



**From the SelectedWorks of Jorge Adame  
Goddard**

---

April 2010

Curso de Derecho Romano Clásico II (Sucesiones,  
Liberalidades, Obligaciones y Contratos)

Contact  
Author

Start Your Own  
SelectedWorks

Notify Me  
of New Work

---

Available at: [http://works.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard/158](http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/158)

# CURSO DE DERECHO ROMANO CLÁSICO II

(SUCESIONES, LIBERALIDADES Y OBLIGACIONES)

Por

Jorge Adame Goddard

Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM  
Profesor de Derecho Romano en la Universidad Panamericana, México.  
Profesor de Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la UNAM.

México  
2010

Publicación electrónica en [www.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard](http://www.bepress.com/jorge_adame_goddard)

Derechos Reservados © Jorge Adame Goddard.

Farol 125, CP52785, Huixquilucan, Estado de México.

Se autoriza su reproducción gratuita, total o parcial, exclusivamente para uso personal,  
pero se prohíbe su venta y cualquier forma de publicación, reproducción o edición  
destinada a la difusión pública.

## INTRODUCCIÓN A ESTE VOLUMEN

Este segundo volumen del *Curso de Derecho Romano Clásico* es la continuación del primer volumen publicado (2009) y disponible en línea ([www.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard](http://www.bepress.com/jorge_adame_goddard)), y corresponde al segundo curso de Derecho Romano en las universidades mexicanas que, para bien de los estudiantes y la cultura jurídica mexicana, todavía conservan dos cursos de esta materia formativa. Procura mantener todas las características del primer volumen (brevedad, claridad, división por párrafos), por lo que para mayor información al respecto remito a la Introducción General del primer volumen

Comienza con la parte relativa a las Sucesiones, que viene siendo como una continuación de la parte de Familia con la que concluye el temario del primer curso. Le sigue una parte denominada, siguiendo a Alvaro d'Ors, «Liberalidades», en la que se explican los diversos actos jurídicos que tienen como nota común el ser actos lucrativos, es decir actos que producen un incremento patrimonial en una persona sin que esta tenga obligación de dar algo a cambio. En primer lugar, se tratan las liberalidades que producen efecto *mortis causa*, a la muerte de su autor, que son los legados y los fideicomisos; seguidamente se tratan los actos de liberalidad que producen efectos *inter vivos*, como son las donaciones y las fundaciones.

La tercera parte, la más extensa, se refiere a las obligaciones y los contratos. Es ésta la parte en la que destaca más claramente la originalidad de Álvaro d'Ors, quien logró reconstruir la clasificación clásica de las fuentes de las obligaciones, y explicar la diferencia entre créditos, o préstamos, y contratos. Sigo el pensamiento de este autor, como en el resto de la obra, por lo que la materia de esta parte se distribuye, según dicha clasificación clásica, en delitos, préstamos, estipulaciones y contratos.

Reitero mi convicción de que el estudiante que aprende bien el Derecho Romano Clásico tiene todos los elementos intelectuales necesarios para afrontar con éxito y originalidad cualquier problema actual de derecho privado.

## CONTENIDO

PRIMERA PARTE:  
SUCESIONES

§1. Introducción general a esta parte.....	11
I. SUCESIÓN HEREDITARIA.....	13
§2. Introducción. §3. herederos necesarios. §4. herederos voluntarios. §5. Ofrecimiento o «delación» de la herencia. §6. Herencia yacente. §7. Apremio para aceptar la herencia. §8. Aceptación y adquisición o adición de la herencia por el heredero voluntario. §9. Derecho de aceptar la herencia. §10. Sucesión. §11. Herencia. §12. Responsabilidad <i>ultra vires</i> . §13. Delación legal o testamentaria. §14. Derecho de acrecimiento ( <i>ius adcrescendi</i> ). §15. Acciones y recursos del heredero: <i>hereditatis petitio</i> e interdicto <i>quam hereditatem</i> . §16. Senadoconsulto Juvenciano. §17. Herencia civil y herencia pretoria. §18. La herencia pretoria: <i>bonorum possessio</i> . §19. Los recursos del <i>bonorum posesor</i> . §20. Relación entre la <i>hereditatis petitio</i> y el interdicto <i>quorum bonorum</i> .	
II. SUCESIÓN LEGÍTIMA Y SUCESIÓN FORZOSA.....	22
§21. Introducción. §22. El orden civil de la sucesión legítima. §23. Los descendientes legítimos o <i>heredes sui</i> . §24. Preterición de un descendiente legítimo. §25. Preterición de un <i>suus</i> póstumo. §26. Los parientes agnados. §27. La herencia de los libertos. §28. El orden pretorio de la sucesión legítima. §29. Llamamiento a los hijos ( <i>unde liberi</i> ). §30. Llamamiento a los herederos legítimos ( <i>unde legitimi</i> ). §31. Sucesión de los libertos en el orden pretorio. §32. Llamamiento a los parientes cognados ( <i>unde cognati</i> ). §33. Llamamiento al cónyuge viudo ( <i>unde vir et uxor</i> ). §34. Llamamiento a los acreedores ( <i>cui heres non extabit</i> ). §35. Reformas a la sucesión legítima para favorecer al parentesco cognaticio: senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. §36. Reformas de Justiniano a la sucesión legítima. § 37. La sucesión forzosa formal y material. §38 La querrela por testamento inoficioso. §39. Reformas de Justiniano a la sucesión forzosa.	

---

**III. HERENCIA TESTAMENTARIA.....29**

§40. Introducción. § 41. Concepto de testamento. § 42. El testamento civil. § 43 El testamento pretorio. §44. El codicilio. §45. El testamento en el derecho post clásico. §46. Capacidad para hacer testamento. §47. Capacidad para recibir por testamento. §48. Capacidad para adquirir. §49. Ineficacia del testamento. § 50. Interpretación del testamento. § 51. Modalidades de las disposiciones testamentarias. §52. La condición. §53. Clases de condiciones. §54. El término. §55. Sustitución de heredero. §56. Manumisión testamentaria bajo condición.

**SEGUNDA PARTE:  
LIBERALIDADES****IV. LEGADOS.....37**

§ 57. Introducción. § 58. Concepto de legado. § 59. Clases de legados. § 60. Legado vindicatorio. § 61. Legado damnatorio. § 62. Legado de precepción. § 63. Legado de opción. § 64. Legado de permisión. § 65. Legado de partición. § 66. Senadoconsulto Neroniano. § 67. Aplicaciones de los legados. § 68. Limitaciones legales de los legados. § 69 Ineficacia de los legados. § 70. Adquisición de los legados. § 71. Adquisición del legado sujeto a condición negativa (*cautio Muciana*). § 72. Acrecimiento entere colegatarios. § 73. Posesión de las cosas legadas.

**V. FIDEICOMISOS.....45**

§ 74. Concepto. § 75. Exigibilidad de los fideicomisos. § 76. Utilidad de los fideicomisos. § 77. Manumisiones fideicomisarias. § 78. Sustitución fideicomisaria. § 79. Fideicomiso de «lo que quede de la herencia». § 80. Fideicomiso de parte o de toda la herencia. § 81. Régimen del fideicomiso de toda la herencia en los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano. § 82. Fideicomiso de pagar los legados.

**VI. DONACIONES Y FUNDACIONES.....49**

§ 83. Introducción. § 84. La donación. § 85. El modo o carga de la donación. § 86. Liberalidad y cristianismo. § 87. La ley Cincia. § 88. Las donaciones nupciales. § 89. Donaciones por causa de muerte. § 90

Donaciones a favor de los libertos. § 91. Promesas a personas indeterminadas. § 92. Las fundaciones.

### TERCERA PARTE: OBLIGACIONES Y CONTRATOS

§ 93. Introducción a esta parte.....54

VII. OBLIGACIONES EN GENERAL.....55

§ 94. Concepto de obligación. § 95. Obligaciones civiles y pretorias. § 96. Objeto de las obligaciones. § 97. Obligaciones de dar y de hacer. § 98. Obligaciones de objeto determinado y de objeto indeterminado. § 99. Obligaciones divisibles e indivisibles. § 100. El cumplimiento o pago de las obligaciones. § 101. Obligaciones naturales. § 102. Las fuentes de las obligaciones. § 103. Clasificación de las fuentes de las obligaciones según Gayo y Justiniano. § 104. Clasificación clásica de las fuentes de las obligaciones. § 105. Cuadro general de las figuras jurídicas de las que proceden las obligaciones.

#### 1ª. Sección: DELITOS

VIII. DELITOS EN GENERAL.....62

§ 106. Introducción. § 107. Delito y crimen. § 108. Dolo y culpa. § 109. Pena. § 110. Acciones penales, acciones reipersecutorias y acciones mixtas. § 111. Acciones perpetuas y temporales. § 112. Acumulabilidad de las acciones penales. § 113. Transmisibilidad e intransmisibilidad de las acciones penales. § 114. La acción penal noxal. § 115. Delitos civiles y delitos pretorios.

