⁵ se ubican los pactos legítimos, un ejemplo de ellos es la “promesa de donación”. En el Derecho Romano, la donación era un acto por el cual una persona, el donante, se empobrecía voluntariamente y con espíritu de generosidad (cum animo donandi) a favor de otro (el donatario), que se enriquecía.²⁶

Este elemento de empobrecimiento faltaba cuando alguien permitía a otro utilizar gratuitamente, por algún tiempo, determinado objeto; de otro modo y de no ser así la donación, el contrato de comodato hubiera quedado absorbido por ella.

1.6. Elementos.

Como se dijo, la obligación es la relación de crédito donde uno de los sujetos, el deudor, debe dar, hacer o prestar algo a favor de otro sujeto, llamado creditor, para la satisfacción de un interés de éste último, interés protegido por una acción personal que la interpondrá en contra del deudor en el evento de incumplimiento, y destinada a obtener el pago de lo debido si ello es posible, y si no lo es, obtener el interés pecuniario de la “obligatio” representa para el acreedor.

De acuerdo con esto, los elementos de la obligación de conformidad con todo lo expresado serían los siguientes:

- a) El vínculo o nexo cuyo carácter jurídico y no puramente moral determina su protección por una “actio”.

Este vínculo jurídico al enlazar o relacionar a los sujetos bajo el amparo del derecho, le imprime el carácter de débito o deber jurídico de prestación al compromiso contraído por el deudor y configura una responsabilidad patrimonial.

²⁴ La excepción a esto, o sea, cuando este tipo de pacto unido a un contrato de buena fe produce efectos plenos y enteros y es sancionado como contrato mismo. Tal es el caso del contrato consensual, en el que las partes, antes de iniciar la ejecución han modificado por un pacto no de los elementos esenciales; en este caso se considera que ha disuelto el primer contrato y celebrado uno nuevo. Esta excepción está sujeta a dos condiciones: a) Que se trate de contratos consensuales; b) El pacto debe de recaer sobre uno de los elementos esenciales del primer contrato. Véase; PETIT, Eugene; ob. cit.; p. 420.

²⁵ Véase; MARGADANT S., Guillermo Floris; ob. cit.; p.428

²⁶ Ídem.

b) Los sujetos.

c) La prestación u objeto u objetos, que al decir del Jurisconsulto Paolo, deberían de consistir en un *dare, facere, praestare, non facere y pati*.

c) La causa.

La causa está constituida por la conducta que debe observar el obligado y que, conforme lo describe Gayo, consiste en las acciones antes referidas. En todo caso la conducta debe de ser valorable en dinero, esto es, susceptible de reducirse a términos pecuniarios.

A esto hay que agregar, para abundar en el tema, que, como se dijo, la obligación crea un lazo de derecho (“vinculum”), que tiene dos extremos, supone dos sujetos: uno activo, otro pasivo. La obligación tiene el efecto de sujetar a dos personas, en cierta medida la una de la otra, quitándole algo de su libertad natural y haciendo adquirir a la otra una cierta ventaja que no está contenida en el simple ejercicio de la suya.

La ley pone a la disposición d el acreedor determinados medios coactivos (las acciones y las vías de ejecución) para lograr que el deudor preste la conducta debida. La obligación tiene un objeto determinado – prestación - (“debitum o res debita”) que consiste en una determinada conducta que el deudor debe prestar a su acreedor (“alicuius solvendae rei”). El objeto de la obligación siempre debe ser apreciable en dinero.

Lo anterior es aplicable al caso del contrato, aunque no de igual manera, ya que el contrato es un acto jurídico que si bien lleva inmersas obligaciones, también están presentes los derechos –excepto en los contratos unilaterales-. Tomando como base lo anterior, hay que comentar, que los contratos tienen elementos de dos clases: esenciales y de validez. Los primeros afectan a su existencia, y los últimos a su eficacia. Es decir, sí falta alguno de los elementos esenciales el contrato será inexistente. Por el contrario la ausencia de los elementos de validez, tan solo puede generar la nulidad del contrato, pero éste será existente.

Como se verá más adelante, el elemento fundamental de los contratos en el Derecho Romano –no en el actual- era el consentimiento, o acuerdo de voluntad de las partes contratantes respecto del acto a realizar.