IX. DELITOS DE ROBO.....66

§ 116. Concepto de robo ordinario. § 117. Acciones civiles por robo. § 118. Acciones pretorias. § 119. Acciones reipersecutorias. § 120. Legitimación activa de la acción penal y de la acción reipersecutoria.

---

X. DELITOS DE DAÑOS.....69

§ 121. Concepto de daño. § 122. La ley Aquilia de daño. § 123 Acción de la ley Aquilia. § 124. Otros delitos civiles de daño. § 125. Extensiones pretorias de la acción de la ley Aquilia. § 126. Otros delitos pretorios de daños.

## XI. DELITOS DE LESIONES.....72

§ 127. Concepto de lesiones o injurias. § 128. Antiguas acciones civiles por injurias. § 129. La acción pretoria de injurias o «acción estimatoria». § 130. La ofensa moral o *contumelia*.

## XII OTROS DELITOS PRETORIOS.....74

§ 131. Delitos sancionados por acciones *in factum*. § 132. Delito de retención de cosa sustraída por intimidación. § 133. La acción *quod metus causa*. § 134. Delito de dolo. § 135. La acción de dolo.

## 2ª. Sección: PRÉSTAMOS

§ 136. Introducción a esta sección.....77

## XIII. PRÉSTAMOS EN GENERAL.....77

§ 137. Concepto de préstamo. § 138. Obligación derivada del préstamo. § 139. Los préstamos civiles. § 140. La acción para exigir los préstamos civiles: la *condictio*. §141. Características de la *condictio*. § 142. La obligación sancionada por la *condictio*. § 143. Cumplimiento de la deuda crediticia. § 144. Imputación del pago. § 145. Reclamación de la deuda crediticia por un banquero. § 146. Momento para el pago de la deuda crediticia. § 147. La «mora» del deudor o del acreedor. § 148. Efectos de la mora. § 149. Préstamos pretorios.

## XIV. MUTUO.....82

§ 150. Concepto. § 151. La entrega de dinero. § 152. Gratuidad del mutuo. § 153. Intereses. § 154. El mutuo con interés o *fenus*. § 155. Un tipo especial de mutuo, el *fenus nauticum*.

---

XV DACIONES *OB REM*.....84

§ 156. Concepto. § 157. Contractualización pretoria de algunas daciones *ob rem*. § 158. Los «contratos innominados».

XVI. DACIONES *OB CAUSAM*.....86

§ 159. Concepto. § 160. El pago de lo no debido. § 161. Dación por un convenio inmoral o ilícito. § 162. Otros casos de daciones *ob causam*.

XVII DACIONES *EX EVENTU*.....88

§ 163. Concepto. § 164. Algunos casos de daciones *ex eventu*. § 165. La *condictio furtiva*.

XVIII. *CONSTITUTUM* O CONSTITUCIÓN DE PLAZO.....90

§ 166. Concepto. § 167. *Constitutum* de deuda ajena. § 168. La acción *de pecunia constituta*. § 169. Concurrencia alternativa de la acción *de pecunia constituta* con la acción de objeto cierto. § 170. La asunción de responsabilidad de pago por un banquero o *receptum argentarii*.

## XIX. COMODATO.....92

§ 171. Concepto. § 172. Acción del comodato (*actio comodati*). § 173. Posición jurídica del comodatario respecto de la cosa. § 174. Responsabilidad del comodatario por la custodia de la cosa. § 175. Eventual responsabilidad del comodante.

## XX. PRENDA.....95

§ 176. Concepto. § 177. Objetos que pueden darse en prenda. § 178. Posición jurídica del acreedor respecto de la prenda. § 179. La acción pignoraticia personal. § 180. Eventual responsabilidad del pignorante. § 181. Accesoriedad de la prenda. § 182. Extinción de la prenda. § 183. Pactos y convenios que modifican el derecho del acreedor. § 184. Pacto de venta. § 185. Pacto de anticresis. § 186. Convenio de venta de la prenda con pacto de recompra (*lex commissoria*). § 187. Convenio para que el pignorante retenga la prenda. § 188. La hipoteca. § 189. Acción pignoraticia real o acción hipotecaria. § 190. Objetos hipotecables. § 191. Hipotecas

tácitas y legales. § 192. Concurrencia de hipotecas. § 193. Derecho de ofrecimiento (*ius offerendi*) y sucesión en la preferencia hipotecaria (*sucesion in locum*).

### 3ª Sección: ESTIPULACIONES

§ 194. Introducción general a las estipulaciones.....101

#### XXI. ESTIPULACIÓN O PROMESA.....101

§ 195. Concepto de estipulación. § 196. Acciones de la estipulación. § 197. Carácter abstracto de la estipulación. § 198. La «acceptilación» (*acceptilatio*). § 199. Contenido de la obligación derivada de la estipulación. § 200. Prueba de la estipulación. § 201. Estipulación sin causa. § 202. Excepción de dinero no entregado (*exceptio non numeratae pecuniae*). § 203. Querrela de dinero no entregado (*querella non numeratae pecuniae*). § 204. La conversión de la estipulación en un negocio literal o escrito. § 205. El antiguo negocio literal (*transcriptio nominum*).

#### XXII. ESTIPULACIONES INVÁLIDAS E INDETERMINADAS.....107

§ 206. Invalidez de las estipulaciones. § 207. Estipulaciones inexistentes. § 208. Estipulaciones ineficaces o inútiles. § 209. Estipulaciones indeterminadas.

#### XXIII. SUPERPOSICIÓN DE ESTIPULACIONES

Y NOVACIÓN.....110

§ 210. Introducción. § 211. Estipulación añadida al mutuo. § 212. Estipulación penal. § 213. Novación. § 214. Cambio de acreedor (*delegatio*) o de deudor (*expromissio*). § 215. La novación en el derecho posclásico.

#### XXIV. ESTIPULACIONES SOLIDARIAS

Y GARANTÍAS PERSONALES.....113

§ 216. Introducción. § 217. Solidaridad material. § 218. Solidaridad formal. § 219. Acciones entre co-deudores o co-acreedores. § 220. Formas de garantía personal. § 221. La *adpromissio* o promesa adjunta. § 222. Régimen de la *adpromissio*. § 223. Una nueva garantía: la *fideiussio*. § 224. Ventajas de la *fideiussio*. § 225. División de la deuda en la *fideiussio*. § 226.

La acción de regreso en la *fideiussio*. § 227. La fianza en la época de Justiniano. § 228. Otras formas de garantía personal. § 229. Senadoconsulto Veleyano. § 230 Una solidaridad activa: la *adstipulatio*.

#### 4ª Sección: CONTRATOS

§ 231. Introducción a esta sección.....120

XXV. CONTRATOS Y ACCIONES DE BUENA FE.....120

§ 232. Las acciones de buena fe. § 233. Compensación de deudas recíprocas. § 234. Consideración de todas las excepciones y todos los pactos. § 235. La responsabilidad del demandado: culpa contractual. § 236. Interés del actor en el cumplimiento. § 237. Reciprocidad de los juicios de buena fe. § 238. Tipos contractuales. § 239. Clasificación de los contratos en onerosos y gratuitos. § 240. Contratos con persona determinada (*in tuitae personae*). § 241. Contratos consensuales. § 242. Efectos de la consensualidad contractual. § 243. El error en los contratos. § 244. Las arras contractuales.

XXVI. CONTRATO DE FIDUCIA.....128

§ 245. Concepto. § 246. Obligaciones del fiduciario y del fiduciante. § 247. Acción de la fiducia. § 248. Fiducia con un amigo (*cum amico*) o con un acreedor (*cum creditore*). § 249. Usucapión abreviada de la cosa fiduciada.

XXVII. DEPÓSITO.....130

§ 250. Concepto. § 251. Evolución del depósito. § 252. Obligación del depositario. § 253. Obligación del depositante. § 254. Depósito irregular. § 255. Secuestro.

XXVIII. MANDATO.....133

§ 256. Concepto. § 257. Representación. § 258. Representación directa. § 259. Representación indirecta. § 260. El *procurator* o mandatario. § 261. Tipos de mandato. § 262. Obligación del mandatario. § 263. Obligación del mandante. § 264. Terminación del mandato. § 265. El mandato como forma de cesión de créditos o de deudas. § 266. Perfeccionamiento de la cesión de créditos. § 267. La gestión de negocio ajeno.

**XXIX. CONTRATO DE SOCIEDAD.....138**

§ 268. Concepto General de sociedad. § 269. Sociedad privada y sociedad pública. § 270. La sociedad pública por antonomasia: el pueblo romano. § 271. Las ciudades. § 272. Las corporaciones. § 273. La sociedad privada. § 274. Contrato de sociedad. § 275. Acciones que genera. § 276. Tipos de sociedad privada. § 277. Terminación de la sociedad.

**XXX. COMPRAVENTA.....142**

§278. Concepto. § 279. Acciones que genera. § 280. Objeto de la compraventa. § 281. La obligación de pagar el precio. § 282. La obligación de entregar las mercancías. § 283. Responsabilidad del vendedor. § 284. El riesgo por la cosa vendida y no entregada. § 285. Responsabilidad del vendedor respecto de la adquisición de la propiedad de la mercancía por el comprador. § 286. Responsabilidad del vendedor por la «evicción». § 287. Responsabilidad del vendedor por los defectos de la mercancía. § 288. Responsabilidad del vendedor en las ventas de esclavos y animales según el edicto de los ediles curules. § 289. Tipos especiales de compraventa.

**XXXI ARRENDAMIENTO.....150**

§ 290. Concepto general. § 291. Tipos de arrendamiento. § 292. Arrendamiento de cosa. § 293. Obligación del arrendador. § 294. Posición jurídica del arrendatario. § 295. Obligaciones del arrendatario. § 296. Atribución del riesgo de la cosa arrendada. § 297. Algunos tipos especiales de arrendamiento de cosa. § 298. Arrendamiento de tierras públicas (*conducto agri vectigalis*). § 299. Enfiteusis. § 300. Superficie. § 301. Arrendamiento de almacenes. § 302 Arrendamiento de servicios de esclavo. § 303. Arrendamiento de servicios de una persona libre. § 304. Arrendamiento de obra. § 305. Obligación del arrendador de obra. § 306. Obligación del arrendatario de obra. § 307. Atribución del riesgo. §308. Escisión del arrendamiento de obra en diversos contratos.

## PRIMERA PARTE

### SUCESIONES

#### § 1. *Introducción general a esta parte.*

A la muerte del padre de familia, los hijos que estaban bajo su potestad se vuelven *sui iuris* y, en principio, adquieren el patrimonio paterno; ellos son herederos del difunto, al que ahora se le designa como el «*de cuius*» o «causante» de la herencia. Los herederos quedan colocados en la posición jurídica que tenía el causante en todas sus relaciones y situaciones que son transmisibles, como la propiedad, los créditos, las deudas, principalmente. Este hecho de que los herederos quedan en la posición jurídica que tenía el causante se denomina «sucesión».

Hay dos clases de sucesión. La sucesión legítima que es la prevista en la *Ley de las XII Tablas*, en la que los herederos son los hijos que estaban sometidos a la potestad del difunto o, a falta de ellos, el pariente agnado en grado más próximo. Y la sucesión testamentaria en la que los herederos son designados en vida por el causante mediante una declaración formal en un acto jurídico que se denomina testamento.

En el testamento, además de nombrar herederos, el testador puede conceder bienes concretos (no partes de la herencia) a personas distintas de los herederos o aun a herederos que quiere beneficiar especialmente, por medio de legados o fideicomisos. Estos actos son llamados liberalidades porque consisten en proporcionar un incremento patrimonial a una persona beneficiada, sin exigir de ella una retribución. Como el legado y el fideicomiso se hacen en un testamento, ambas figuras se suelen estudiar en la parte de Sucesiones, aunque ni los legatarios ni los fideicomisarios son herederos, sino adquirentes de bienes particulares a título lucrativo. Además de las liberalidades que se hacen en el testamento, puede una persona en vida hacer otras: establecer fundaciones y hacer donaciones.

Esta parte contiene tres capítulos: uno dedicado a la explicación de lo que significa la sucesión, otro a la sucesión legítima y el tercero a la sucesión testamentaria. En la segunda parte de este libro se estudian las distintas clases de liberalidades, comenzando por las que se hacen por medio de un testamento: los legados y los fideicomisos.

## I. SUCESIÓN HEREDITARIA.

### § 2. *Introducción.*

La sucesión en el patrimonio del *pater familias* se da en la persona de los herederos. Ellos continúan en las relaciones jurídicas transmisibles de aquél. El tema principal de la sucesión es la determinación de quién o quiénes son herederos, qué es lo que adquieren, en qué momento lo adquieren y los recursos que tienen para defender sus adquisiciones.

### § 3. *Herederos necesarios.*

Los hijos e hijas se vuelven *sui iuris* a la muerte del *pater familias* y son ellos, en primer lugar, los adquieren la herencia paterna, casi como si fuera una cosa propia. De ellos se dice que son «herederos necesarios» o de propio derecho (*heredes sui*) porque adquieren la herencia sin tener que hacer un acto de aceptación, como si necesariamente les correspondiera. Se consideró que también era heredero necesario el esclavo propio manumitido e instituido heredero en el testamento, del que cabe esperar que siempre o necesariamente acepte la herencia.

### § 4. *Herederos voluntarios.*

Desde antes de la época clásica, se reconoció que podían ser herederos, además de los hijos, otras personas de la familia, como los parientes agnados en línea colateral, o incluso extraños a ella. Estas personas se hacen herederos por un acto voluntario de aceptación de la herencia.

### § 5. *Ofrecimiento o «delación» de la herencia.*

La herencia se ofrece a los herederos al momento de la muerte del causante o, si hizo testamento, al momento de abrirse el testamento. Los herederos necesarios adquieren la herencia en el mismo momento en que se les ofrece, por lo que se dice que entre ellos el momento del ofrecimiento o delación de la herencia coincide con el de su adquisición. Los herederos voluntarios, adquieren la herencia en el momento en que expresan su aceptación, por lo que sucede que entre el momento de la delación y el momento de la adquisición transcurre un cierto tiempo en que la herencia está sin heredero.

### § 6. *Herencia «yacente».*

Mientras la herencia no tiene heredero se dice que está «yacente», a la espera de un heredero que la adquiera. No obstante, respecto de la herencia yacente puede haber cierta actividad, sobre todo si existe un esclavo administrador.

La herencia yacente no puede equipararse a una *res nullius* porque está destinada a tener un propietario. Pero para evitar la inseguridad que generaba que el heredero voluntario demorara su aceptación o no aceptara la herencia, se admitió desde antiguo que cualquier persona, aun de mala fe, podía tomar posesión de una cosa de la herencia y, al cabo de un año, convertirse en heredero; era como una usucapión de la titularidad de heredero. Posteriormente, en el siglo primero d.C., se limitó esta usucapión únicamente al objeto poseído, y luego, el emperador Adriano, la equiparó a la usucapión ordinaria al exigir la buena fe del poseedor.

### § 7. *Apremio para aceptar la herencia.*

Los acreedores y los legatarios (que son como acreedores) de la herencia pueden pedir al pretor que apremie al heredero voluntario para que decida si acepta o rechaza la herencia. El pretor puede: *i*) fijar al heredero voluntario un «tiempo para deliberar» (*spatium deliberandi*) de cien días, y si el plazo transcurre sin decisión del heredero, se entiende que repudia la herencia; o *ii*) interrogarle formalmente (*interrogatio in iure*) si es o no heredero (*an heres sit*).

Si el heredero no acepta, el pretor ofrece la herencia a otras personas que pudieran ser herederas, y si tampoco aceptan, procede a la venta de esos bienes con el fin de pagar a los acreedores de la herencia.

### § 8. *Aceptación y adquisición o adición de la herencia por el heredero voluntario.*

Ordinariamente la aceptación de la herencia se expresa por medio de un acto realizado en los bienes hereditarios que manifieste la voluntad de comportarse como heredero (*pro herede gerere*), por ejemplo recoger la cosecha, pagar alguna deuda, hacer gastos para la conservación de los

bienes, etc. A veces el testador puede exigir que se haga una declaración formal de aceptación (*cretio*) en un determinado plazo.

Hecha la aceptación, el heredero adquiere la herencia. Los efectos de la adquisición o «adición» de la herencia se retrotraen al momento en que le fue ofrecida, es decir al momento de la delación, de modo que el heredero voluntario que acepta la herencia se considera que es heredero desde el momento de la delación. Resulta así equiparado, bajo este aspecto, al heredero necesario que adquiere la herencia al momento de la delación.

#### § 9. *Derecho de aceptar la herencia.*

Antes de la aceptación, el heredero voluntario solo tiene un derecho a aceptar la herencia que, en principio es intransmisible, de modo que si muere sin haberla aceptado, sus herederos no podrán aceptarla. Esta regla tuvo algunas excepciones en el derecho clásico, y finalmente Justiniano estableció la regla contraria de transmisibilidad del derecho a aceptar la herencia, pero limitado a un año a partir de que el heredero supo de la delación. Con esto se equiparaba la posición de los herederos de un heredero necesario, que adquirirían la herencia que éste había adquirido, con los del heredero voluntario que adquirirían el derecho a aceptar la herencia que al primero se le había ofrecido.

#### § 10. *Sucesión.*

La colocación del heredero en la posición jurídica del difunto se llama «sucesión» (*successio*), porque el heredero sucede al difunto en todas sus relaciones y situaciones jurídicas transmisibles.

Son transmisibles todas las relaciones privadas, como la propiedad, los derechos reales, las obligaciones personales, salvo las que son intransmisibles, como las obligaciones provenientes de delitos, la potestad o *manus* sobre la mujer, el usufructo vitalicio y algunas otras.