1.6.1. Sujetos.

Uno o más sujetos activos llamados acreedores, y otro tipo de sujeto, los pasivos llamados deudores. No es concebible una obligación sin, a lo menos, un sujeto activo o acreedor (activo en el sentido que el crédito se cuenta en el activo de su patrimonio) y otro sujeto pasivo o deudor (pasivo en el sentido que su deuda se cuenta en el pasivo de su patrimonio).

En el caso de los contratos los sujetos que intervienen en su celebración tendrán el carácter de comprador y vendedor, si se trata de un contrato de compraventa. Si es el caso de la celebración de un contrato de mutuo, será mutuante y mutuuario. Es así que según se trate del contrato se le dará a los contratantes la denominación que se desprende del acto jurídico que celebran. Es importante señalar, que en el caso de los contratos, las partes tienen cada una de ellas derechos y obligaciones a su cargo, por lo que desempeñarán un papel de sujeto activo y pasivo de forma indistinta, pero siempre acorde a lo pactado en el contrato que han celebrado. Por ejemplo: si se trata de un comprador, éste tendrá el carácter de sujeto activo en cuanto a exigir el precio de la cosa al vendedor; sin embargo, al mismo tiempo tendría la categoría de sujeto pasivo en cuanto que tiene la obligación de entregar la cosa al comprador en los términos pactados en el contrato de compraventa.

1.6.2. Consentimiento.

Es la unión acorde de voluntades de las partes para la celebración del un acto jurídico. El consentimiento es un elemento de existencia de cualquier acto jurídico, incluido el contrato. El consentimiento, puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente por escrito o por signos equívocos. El tácito, resulta de hechos o actos que lo presuponen o que autorizan a presumirlo, excepto en los casos en que la ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente.

Es preciso que el consentimiento sea real, por ejemplo: un loco o un infante no puede contratar. No existe consentimiento cuando las partes han cometido un error tal que en la realidad no están de acuerdo con la obligación contenida en el contrato celebrado.

Los romanos consideraban que existía error cuando las partes se engañaban sobre el objeto del contrato. De igual forma, el error podría darse respecto de la sustancia o materia del contrato.

1.6.3. Causa.

En términos generales la causa en el Derecho Romano era el fin que el *ius civile* considera social y económicamente útil y digno de protección. La cual se le llama también “*causae obligationum*”. Responde a la interrogante del por qué de la existencia de las obligaciones en el ámbito del derecho. En Roma existía el principio jurídico que decía: **TODA OBLIGACIÓN NACE, O DEL CONTRATO O DEL DELITO.**

En el caso del contrato, la causa o motivo del mismo debe de ser lícita, ya que de otra manera se estaría en un supuesto de nulidad. No se puede contratar con motivo de la prestación de servicios consistente en realizar un robo, ya que este último es un acto que es contrario a la ley.

Esto es, la causa consiste en que la voluntad de las partes se dirija a alguno de los fines que el propio –*ius civile*- haya considerado digno de tutela y que las partes deban adecuar sus manifestaciones de voluntad a particulares formas de celebración, pues en caso contrario, sólo serían tuteladas por el derecho honorario.

La causa civil esta constituida por las formas especiales de celebración que daban prioridad a las solemnidades prescritas por al ley, antes que la manifestación de voluntades de los contrayentes; causa civil que en los contratos *verbis* se traducía en la solemnidad verbal, en los contratos literales es el uso de la escritura; en los reales la entrega o dación de la cosa; en los consensuales, al

solicitar el simple consensos. La causa civil debía buscarse en la correspondencia de los intereses patrimoniales de las partes.

1.6.4. Forma.

Cuando se habla de forma en los contratos se hace referencia a los actos y maneras en cómo se debe de celebrar un contrato. En el Derecho Romano, en cualquiera de sus momentos históricos, la forma representó un elementos fundamental, incluso en algunos contratos se convertía en un elemento esencial. Es por ello, que si en un contrato no se seguían ciertos ritos, se expresaban ciertos diálogos, oraciones, palabras o si su texto no obraba en determinado documento elaborado ante determinadas personas –testigos, autoridades, etcétera- el contrato no existía o no tenía valor jurídico pleno.