El heredero sucede en la titularidad de los derechos, por lo cual se hace propietario de los bienes y acreedor de los deudores que tenía el causante. Pero para ser considerado poseedor de los bienes, es preciso que tome posesión de ellos de alguna manera. Si el causante era poseedor civil de algún bien que todavía no adquiría por usucapión, el heredero puede

concluir la usucapión poseyendo el tiempo necesario que le faltaba al causante, es decir sumar el tiempo que poseyó el causante al tiempo que posee el heredero, por lo que se habla, de manera impropia, de una «sucesión de la posesión» (*successio possessionis*).

### § 11. *Herencia*.

El conjunto patrimonial que adquiere el heredero es la «herencia» (*hereditas*).

El heredero adquiere un patrimonio, un conjunto de bienes, por lo que se dice que es un adquirente a título universal, y no un adquirente a título particular, como podía ser quien compra o recibe algo por donación. No obstante, puede haber varios herederos de una misma herencia, y entonces se entiende que entre todos adquieren la totalidad y cada uno de ellos adquiere una parte o cuota de la herencia; su posición es semejante a la de los copropietarios que tienen una parte o cuota de la propiedad. Las cuotas de los coherederos pueden ser iguales o desiguales, pero cualquiera de ellos, como los copropietarios, tiene acción para pedir la división de la herencia.

Cuando la herencia se adquiere por testamento, el testador puede disponer de bienes particulares por medio de legados o fideicomisos a favor de personas particulares que adquieren a título particular. Estas disposiciones reducen el monto de la herencia que adquieren los herederos, quienes, no obstante, siguen siendo adquirentes a título universal.

### § 12. *Responsabilidad ultra vires*.

Como el heredero adquiere todo el patrimonio del causante, queda obligado a pagar las deudas transmisibles del causante del mismo modo que debía pagarlas éste. Si en la herencia no hay bienes suficientes para pagar las deudas, el heredero responde con sus bienes; a esta responsabilidad por las deudas de la herencia se le llama responsabilidad «*ultra vires hereditatis*» porque el heredero responde «más allá de lo que alcance la herencia».

Para evitar el riesgo por la adquisición de una herencia cuyas deudas son mayores que sus bienes, es decir una herencia insolvente, hay varios recursos. Si el heredero es voluntario, puede repudiar la herencia, o pactar con los acreedores de la herencia de que aceptará la herencia si ellos

reducen proporcionalmente sus créditos, o se obligan (dándole un mandato de adir la herencia) a reembolsarle lo que él tenga que gastar de su propia patrimonio por haber aceptado la herencia.

Si es un heredero necesario, no puede repudiar la herencia, pero el pretor le permite que pueda abstenerse de ella (*beneficium abstinendi*), lo cual significa que, si no hay alguien que quiera aceptarla, el pretor deja la masa hereditaria a los acreedores para que la vendan y se paguen con el precio cobrado.

Si el heredero es un esclavo manumitido en el testamento, no puede repudiar ni abstenerse de la herencia, de modo que los bienes de la herencia se venderán, para pagar a los acreedores, como si el esclavo fuera el deudor, pero el pretor protege al esclavo manumitido en contra de las acciones de los acreedores por los créditos que no fueran pagados.

Justiniano terminó con la responsabilidad *ultra vires*, al establecer el «beneficio de inventario», esto es que todo heredero, al aceptar la herencia, puede hacer un inventario de los bienes de la misma, con los cuales paga a los acreedores, sin comprometer su propio patrimonio.

### § 13. *Delación legal o testamentaria.*

La titularidad de heredero se puede adquirir o por el ofrecimiento de una herencia de acuerdo con las prescripciones legales, o por el ofrecimiento de acuerdo con un testamento. Estas delaciones son incompatibles, de modo que el heredero lo es por «sucesión legítima», también llamada «*ab intestato*» (sin testamento o «intestada»), o lo es por «sucesión testamentaria». De esta incompatibilidad deriva la regla que dice que nadie puede morir en parte con testamento y en parte sin testamento (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*).

Hay sin embargo casos en que concurren herederos llamados por testamento con los hijos no contemplados en el testamento, pero que tienen derecho a una parte, de quienes se dice que son «herederos forzosos»

### § 14. *Derecho de acrecimiento (ius adcrescendi).*

Como los herederos adquieren la totalidad de la herencia, y sólo por una vía o delación (legítima o testamentaria), si alguno de los herederos instituidos

no adquiere su parte, porque rechaza la herencia, porque muere antes o por cualquier otra causa, la parte no adquirida aumenta o acrece proporcionalmente las partes de los herederos que adquieren la herencia; por ejemplo si había tres herederos a los que correspondía una tercera parte de la herencia a cada uno, y uno de ellos la rechaza, los dos restantes verán acrecentada su parte pues a cada uno le corresponderá la mitad de la herencia. El derecho de acrecimiento podía ser modificado en un testamento, por ejemplo nombrando herederos sustitutos, de modo que si uno no acepta, el sustituto puede aceptar, y no se da entonces el acrecimiento a favor de los que sí aceptaron.

El derecho de acrecimiento entre coherederos fue alterado gravemente por las leyes matrimoniales de Augusto, llamadas «leyes caducarias», que se analizan más adelante.

§ 15. *Acciones y recursos del heredero: hereditatis petitio e interdicto quam hereditatem.*

El heredero, por la sola adquisición de la herencia, puede ejercitar las acciones que tenía el causante, que fueran activamente transmisibles, como la acción reivindicatoria para reclamar la restitución de cosas de la herencia, o las acciones para exigir el pago a los deudores del causante, etc. Para poder usar los interdictos posesorios es necesario que tome posesión de los bienes de la herencia.

Si el heredero ejercitaba alguna de las acciones que tenía el causante para reclamar alguna cosa de la herencia, y el demandado quería que el actor demostrara que era realmente heredero, le podía oponer la excepción de que «no se prejuzgue sobre la herencia» (*ne preiudicium fiat hereditati*). Esto hacía que el heredero tuviera que ejercitar la acción general por la que reclama el conjunto de la herencia, que es llamada «petición de herencia» (*hereditatis petitio*), y en la que tendrá que demostrar que es heredero. Una vez que el heredero ejercita y vence en esta acción, no tiene que volver a demostrar su titularidad de heredero al ejercitar cualquier otra acción de la herencia.

Si el heredero demandaba la restitución de alguna cosa, y el demandado no aceptaba el litigio, negando que poseía la cosa o dejando dolosamente de

poseerla, el pretor daba el interdicto *quam hereditatem* (semejante al interdicto *quem fundum* que tenía el propietario) por el que ordenaba la restitución de la cosa.

§ 16. *Senadoconsulto Juvenciano.*

La acción de petición de herencia se tramitaba como una acción reivindicatoria en contra de cualquier poseedor de bienes hereditarios. El senadoconsulto Juvenciano (129 d.C.) introdujo, a propósito de una reclamación hereditaria por parte del Erario, la distinción entre el poseedor de mala fe y el de buena fe, que luego se extendió a todas las reclamaciones de herencia; de acuerdo con esto, el poseedor de mala fe debía restituir el valor íntegro (es decir con sus frutos y sin pérdidas ni daños) de la herencia que había poseído indebidamente o había dejado dolosamente de poseer; mientras que el poseedor de buena fe solamente respondía del valor actual de la herencia y de las pérdidas que ocurrieran después de la *litis contestatio*, salvo las acaecidas por caso fortuito.

§ 17. *Herencia civil y herencia pretoria.*

La herencia es originalmente una institución del *Ius civile*, regida por la Ley de las XII Tablas, tanto si se da por sucesión legítima como por sucesión testamentaria. No obstante, como ocurrió en otros campos, el Pretor fue desarrollando un régimen hereditario propio complementario del régimen civil, que tendió a favorecer el parentesco cognaticio o de sangre. Ambos regímenes tienden a fusionarse a fines de la época clásica, para formar un derecho nuevo (*ius novum*) que lo consumará Justiniano en sus leyes nuevas o Novelas.

§ 18. *La herencia pretoria: bonorum possessio.*

La intervención del pretor consiste en que él anuncia en su Edicto que otorgará la posesión de los bienes hereditarios (*bonorum possessio*) a determinadas personas, que en parte son las mismas a las que llamaba el derecho civil, y en parte son diferentes. Los interesados deben acudir ante el pretor y solicitarle que les otorgue la posesión de los bienes de una determinada herencia, y si el pretor juzga que cumplen los requisitos señalados en el Edicto, les otorga, mediante un decreto, la *bonorum possessio*.

La posesión que otorga el pretor puede ser provisional (*b.p. sine re*) cuando la otorga a una persona diferente de quien sería el heredero civil (p. e. el pariente cognado), pues éste, al ejercer la *hereditatis petitio* prevalecerá contra el poseedor, y a veces definitiva (*b.p. cum re*) cuando el poseedor, por medio de una excepción de dolo que le otorga el pretor, prevalece respecto del heredero civil.

Puede el pretor otorgar la *bonorum possessio* cuando existe un testamento (*b.p. secundum tabulas*), o cuando falta testamento y se sigue la sucesión legítima (*b.p. sine tabulis*), o bien cuando hay un testamento que el pretor considera injusto, otorga la posesión en contra de lo dispuesto en el testamento (*b.p. contra tabulas*).

#### § 19. *Los recursos del bonorum possessor.*

Quien recibe del pretor la posesión de los bienes de una herencia o *bonorum possessor* es equiparado a un heredero civil. El pretor le da todas las acciones que tendría el heredero civil, introduciendo en la fórmula de las mismas la ficción de que el *b. possessor* es heredero.

Tiene además dos interdictos para reclamar los bienes de la herencia: *i*) el interdicto «por las cosas dejadas en legados» (*int. quod legatorum*) por el que podía exigir que le restituyeran las cosas dejadas a los legatarios, cuando éstos las tomaron sin su consentimiento. Y *ii*) el interdicto «de cuyos bienes» (*int. quorum bonorum*) por el que podía reclamar los bienes de la herencia de aquel que los poseyera, sea que se considerara heredero y con tal carácter pretendía retenerlos (*possessor pro herede*), sea que simplemente discutiera el derecho del demandante (*possessor pro possessore*); también procedía este interdicto contra quien había dejado dolosamente de poseer.

#### § 20. *Relación entre la hereditatis petitio y el interdicto quorum bonorum.*

Al heredero civil le resultaba más práctico reclamar los bienes con el interdicto, en el que solo tenía que probar que había recibido del pretor el decreto de posesión de bienes de la herencia, que con la acción de petición de herencia en la que tenía que demostrar su calidad de heredero. Esto hizo que se fueran aproximando ambos recursos, al grado que a fines de la época clásica se extendió a la petición de herencia la distinción, propia del

interdicto, entre el demandado poseedor *pro herede* o *pro possessore*. Justiniano llega a establecer que el heredero debe reclamar primero con el interdicto y solo después con la petición de herencia.

## II. SUCESIÓN LEGÍTIMA Y LA SUCESIÓN FORZOSA

### § 21. *Introducción.*

La sucesión legítima (o *ab intestato*) es la que se da por medio de los «herederos legítimos», es decir de aquellos que son designados conforme al orden establecido en la ley. Hay además una «sucesión forzosa», que es la que corresponde a algunos herederos legítimos, por ejemplo los hijos, quienes, cuando hay un testamento que les perjudica, pueden impugnarlo y ser así «herederos forzosos», es decir que heredan a pesar de lo dispuesto en el testamento; a éstos se les llama también «herederos legitimarios» porque tienen siempre derecho a una parte legítima de la herencia.

### § 22. *El orden civil de la sucesión legítima.*

Conforme a la Ley de las XII Tablas, se llamaba a heredar primero a los descendientes legítimos (*heredes sui*), es decir a los que habían estado bajo la patria potestad del causante; a falta de ellos se llamaba al pariente agnado en el grado más próximo, y si no había pariente agnado hasta cierto grado, se llamaba antiguamente a los miembros del grupo familiar amplio, los *gentiles*, llamamiento que dejó de usarse ya en el siglo primero d.C.

### § 23. *Los descendientes legítimos o heredes sui.*

Los que habían estado bajo la patria potestad del causante por nacimiento, adopción o *conventio in manum*, son los primeros llamados a heredar y no tienen que hacer un acto de aceptación de la herencia, son por eso «herederos necesarios». La herencia se reparte entre ellos por partes iguales («por cabeza»), sin distinción de sexos, cuando todos están en el mismo grado; cuando hay descendientes de segundo o ulterior grado (como los nietos) que estaban bajo la potestad del causante por haber premuerto o sido emancipado su padre, reciben la parte que le correspondería a su padre, que se la distribuyen entre ellos en partes iguales, por lo que se dice que la herencia entre ellos se reparte «por línea».

### § 24. *Preterición de un descendiente legítimo.*

Los descendientes legítimos (*heredes sui*) no pueden ser preteridos, es decir olvidados, en un testamento. El testador debe mencionarlos para instituirlos

herederos o para desheredarlos, pero no puede ignorarlos. Si alguno de ellos es preterido, puede impugnar el testamento y, como consecuencia, ser heredero forzoso, es decir a pesar de lo que disponía el testamento.

El efecto de la preterición es distinto según se trata de un hijo varón o de una hija o nietos: *i*) cuando el testador olvida a un hijo varón, se considera que el testamento no existe, ni puede convalidarse, por lo que se abre entonces la sucesión legítima; *ii*) si olvida a una hija o a un nieto o nieta, el testamento vale, pero se rectifica para admitir al preterido a heredar en la cuota que habría tenido en sucesión legítima, si los otros herederos instituidos en el testamento son *heredes sui*, o en la mitad de la herencia si concurre con otro tipo de herederos.

#### § 25. *Preterición de un suus póstumo.*

Un caso especial es el de la preterición de un descendiente que no existía al momento de hacerse el testamento, pero que posteriormente nació o quedó sujeto a la patria potestad del causante, por ejemplo por adopción. La aparición de un *suus* póstumo invalida el testamento de la misma manera que la preterición de uno ya nacido. Para evitar que el testamento fuera invalidado por la aparición de un póstumo, se admitió que el testador pudiera instituir heredero o desheredar a los póstumos que le sobrevinieran.

#### § 26. *Los parientes agnados.*

Si el causante no dejó descendientes legítimos, y así ocurre siempre con las mujeres por no tener patria potestad, entonces hereda el pariente agnado en grado más próximo. El grado más próximo es el de los hermanos (segundo grado en línea colateral), y luego el de los tíos y sobrinos (tercero), primos (cuarto), etc. La herencia se divide por cabezas entre todos los parientes que están en el mismo grado, sin llamar a los de grado ulterior.

El llamamiento que hace la ley a los agnados es único, en el sentido de que se llama exclusivamente al pariente o parientes en el grado más próximo, y si no acepta, no se llama a los parientes de ulterior grado, por lo que la herencia queda yacente.

§ 27. *La herencia de los libertos.*

A los libertos, si no hacen testamento, les suceden sus descendientes legítimos. Pero si un liberto muere sin tener descendientes legítimos, como no tiene parientes agnados (pues nunca estuvo sujeto a patria potestad), en lugar de éstos le sucede el patrono que lo manumitió, y si éste faltara, sus parientes agnados. En la misma situación está el hijo emancipado, a quien hereda el padre que lo manumitió.

§ 28. *El orden pretorio de la sucesión legítima.*

En el orden pretorio de la sucesión legítima, el pretor hace cinco llamamientos que son sucesivos, es decir si los llamados en primer lugar no aceptan, se llama a los siguientes. En estos llamamientos se favorece a los parientes cognados. El pretor llama: *i)* a los hijos; *ii)* a los herederos legítimos; *iii)* a los parientes cognados; *iv)* al esposo y la esposa; *v)* a los acreedores.

§ 29. *Llamamiento a los hijos (unde liberi).*

Llama a los descendientes legítimos (a los *h. sui*) junto con el hijo emancipado. La herencia se reparte entre todos ellos por cabezas, pero dejando a los descendientes en segundo grado la parte que correspondería a su ascendiente premuerto.

El llamado al hijo emancipado era un progreso desde la perspectiva del parentesco por sangre, pero implicaba un problema de equidad, porque el hijo emancipado pudo formar un patrimonio propio, a diferencia de los hijos que quedaron en potestad quienes todo lo adquirirían para su padre. Por eso, el pretor le exige a los emancipados que solicitan la *bonorum possessio* que aporten su propio patrimonio al caudal hereditario (*collatio emancipati*), de modo que sea parte de lo que se va a distribuir entre todos los hijos. Lo mismo sucedía respecto de las hijas emancipadas, pero si alguna estuviera casada *sine manu* y hubiera una dote, la mujer debe aportar al caudal hereditario el valor de la dote (*collatio dotis*) que podría recuperar de su marido al término del matrimonio.

§ 30. *Llamamiento a los herederos legítimos* (unde legitimi).

El segundo llamamiento es a los herederos previstos por la ley, es decir a los descendientes legítimos, sin participación de los hijos emancipados, y al pariente agnado más próximo, pero a éste solo si no hay un descendiente legítimo y se le da sólo la *b.p. sine re* pues no prevalecerá si apareciera un descendiente legítimo.

§ 31. *Sucesión de los libertos en el orden pretorio*.

En la sucesión del liberto, si no deja hijos, el pretor da al patrono la *bonorum possessio* de la mitad de los bienes de la herencia, sea que se trate de sucesión legítima (*b.p. sine tabulis*), en cuyo caso la otra parte tocaría a los cognados del patrono o al cónyuge viudo del liberto; sea que se trate de sucesión testamentaria (*b.p. contra tabulas*) y entonces comparte la herencia con los instituidos en el testamento. Se consideró que el patrono tenía derecho a esa mitad como parte debida por disposición legal o parte legítima, por lo que si el liberto, en vida, dispuso de sus bienes para defraudar la parte que le tocaría al patrono, el pretor le da dos acciones para revocar esas enajenaciones en la medida necesaria para que adquiriera un valor equivalente al de la mitad del patrimonio que tenía el liberto antes de hacerlas; se trata de la acción *Calvisiana*, cuando la herencia es intestada, y la acción *Fabiana*, cuando es testamentaria.