Históricamente, habría sido el nexum el primer contrato sujeto a la rigidez de solemnidades en la celebración [para su perfeccionamiento (pesada del cobre y la balanza y la presencia del libripens y cinco testigos)]. Con el tiempo el nexum se convirtió en una forma de contratar reservada a los contratos reales como la prenda y como derivación de aquél aparece la “Sponsio” perfeccionada por palabras sacramentales (Spondes) sólo accesible al ciudadano romano, para salvar lo cual se introduce la “Stipulatio” accesible a los no ciudadanos. En éste, las palabras sólo debían reunir la exigencia de la congruencia, por lo que podían variar, siendo frecuente el término “*¿promittis?*”, respondiendo el obligado “*promitto*”. De éste modo quedan introducidos los **contratos “verbis”** (verbales).

1.7. Extensión de las obligaciones.

La extensión de las obligaciones en el derecho, no es otra cosa, sino el ámbito de acción que tiene esa figura jurídica en el campo de los actos jurídicos. Como se ha visto, las obligaciones no se limitaron al campo del derecho civil, sino que también, al de derecho penal.

Incluso dentro del mismo derecho civil, no sólo los contratos fueron fuente de las obligaciones, lo mismo ocurrió en materia penal, es así como las obligaciones estuvieron presentes en los cuasicontratos y en los cuasidelitos. La clasificación primaria de las obligaciones, que podría llamarse “bipartita” de Gayo resultó insuficiente porque marginaba una serie de hechos generadores de obligaciones que no podían encajar en la categoría de los contratos, sustancialmente por falta de acuerdo o convenio entre los sujetos que resultaban obligados; tampoco podían subsumirse en la categoría de los delitos aquellos hechos ilícitos que el tradicional *ius civile* no catalogaba como tales, aun cuando hubieren tenido en la era clásica sanción pretoria; para Gayo, en sus *Institutas*, esta circunstancia no fue suficiente para ampliar el catálogo.

Sin embargo, para algunos tratadistas, el mismo Gayo en su obra posterior llamada “*Res cottidiane*” le añade a su primera división bipartita una tercera fuente confusa y compleja: “las varias figuras causales” “*variae causarum figuris*”, aunque hay que decir, que los resultados de investigaciones del siglo XX demostraron que esa obra no fue de Gayo, sino de un jurista desconocido que vivió en el periodo posclásico, y que la obra en comento fue una versión nueva de las *Institutas* de Gayo.

Los compiladores bizantinos en el ámbito de las “*variae causarum figuris*” insertaron todos aquellos actos o hechos lícitos generadores de obligaciones que en común tenían el sólo carácter negativo de no ser contratos por no ser acuerdo de voluntades (cuasicontratos).

En el ámbito de las “*variae causarum figuris*”, los compiladores bizantinos insertaron todos aquellos hechos ilícitos que por vía pretoriana habían sido sancionados una *actio* que obligaba a su autor a pagar una pena pecuniaria; hechos ilícitos que hasta entonces no habían sido considerados en el tradicional catálogo de los “delitos a *maleficii*”.

Así como se colocó al cuasicontrato cerca del contrato, para indicar con la nueva terminología -que sustituye la compleja de varias figuras causales- los actos ilícitos productivos de obligaciones en los cuales falta el consentimiento o acuerdo de las

partes (convenio); y se colocó el “cuasidelito” cerca del delito, para indicar con la nueva terminología los actos ilícitos culposos.

La diferencia fundamental entre el contrato y el delito es que el elemento esencial del primero es el acuerdo de los contratantes y como elementos del segundo es el dolo culpable.

1.8. Clasificación de los contratos.

Los contratos como fuente principal de las obligaciones jurídicas en el Derecho Romano han sido clasificados en dos grandes grupos:²⁷

- A) Nominados. Como su nombre lo indica, son aquellos que tenían precisado un nombre y denominación en el campo del Derecho Romano.
- B) Innominados. Son aquellos que no tenían una denominación precisa en el Derecho Romano.

1.8.1. Por su perfeccionamiento.

Dentro de esta clasificación se ubican los contratos cuyo cumplimiento está sujeto a obligaciones vinculadas a una o más modalidades de los actos jurídicos, lo que hace que se requiera de la realización de esas modalidades para efectos de que se perfeccionen y en consecuencia traigan aparejadas consecuencias legales que trasciendan al ámbito de los sujetos activos y pasivos de la obligación.