§ 32. *Llamamiento a los parientes cognados* (unde cognati).

El tercer llamamiento lo hace el pretor a los parientes cognados en el grado más próximo hasta el sexto grado en línea colateral, incluyendo a los cognados que hubieren sido dados en adopción o *in manu*, que son también agnados de otra familia. En este llamamiento pueden los hijos, como parientes cognados de primer grado, heredar de su madre o viceversa con preferencia respecto de los hermanos. En la sucesión del liberto, no se llama a sus parientes cognados, sino a los cognados del patrono. El pretor hace llamamientos sucesivos, de modo que si los que están en primer grado no aceptan, llama a los que están en segundo grado y así sucesivamente. Como heredan siempre los que están en el mismo grado, la herencia se reparte entre ellos por cabeza; se toman en cuenta los cognados próximos que están por nacer (*nascituri*).

§ 33. *Llamamiento al cónyuge viudo* (unde vir et uxor).

Este cuarto llamamiento tiene lugar cuando el matrimonio es *sine manu*, pues si la esposa estaba sujeta a la *manus*, heredaría de su marido como hija, y ella, siendo *alieni iuris*, no podía dejar nada en herencia a su marido. El pretor ofrece al cónyuge viudo la *bonorum possessio* no definitiva (*sine re*).

§ 34. *Llamamiento a los acreedores* (cui heres non extabit).

Si no se presenta alguien que pida la posesión de los bienes como heredero, el pretor podrá decretar la *missio in possessionem* a favor de los acreedores, para que se proceda a la venta del patrimonio. Posteriormente, desde Augusto, las herencias no reclamadas se atribuyen al Erario, salvo si estuvieran sobrecargadas de deudas, pues se dejan entonces a los acreedores.

§ 35. *Reformas a la sucesión legítima para favorecer el parentesco cognaticio: senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.*

Siguiendo con la tendencia favorable al parentesco cognaticio iniciada por el pretor, el emperador Adriano y sus sucesores introdujeron reformas a la sucesión legítima por medio de dos senadoconsultos: el sc. Tertuliano y el sc. Orficiano.

El sc. Tertuliano (de época de Adriano) estableció que la madre que tuviera el *ius liberorum* (que adquiría por haber tenido tres hijos) podía heredar en la sucesión legítima de su hijo, si éste no dejó descendientes, como si fuera hermana agnada del difunto. Si no tenía el *ius liberorum*, solo podía heredar como pariente cognada.

El sc. Orficiano (178 d.C.) favoreció a los hijos de la madre, disponiendo que ellos heredaban con preferencia a los parientes agnados de la difunta.

§ 36. *Reformas de Justiniano a la sucesión legítima.*

Lo hace principalmente en sus últimas leyes de los años 543 y 548 (Novelas 118 y 127). Las características generales de la reforma de Justiniano son: *i*) funde el orden pretorio y el orden civil; *ii*) elimina la preferencia por el parentesco agnaticio y considera primordialmente el parentesco

consanguíneo, también el de los libertos, *iii*) reconoce la capacidad patrimonial de los hijos.

El orden de sucesión legítima es: *i*) los descendientes; *ii*) los ascendientes y los hermanos de doble vínculo (es decir de padre y madre, llamados *germani*, *-ae*), que concurren conjuntamente y se reparten la herencia por cabezas; *iii*) los hermanos de un solo vínculo o medios hermanos (llamados *consanguinei*, si son del mismo padre, o *uterini*, si son de la misma madre); *iv*) los demás parientes colaterales, con preferencia de los de grado más próximo, y *v*) el cónyuge viudo.

§ 37. *La sucesión forzosa formal y material.*

El derecho civil y el derecho pretorio defendían a los hijos, que eran los herederos legítimos principales, cuando el padre hacía un testamento que los ignoraba, es decir que no los mencionaba ni para heredarlos ni para desheredarlos, que es lo que se llamaba «preterición de un *suus*». El efecto de la preterición era la nulidad o corrección del testamento. Se dice que esta disposición daba lugar a una «sucesión forzosa formal», porque el testador estaba forzado a mencionar a sus hijos en el testamento, pero nada le impedía desheredarlos.

Desde el siglo I a.C. se introdujo un recurso, la «querella por testamento inoficioso» (*querella inofficiosi testamenti*), que vino a dar a los hijos el derecho a una «parte legítima» de la herencia testamentaria, es decir a una cuarta parte de la cual no se les podía privar en el testamento, a no ser por alguna causa justificada. Esta es la «sucesión forzosa material».

§ 38. *La querella por testamento inoficioso* (*querella inofficiosi testamenti*).

El recurso se introdujo como una limitación a la libertad de testar para evitar los abusos causados por la decadencia de la antigua moralidad. La querella era un procedimiento especial, no propiamente un juicio, que se tramitaba, originalmente, conforme al procedimiento de las acciones de la ley, ante el antiguo tribunal de los *centumviri* (cien varones), y posteriormente conforme al procedimiento cognitorio.

Por medio de este recurso se atacaba el testamento por considerársele como contrario a los deberes (*officia*) de un padre. El recurso se fue desarrollando

sin reglas muy claras; lo podían intentar los hijos, incluso los póstumos, y quizá algún otro pariente allegado; se llegó a definir que el testamento era impugnabile, cuando, sin mencionar alguna causa justificante, no contemplaba a cualquiera de los hijos como heredero en, al menos, una cuarta parte de la cuota que le correspondería en la sucesión abintestato.

Si el recurso procedía, el testamento era rescindido y se abría la sucesión legítima. No obstante, se dejaba en vigor el testamento en todo aquello que era compatible con el derecho del heredero forzoso, especialmente las manumisiones y, en cierta medida, los legados.

§ 39. *Reformas de Justiniano a la sucesión forzosa.*

El emperador modificó profundamente el régimen de sucesión forzosa. Estableció una lista de catorce causas por las cuales, y solo por ellas, podía el testador desheredar a los parientes que tenían derecho a una parte legítima; además aumentó la parte legítima de los hijos a una tercera parte de la cuota que les correspondería abintestato, y dispuso que tales parientes, si no había causa que justificara su desheredación, tenían que ser instituidos herederos en el testamento en la cuota que les correspondía, o bien en una cuota simbólica que se completaba, hasta alcanzar el valor de la parte legítima, por medio de legados, fideicomisos u otras liberalidades.

Si lo dejado por el testador no alcanzaba a cubrir la cuota legítima, el pariente legitimario tenía una acción para rectificar el testamento y completar la cuota debida (*actio ad supplendam legitimam*). Si el legitimario fue preterido o desheredado sin justa causa, quedaban sin efecto las instituciones de heredero hechas en el testamento, pero se mantenían los legados, fideicomisos, manumisiones y nombramientos de tutor.

### III. HERENCIA TESTAMENTARIA

#### § 40. *Introducción.*

El padre de familia puede impedir que su sucesión se siga de conformidad con el orden legal haciendo un testamento en el que designe quiénes serán sus herederos. El testamento fue una invención original de los juristas romanos. En el testamento, el padre puede nombrar herederos y hacer otras disposiciones de sus bienes por medio de legados o fideicomisos que, en un principio, eran cláusulas de un testamento, y posteriormente pudieron hacerse en un documento aparte. Puede también hacer manumisiones de esclavos y nombrar tutores para sus descendientes.

#### § 41. *Concepto del testamento.*

El testamento es un acto voluntario y solemne por el que una persona con capacidad para hacer testamento (*testamenti factio*) dispone el destino que tendrán sus bienes después de su muerte. El testamento viene a ser como una ley privada que dicta el titular del patrimonio para regir sus bienes cuando muera, que, como es un acto exclusivo de su voluntad, puede modificar o revocar en cualquier momento.

#### § 42. *El testamento civil.*

El testamento fue una invención romana. La ley de las XII Tablas ya reconocía una especie de testamento. Parece ser que originalmente el testamento era una especie de mancipación (*mancipatio*), por la que el padre de familia vendía todo su patrimonio, por una sola moneda (*numo uno*), a una persona de su confianza (*familiae emptor*), a la que, mediante una declaración formal (*nuncupatio*) en el mismo acto, le encargaba que entregara los bienes a determinadas personas cuando aquél muriera. Quienes recibían los bienes no eran propiamente herederos, pues no adquirirían el patrimonio del causante directamente de él, sino que adquirirían bienes particulares por medio de un fiduciario.

Posteriormente se consideró que por el mismo acto podía establecerse un verdadero heredero, o varios, que adquirieran directamente la totalidad del patrimonio o una cuota del mismo; entonces el padre de familia podía hacer

una declaración (*nuncupatio*) por la que instituía al heredero o herederos con palabras solemnes: «sea mi heredero Ticio» o «sean mis herederos Ticio y Cayo»; la declaración la hacía con los requisitos propios del acto mancipatorio, esto es en presencia de cinco testigos, del *libripens* y del comprador (*familiae emptor*), que entonces solo participaba como un testigo más. La declaración se ponía por escrito en unas tablillas, que se aseguraban con los sellos de esas siete personas que intervenían.

El derecho civil reconoció la validez de ese testamento oral celebrado conforme a las formalidades de la *mancipatio*, y llegó a definir que para que hubiera testamento era esencial el nombramiento de un heredero, aunque podía contener también muchas otras disposiciones.

#### § 43. *El testamento pretorio.*

Como el testamento solía ponerse por escrito en unas tablillas con los sellos de siete personas, el pretor consideró que el testamento consistía, no en el acto oral y solemne, sino en el documento mismo, con los sellos de los testigos, que instituía heredero o herederos con palabras solemnes. Por eso ofrecía la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien apareciera instituido heredero en unas tablillas con los sellos íntegros (lo cual garantizaba que no se hubiera modificado su contenido) de los siete testigos.

El documento testamentario fue, en la historia del Derecho Romano, el primer documento con efectos constitutivos, es decir un documento que por sí mismo constituía efectos jurídicos.

#### § 44. *El codicilio.*

Al considerarse el testamento como un documento, se pudo concebir que su contenido podía modificarse por otro documento posterior que se añadía al testamento como un apéndice, y que se llamó «codicilio». Inicialmente el codicilio servía para instituir legados, fideicomisos y otras disposiciones secundarias, pero no para la institución de herederos, pues eso tenía que hacerse en el testamento y con la formalidad prescrita. Dado el frecuente uso de los codicilios, el testador solía poner en el testamento una cláusula en la que preventivamente confirmaba los codicilios que hiciera posteriormente.

Desde fines de la época clásica llegó a considerarse el codicilio como un testamento más sencillo, que podía servir para instituir herederos, lo que provocó que se borrara la distinción entre codicilio y testamento y que se fueran relajando los requisitos formales. Ya en tiempo del emperador Alejandro Severo (primera mitad del s. III), se admitió que el testamento pudiera estar escrito en otro idioma que no fuera Latín, y el emperador Constantino eliminó el requisito de usar palabras solemnes para instituir herederos, desheredar o disponer legados.

§ 45. *El testamento en el derecho postclásico.*

Los tipos de testamento en el derecho posclásico no quedaron bien definidos porque a partir de la confusión entre testamento y codicilio, se admitieron codicilios con institución de herederos, y testamento en los que no se instituye herederos. Sin embargo, la antigua distinción entre testamento civil y testamento pretorio se conservó pero ahora referida a un «testamento abierto» que se hace oralmente en presencia de cinco testigos, que es como una reminiscencia del testamento civil, y un «testamento cerrado», que recuerda el testamento pretorio, que se hace por escrito con la firma de siete testigos. El emperador Teodosio dispuso que el testamento escrito necesitaba, además de la firma de los siete testigos, la firma del testador o de una persona que lo hiciera por él si era analfabeto.

En la práctica se fueron introduciendo nuevos tipos de testamento, como el testamento inscrito en algún registro municipal o judicial, o el testamento «ológrafo», es decir el escrito de propia mano por el testador, sin testigos.

Justiniano conservó la pluralidad de tipos de testamento, e introdujo otros para casos especiales, como el testamento para el ciego, el sordomudo o el hecho en casos de epidemia. Por otra parte, restableció la exigencia formal para instituir herederos, aclarando que solo pueden instituirse en un testamento y no en un codicilio.

§ 46. *Capacidad para hacer testamento.*

Los juristas llamaron «*testamenti factio*» a la capacidad de hacer testamento, pero también a la capacidad para recibir algo por testamento. Posteriormente se distinguió entre la *testamenti factio* «activa», la de hacer el testamento, y la *t.f.* «pasiva», la de recibir por testamento.

Tienen *testamenti factio* activa los ciudadanos *sui iuris* púberes, que no hayan sido inhabilitados por ser locos o pródigos. Las mujeres pueden hacer testamento pero siempre con la autorización del tutor. Los hijos sometidos a potestad no pueden hacer testamento, salvo respecto de su peculio castrense; tampoco los impúberes, ni siquiera con la autorización del tutor, ni los extranjeros.

§ 47. *Capacidad para recibir por testamento.*

En principio cualquier ciudadano tiene *testamenti factio* pasiva, es decir capacidad para ser designados herederos o recibir algo (por legado, fideicomiso, etc.) por el testamento; hubo una limitación a las mujeres, introducida por la ley Voconia del 169 a.C., pero cayó en desuso. Los extranjeros no tiene *testamenti factio* por lo que nada pueden recibir por testamento.

Los esclavos, lo mismo que los hijos de familia, pueden ser instituidos herederos, pero adquieren la herencia para su jefe, y se requiere que éste de su autorización expresa (*iussum*) para que quede obligado al pago de las deudas.

Tampoco podía instituirse herederos a personas indeterminadas, como «los pobres», «mis amigos» o expresiones semejantes que no las identifican individualmente. Pero sí podían recibir por testamento las ciudades y algunas otras organizaciones colectivas como los «colegios».

Los hijos póstumos, es decir los todavía no nacidos al momento de hacerse el testamento, podían instituirse como herederos, pero solo a los de la propia descendencia. Los póstumos de otra descendencia eran considerados como personas indeterminadas, de modo que no valía su institución como herederos, salvo que el póstumo ya estuviera concebido al momento de abrirse el testamento, en cuyo caso adquiriría la herencia cuando llegara a nacer.

El cristianismo tendió a suprimir todas esas limitaciones y a promover la institución a favor de las iglesias y las instituciones de beneficencia.

#### § 48. *Capacidad para adquirir.*

Las leyes que dio Augusto para fomentar el matrimonio y la natalidad (leyes *Iulia de maritandis ordinibus*, del año 18 a.C., y *Papia Poppaea*, del 9 d.C.) establecieron algunas limitaciones a ciertas personas para adquirir lo que se les dejaba por un testamento. Estas limitaciones no negaban su capacidad para recibir por testamento (su *testamenti factio* pasiva), sino que restringían su derecho a adquirir (*ius capiendi*) lo dejado.

Conforme a estas leyes, los varones de 25 a 60 años y las mujeres de 20 a 50 debían estar casados y tener hijos legítimos; si no era así, se limitaba su derecho a adquirir lo que se les dejara en algún testamento. Los solteros (*caelibes*) no podían adquirir nada, y los casados sin hijos (*orbi*) solo la mitad de lo que se les dejara.

Las partes de la herencia no adquiridas se llamaron partes «caducas», y de ahí que estas leyes se conocieran como «leyes caducarias». Estas partes le correspondían, por derecho de acrecer, a los herederos o legatarios del mismo testamento que reunían las condiciones de la ley, y si no había, las adquiriría el Erario. Justiniano derogó estas leyes.

#### § 49. *Ineficacia del testamento.*

El testamento puede ser inválido o no tener efectos por distintas causas:

i) Si tiene algún defecto inicial: por falta de forma, o por falta de capacidad del testador, o por la preterición de un heredero necesario varón, el testamento es inválido desde el primer momento por ser hecho contra el derecho (*t. iniustum*).

ii) Si el testamento es válido, pero el testador perdió la capacidad para testar antes de morir, su testamento queda invalidado (*t. irritum*), pues no se tiene la seguridad de que no lo habría modificado o revocado.

iii) Si el testamento es válido, pero no hay heredero que lo acepte, porque hubiera muerto o perdido su capacidad, o porque lo repudie, el testamento no produce efectos (*t. desertum*).

iv) Si el testamento es válido pero sobreviene un hijo póstumo (es decir que nace después de hecho el testamento) y que es heredero necesario que no

fue instituido heredero ni desheredado, el testamento queda anulado (*ruptum*).

v) Finalmente un testamento válido puede quedar sin efecto por revocación, es decir porque el testador haga otro testamento, que sea inicialmente válido, aunque pudiera perder eficacia posteriormente.

#### § 50. *Interpretación del testamento.*

Cuando el testamento tiene alguna disposición errónea es necesaria una labor de interpretación del testamento para que pueda producir sus efectos. La idea central es que el testamento debe interpretarse para descubrir cuál fue la voluntad efectiva del testador, es decir lo que efectivamente quiso.

El error en el testamento puede ser: *i*) un «error formal», es decir un error de expresión por ejemplo cuando en vez de decir hijo dice “hija”; o *ii*) un «error subjetivo», es decir un error del propio testador respecto de algo que afirma en el testamento, por ejemplo decir que una cosa es suya cuando no lo es; o *iii*) un «error jurídico», esto es cuando hace una disposición en contra de las exigencias jurídicas, por ejemplo instituir a un heredero para que adquiera solo una cosa determinada.

La interpretación tiende a salvar el error. Por ejemplo, cuando en el testamento se instituía un heredero para que adquiriera una cosa determinada, la jurisprudencia interpretó que tal heredero adquiriría, como todos los demás, una cuota de la herencia, si concurría con otros, o la totalidad si era heredero único.