Como principio de carácter general, la obligación nacida de contrato genera de inmediato efectos. La voluntad de los contratantes es obtener de inmediato el beneficio que se persigue con la realización.

No obstante, estos efectos normales pueden no producirse pues las partes tienen autonomía para introducir al contrato determinadas cláusulas que modifican el efecto inmediato de la obligación. Así pueden suspender el nacimiento de una

²⁷ Esta clasificación no está reconocida en el Derecho Romano, específicamente en el “Corpus Iuris” sino que más bien es elaborada para fines de facilitar el conocimiento de los diversos contratos que existieron inmersos en el Derecho Romano. La clasificación ha sido tomada de: MARGADANT S., Guillermo Floris; ob. cit.; p. 381.

determinada obligación mientras no suceda un hecho futuro o incierto. En este caso la obligación queda en suspenso mientras no se verifica el hecho que condiciona, pero verificado este último, se cumple la condición o hecho futuro e incierto considerado y se genera entonces la obligación.

Hay otro tipo de condición que modernamente se denomina “resolutorio” y que produce la cesación o extinción de la obligación. Es la situación inversa a la suspensiva. Puesto que verificado el hecho cesa o se extingue la obligación; se ha cumplido la condición que esta vez es resolutoria en el sentido que disuelve el negocio jurídico o extingue la obligación que generó desde el comienzo.

En el caso de los contratos que contienen obligaciones suspensivas, la obligación no nace hasta que se produce el hecho futuro e incierto considerado como condición (condicio). En las obligaciones resolutorias, la situación es precisamente inversa: la obligación, nacida desde que se forma la relación contractual, se extingue con el cumplimiento de la condición.

Es preciso advertir que el concepto romano de condición sólo se acerca al concepto moderno de condición suspensiva. Cuando se sentía la necesidad de establecer una condición resolutoria, el efecto práctico de la misma podía alcanzarse añadiendo al negocio principal un pacto “pacto adiectum” o pacto agregado o unido a un contrato principal.

Particular interés existe respecto de la “lege commisoria” o “pacto comisorio”, propio del contrato de compraventa. En este caso, constituye en esencia una condición resolutoria, establecida en el contrato de compraventa cuando se estipula que “si no hubiere pagado el precio hasta tal día” quedará como no realizada la venta, esto es, se resolverá el contrato.

La diferencia del pacto comisorio y la condición resolutoria ordinaria, depende de un hecho futuro e incierto que es el incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio en la forma convenida. En la condición resolutoria ordinaria la condición no es el hecho futuro e incierto del incumplimiento, sino otro cualquier hecho externo al cumplimiento del contrato.

El pacto comisorio tiene por efecto que sucedido el incumplimiento, el vendedor dispone de una acción “actio in personam” para disolver o resolver la venta, aun

cuando esta acción tiene específicamente en derecho romano el calificativo de “resolutoria”.

Otras modalidades distintas de la condición son el plazo y el modo, que son formas de perfeccionamiento de las obligaciones, ya que ambos tienen que cumplirse para que se perfeccionen las obligaciones y derechos de los sujetos activos y pasivos de la obligación.

Así, puede también alguna de las partes introducir varias cláusulas que suspendan la ejecución de la obligación perfectamente nacida como sucede con el establecimiento de un plazo o término. En este caso, la obligación se “dilata o retasa” mirando a su ejecución o cumplimiento. A diferencia de la condición, el plazo o término presupone un hecho cierto, es decir un hecho que sí ocurrirá.

La otra variedad de las modalidades de las obligaciones, cuya existencia trasciende en su perfeccionamiento, es el modo, ya que puede darse el caso, de que un testador imponga una carga o gravamen a la persona beneficiada en el legado, obligándolo a cumplir con una determinada prestación. Es así, como nace una obligación modal, que en el caso propuesto no surge de contrato sino de quasi contractu, como lo es la aceptación de una herencia o legado.

Otro criterio de clasificación de los contratos de acuerdo a su perfeccionamiento se deriva de lo siguiente: Aunque en un primer tiempo los contratos que se perfeccionaban con la entrega de la cosa debían celebrarse mediante el nexum, el aumento de los mismos, su uso más frecuente, incidió en la rigidez de aquél llegándose a admitir que en ciertos casos bastaba la simple “**traditio**” con lo que se lograba el mismo fin, esto es engendrar una obligación civil.

Nacían así los contratos reales que se perfeccionaban con la entrega de la cosa.- Por oposición, como final del ciclo evolutivo, cuando el acuerdo de voluntades surge como elemento característico del contrato se acepta que éstos se perfeccionen con el solo acuerdo de las partes, esto es con su consentimiento. Aparecen así los contratos consensuales que se perfeccionan solo consensu.

1.8.2. Por su interpretación.

En relación a este criterio de clasificación de los contratos se encuentra la división que hay entre las obligaciones "stricti iuris" y obligaciones "bonae fidei". En caso de una obligación stricti iuris (de derecho estricto), el sujeto pasivo está obligado únicamente a lo estrictamente pactado, sin que el sentido común o la equidad puedan agravar o atenuar el contenido de su deber.

En caso de una obligación bonae fidei (de buena fe) el deber del sujeto pasivo debe interpretarse a la luz de las circunstancias especiales del caso, de las prácticas comerciales y de la intención de los contratantes.

Como consecuencia de la anterior surgen, por primera vez en el campo de las obligaciones bonae fidei, figuras como la compensación, la culpa, el dolo por omisión y el derecho del juez a fijar soberanamente los daños y perjuicios.

Las obligaciones nacidas de contratos unilaterales eran stricti iuris; las que provenían de contratos bilaterales eran bonae fidei. En el derecho civil moderno, las obligaciones son todas bonae fidei.

1.8.3. Por sus efectos.

Al igual que se hizo en alguno de los temas precedentes de esta unidad, hay que empezar por analizar a las obligaciones, para de ahí entrar a la institución de los contratos. En el Derecho Romano, desde el punto de vista de los efectos de las obligaciones, o sea del modo como se hallan sancionadas, estas se dividen en civiles y naturales.

Por obligación civil se entiende, aquella que está provista de una acción por medio de la cual se puede exigir su cumplimiento en justicia, y por obligación natural las que se hallan desprovistas de acción. En el Derecho Romano las obligaciones naturales no estaban legisladas, sino que se resolvían en cada caso particular, lo que traía aparejado ciertas dificultades en la práctica.

Según Ulpiano, no hay obligación sin sanción, de manera que la expresión obligación natural, constituye un abuso del lenguaje. La obligación natural, en principio es un absurdo jurídico porque la propia palabra obligación encierra en sí la idea de posibilidad de compeler jurídicamente al deudor a su cumplimiento. Es,

más que un vínculo de derecho, un *vinculum equitatis* (vínculo de equidad), según la calificación hecha por el Digesto.

Un ejemplo de obligación natural es la siguiente: una persona había dispuesto en su testamento que dejaba a su esclavo los cinco escudos de oro que le debía. En Roma los esclavos no podían, no eran capaces civilmente de tener un patrimonio, ni de contratar con su amo. Servius dice que el legado es nulo. Javolenus, afirma que se ha de atender más bien a una deuda natural que civil.

En cuanto a los efectos de las obligaciones naturales, hay que comentar, que las mencionadas carecen de derecho, esta afirmación es errónea ya que ellas producen ciertos efectos siempre que el acreedor pueda hacerlas valer sin recurrir a la justicia.

En realidad, el acreedor carecía de acción para obligar al deudor a ejecutar la prestación; pero si este pagaba voluntariamente, como pagaba lo que debía, no podía valerse de la *condictio indebiti* para repetir el pago, lo que implica y demuestra una consecuencia de derecho. También la obligación natural podía ser opuesta en compensación contra una obligación civil, así, por ejemplo: si una persona me debía cincuenta pesos, y yo le debía veinticinco en virtud de una obligación natural al demandarle por los cincuenta pesos, podía oponerme en compensación los veinticinco que yo le debía.

Otro ejemplo es el siguiente: la obligación natural "*non parit actionem, sed parit exceptionem*" (no produce acción, pero sí excepción). Ese tipo de obligación podía ser objeto de una novación, cosa que indudablemente no hubiera sucedido si se tratara de una obligación nula, pues la novación exigía como requisito esencial una primera obligación válida que se extinguía por dar nacimiento a otra nueva.

Los efectos de una obligación natural, podían además hacerse más eficaces, garantizándola por medio de una fianza o hipoteca.

Lo antes expresado es aplicable a los contratos, los que se pueden clasificar según sus efectos en: unilaterales y sinalagmáticos.

Los primeros, son los que no generan obligación para todas las partes, sino sólo para una de ellas. (*uni rex latere*)

Los segundos, son los que producen obligación de todas las partes contratantes. Pueden ser; bilaterales o multilaterales. Los contratos sinalagmáticos también se subdividen en perfectos e imperfectos. Sinalagmáticos perfectos. Donde todas las partes están obligadas desde el momento en que se conforma el contrato. Contratos sinalagmáticos perfectos estos son: la venta, el arrendamiento y la sociedad. Sinalagmáticos imperfectos. En estos no hay obligación nacida en el mismo instante de establecerse el contrato, puede que sea luego cuando nazca la obligación de la otra parte. Contratos sinalagmáticos imperfectos son: el comodato, el depósito, la prenda y el mandato.

1.8.4. Nominados.

A su vez se subdividen en:

- Contratos verbis.

Este tipo de contratos se perfeccionaban pronunciando frases consagradas por la tradición religiosa o a la magia. El ejemplo más común era la “*stipulatio*”, que era un contrato que se perfeccionaba con el intercambio de una pregunta y una respuesta, utilizándose el mismo verbo. Esto es, las formulas verbales tenían suma importancia en este tipo de contratos.

Otros ejemplos de este tipo de contratos son: el “*negotium per aes et libram*”; la “*ditio dotis*”; la “*promissio iurata leberti*”.

- Contratos litteris.

Estos contratos se perfeccionaban en algunos casos con el uso de la escritura, aunque esto no era siempre. Básicamente los contratos litteris se dividieron en dos clases: los vigentes en el Derecho Romano arcaico y Derecho Romano de Justiniano.

En los primeros, su perfeccionamiento se realizaba mediante la inscripción de una deuda en la contabilidad doméstica de un pater – familias. Esto era así, ya que la contabilidad de este tipo tenía un carácter sagrado. Se trata de un contrato unilateral, por ello se le calificaba de “*strictu iuris*”. Era válido únicamente entre

ciudadanos romanos y su objeto consistía exclusivamente en sumas de dinero, ya que su inscripción era en la contabilidad.

La otra modalidad de los contratos *litteris*, estuvo vigente en tiempo de Justiniano, una vez que cayó en desuso la religión y las contabilidades familiares, subsistiendo a la par de nuevos contratos, como los “*re*” y los “*consensu*”. En esta segunda etapa de los contratos “*litteris*”, se llevó a cabo una reinterpretación – fraudulenta²⁸ de ellos, puesto que se estableció que las *chirographae* y *sygraphae* (documentos probatorios), una vez que el deudor ya no podía servirse de la excepción “*pecuniae non numeratae*” y de la correspondiente querrela –es decir, si estas habían prescrito por el transcurso de un lapso de dos años-, se convertían en contratos “*litteris*”.

- Contratos *re*.

Son los llamados contratos reales que se perfeccionaban mediante la entrega de un objeto. Este tipo de contratos comprendía un contrato “*stricti iuris*”, como por ejemplo: el mutuo y el préstamo de consumo y, tres contratos de buena fe, que eran: el préstamo de uso o comodato, la prenda – o sea *pignus*- y el depósito.

- Contratos *consensu*.

Eran también llamados “contratos consensuales”. Como su nombre lo indica, se perfeccionaban por el simple consentimiento de las partes, sin formalidad alguna de por medio. En dos de los tipos de contrato de este grupo, que eran la compraventa y el arrendamiento (contratos *intuitu rei*) lo esencial era el objeto; en los otros dos, la sociedad y el mandato (contratos *intuitu personae*), lo que era esencial estaba representado por las calidades individuales de la contraparte del contrato.

a) A su vez los contratos *verbis* primitivos se dividen en:

- Contrato “*per aes et libran*”. Ya ha sido explicado con antelación.
- *Dictio dotis*. Es una promesa de dote que debe de hacerse mediante determinadas palabras y actos solemnes.
- *Jus jurandum liberti stipulatio*. Debería de hacerse mediante el uso de ciertas formulas. A través de esta modalidad de contratación, el esclavo

²⁸ Véase; MARGADANT S., Guillermo Floris; ob. cit.; p. 392.

por manumitir se obligaba de antemano a prestar ciertos servicios después de la “manumissio”.

Los contratos “per aes et libran” se dividen a su vez en:

- Mancipatio.

Consiste en la transmisión de una propiedad en la Roma arcaica y clásica. Se utilizaba para la propiedad de las cosas mancipables (res mancipi), que son: el fundus, la domus, los esclavos y los animales de carga. La pecunia (dinero) y el resto de animales carecían de importancia puesto que estaban destinados en parte al comercio.

- Coemptio.

Era el acto celebrado para que una mujer pasara de la “domus” de su padre a la de su marido.

- Testamento mancipatorio.

Era una disposición de última voluntad que se utilizaba como forma de transmisión de la propiedad.

- Nexum.

En un préstamo, si las frases utilizadas indicaban que un miembro de la familia de uno de los contratantes quedaba de “rehén” “nexi”, en poder de la familia del otro contratante, hasta la liquidación total, se decía que había un “nexum”. Es el poder de dominio que tiene el acreedor sobre la persona del deudor.

b) Por su parte los contratos litteris se clasifican en: contratos litteris de forma arcaica y contratos litteris bajo la forma justiniana.

c) Los contratos re se clasifican en:

- Mutuo.

Contrato unilateral, es un préstamo gratuito de consumo. Puede definirse como el contrato por el cual una persona, el mutuante, transmitía a otra llamada mutuario, la propiedad de bienes genéricos, obligándose éste a devolver más tarde aquél una cantidad igual de bienes del mismo género y de la misma calidad.

- Comodato.

Es un préstamo de uso, un contrato por el cual una persona, el comodante, entrega a otra persona el comodatario un bien específico que éste podía utilizar y que tendría que devolver a aquél después de un plazo vencido.

- Prenda.

Es aquel contrato por el cual una persona, que es el propietario de prenda, entrega un objeto a otra persona llamada acreedor prendario, para que lo guarde en garantía de un derecho, que tuviera el acreedor en contra del dueño de la prenda o contra algún tercero.

- Depósito.

Contrato por el cual una persona llamada depositante, entrega a otra, llamada depositario, algún objeto mueble para su custodia.

- Compraventa.

Es un contrato bilateral de buena fe y consensual, que se perfecciona por el sólo consentimiento de los celebrantes. Por medio del contrato de compraventa una persona, llamada vendedor, se obliga a transferir a otra, denominada comprador, el poder que tiene sobre determinado objeto, contra el pago de cierta cantidad en dinero.

- Locatio conductio. Se subdivide en: reo; operatum; operis; aparcería.

No tiene un equivalente en el derecho moderno. Es una figura que dentro del derecho actual se asemeja a distintos contratos, como los siguientes:
*Arrendamiento (locatio conductio rerum). Contrato por el cual el “locator” se obliga a proporcionar a una persona, el “conductor”, el goce temporal de una cosa no consumible, a cambio de una remuneración periódica de dinero.

*Aparcería. El “locator” se obliga a proporcionar a un patrón, el “colonus partarius”, el goce temporal de un terreno agrícola, prometiéndosele a cambio, cierto porcentaje de los frutos que se tuvieran en el terreno.

*Contrato de trabajo (locatio conductio operatum). El “locator” se obliga a proporcionar un patrón, el “conductor”, sus servicios personales durante algún tiempo a cambio de una remuneración.

*Contrato de obra (locatio conductio operis). El “conductor” se obliga a realizar cierta obra para el “locator”, mediante el pago de un precio determinado.

- Mandato.

Es un contrato por el cual una persona llamada mandante, encargaba a otra llamada mandatario, que realizara determinado acto, por cuenta y en interés de aquella.

- Sociedad.

Es el contrato por el cual dos o más personas ponían en común determinados objetos o sus energías, o una combinación de objeto y energías, para dedicarse a determinadas actividades, no necesariamente económicas, y repartirse los resultados.

1.8.5. Los contratos innominados.

Se clasifican en:

- a) Do ut des.

Son aquellos que básicamente consisten en: dar para que des. El ejemplo típico es el contrato de permuta.

- b) Do ut facias.

Son aquellos contratos que consisten en dar algo para que otro haga algo. Tal es el caso del contrato de indemnización en especie por un servicio prestado.

- c) Facio ut des.

Son los contratos en los que se hace algo para que otro de.

- d) Facio ut facias.

Son los contratos en los que hay un intercambio de servicios.