#### § 51. *Modalidades de las disposiciones testamentarias.*

Las disposiciones del testamento, tales como las instituciones de heredero, nombramientos de tutor, legados, y otras, así como otro tipo de disposiciones jurídicas (como las promesas o los contratos), pueden estar afectadas por una «condición» o un «término», que hacen que la declaración no produzca temporalmente sus efectos.

#### § 52. *La condición.*

La condición es un hecho futuro incierto de cuya realización o cumplimiento depende que se produzcan los efectos de alguna declaración jurídica. Por ejemplo, se puede instituir heredero a un ciudadano con la

condición de que sea senador de la república, de modo que si al momento de abrirse el testamento cumple la condición, puede aceptar la herencia, y si no lo es, la institución de heredero no produce efectos.

Se dice que la condición esta «pendiente» mientras es posible que se cumpla; se dice «cumplida» cuando ya se ha realizado y «frustrada» cuando es imposible que se cumpla. Para tener alguna seguridad de que la condición ya no puede cumplirse, se suele indicar un plazo en el que debe verificarse su cumplimiento, de modo que pasado el plazo, se tiene la seguridad de que la condición se ha frustrado. Por ejemplo, se podía instituir heredero con la condición de que fuera senador en el año posterior a la apertura del testamento.

#### § 53. *Clases de condiciones.*

En el Derecho Clásico, todas las condiciones son «suspensivas», puesto que suspenden los efectos de una declaración hasta el momento en que la condición se cumple. En la doctrina civil moderna, se ha introducido el concepto de «condición resolutoria», que es aquella que al cumplirse deshace o resuelve los efectos de alguna declaración.

Las condiciones suelen catalogarse en «positivas», cuando consisten en la realización de un hecho, o «negativas», cuando consisten en la falta de un hecho (p. e., que no sea senador) o una abstención. También en «potestativas» si dependen de la voluntad, o «casuales» si dependen de otros factores (acaso, circunstancias externas o voluntad ajena), o «mixtas» cuando dependen de la propia voluntad y de factores externos, que son la mayoría.

#### § 54. *El término.*

Es un hecho futuro cierto, es decir que se sabe que se va a cumplir aunque puede que no se tenga certeza de la fecha de cumplimiento, por ejemplo la muerte o el regreso de un viaje; cuando es un término con fecha fija se llama «plazo».

#### § 55 *Sustitución de heredero.*

Puede un testador instituir un heredero sustituto, es decir uno que adquiera en caso de que el instituido en primer lugar no lo hiciera, por ejemplo

diciendo “sea mi heredero Cayo, y si no Ticio”. El heredero sustituto es un heredero sujeto a la condición de que el instituido en primer lugar no adquiriera la herencia. A esta sustitución se le llama «sustitución vulgar».

Es posible también que un padre de familia instituya en su testamento, además de un heredero o herederos para su propia herencia, un heredero para la herencia de un hijo impúber, de modo que si éste muere sin haber hecho testamento, en lugar de abrirse la sucesión legítima, adquiere la herencia el heredero que instituyó el padre para el impúber. Esta es otra forma de institución de heredero sujeta a condición: que el impúber muera sin hacer testamento. Se le llamó «sustitución pupilar»

§ 56. *Manumisión testamentaria bajo condición.*

Por el testamento se puede otorgar la libertad a un esclavo sujetándola a una condición, que ordinariamente era que el esclavo diera algo al heredero. El esclavo manumitido bajo condición, mientras la condición está pendiente se dice que está en estado de libertad (*statuliber*), pero sigue perteneciendo al heredero mientras no se cumpla la condición. Si el esclavo hace todo lo que está de su parte para cumplir la condición, pero el heredero lo ha impedido, por ejemplo negándose a recibir lo que el esclavo le da para cumplir la condición, la jurisprudencia interpretó que la voluntad del testador era que se tuviera esa condición como cumplida y que el esclavo fuera libre.

## SEGUNDA PARTE: LIBERALIDADES

### IV. LEGADOS

#### § 57. *Introducción.*

El heredero, como es un sucesor del difunto, adquieren la totalidad o una parte del patrimonio del difunto. Cuando un testador quiere dejar bienes particulares a una o varias personas determinadas, sin que tengan responsabilidad por las deudas, dispone legados en su testamento. Los beneficiados con ellos, llamados legatarios, adquieren únicamente los bienes particulares que les fueron legados, sin tener que dar nada a cambio. Su posición es semejante a la de un donatario que recibe un bien sin tener que dar nada a cambio.

#### § 58. *Concepto de legado.*

El legado es una disposición testamentaria sobre bienes particulares que el testador impone a los herederos para beneficiar a un legatario.

Como es una disposición del testamento, la validez del legado depende, en principio, de la validez del testamento; si éste, por cualquier causa, resulta inválido, los legados tampoco valen, salvo algunos casos en que el pretor mantiene la validez de los legados, no obstante que las instituciones de heredero resultaran inválidas.

El legado disminuye el caudal de la herencia, de modo que resulta perjudicial para los herederos y, eventualmente para los acreedores de la herencia. De aquí que se dieran algunas leyes para limitar la libertad de dejar legados.

#### § 59. *Clases de legados.*

Los legados se pueden clasificar en dos grupos, según sea el efecto que producen: *i)* legados de efecto real, son aquellos en que el legatario adquiere un derecho real directamente del testador, como la propiedad de algún bien, un usufructo o un derecho de servidumbre; en estos legados, el

papel del heredero es simplemente respetar el derecho que adquiere el legatario directamente del testador; *ii*) legados de efecto personal, que son los que consisten en una orden que da el testador al heredero de dar o hacer algo en beneficio del legatario, por ejemplo darle una cantidad de dinero mensualmente durante cinco años; en estos legados, el heredero queda obligado a dar o hacer algo en beneficio del legatario, de modo que su posición es como la de un deudor respecto del acreedor (legatario).

En concreto se distinguen seis tipos de legados, tres de efecto real y tres de efecto personal, que son: *i*) el legado vindicatorio (real); *ii*) el legado damnatorio (personal); estas dos son los tipos de legados más importantes, pero además existen estos otros: *iii*) el legado de precepción (real); *iv*) el legado de opción (real); *v*) el legado de permisión (personal) y *vi*) el legado de partición (personal). Cada uno de estos legados tiene una forma propia, es decir debe ser establecido con el uso de ciertas palabras formales.

#### § 60. *Legado vindicatorio.*

Se instituye mediante las palabras «doy y lego» (*do lego*) un determinado bien a cierta persona. La palabra dar (*dare*) significa que el legatario adquiere la propiedad o un derecho real aunque no tenga la cosa sobre la cual recae; en consecuencia, si se deja al legatario la propiedad de algún bien, puede exigirlo como propietario con la acción reivindicatoria al heredero o a cualquier otro poseedor; si se le dejó el usufructo, tiene la vindicación de usufructo, y si fue una servidumbre, la vindicación de servidumbre.

#### § 61. *Legado damnatorio.*

Es una disposición que contiene las palabras «queda obligado» (*damnas esto*), porque indica que el heredero o herederos quedan obligados a dar o hacer algo a favor del legatario. Éste adquiere, no la cosa legada, sino un derecho personal para exigir al heredero que cumpla con el legado; si, por ejemplo, se deja por legado damnatorio una casa al legatario, éste no adquiere la propiedad, sino el derecho de exigirle al heredero que le de la casa; para exigir su derecho, el legatario cuenta con una acción personal llamada «acción derivada del testamento» (*actio ex testamento*). El objeto del legado puede ser cierto, como una cantidad determinada de dinero o un

bien inmueble o un esclavo, o puede ser un objeto incierto, como dar una cantidad no determinada, por ejemplo “lo que necesite cada mes”.

§ 62. *Legado de precepción.*

Lleva las palabras «toma anticipadamente» (*praecipito*) que indicaban que uno de los herederos podía tomar para sí alguno de los bienes de la herencia, antes de que ésta se repartiera entre los herederos. Era un legado a favor de uno de los herederos y por eso se le llamaba «prelegado». Con el tiempo, se admitió que podía hacerse a favor de cualquier persona, por lo cual llegó a considerarse como un legado vindicatorio si la cosa legada era específica.

§ 63. *Legado de opción.*

En época clásica era un legado por el que se dejaba al legatario algún esclavo que él eligiera de entre los que hubiera en la herencia. Se hacía con la palabra «elige» (*optato*). La jurisprudencia asimiló este legado a un legado vindicatorio de un esclavo, de modo que el legatario adquiría la propiedad del esclavo que eligiera y tenía la acción reivindicatoria para exigirlo del heredero o de cualquier poseedor.

§ 64. *Legado de permisión.*

Es una disposición por la que el testador obliga al heredero a respetar una situación de hecho mediante las palabras «quedas obligado a respetar» (*damnas esto sinere*), por ejemplo a respetar una servidumbre de hecho a favor del legatario, a respetar que el legatario siga poseyendo en precario un fundo. La jurisprudencia asimiló este legado al damnatorio.

§ 65. *Legado de partición.*

Era un legado por el que se dejaba al legatario una parte de la herencia, mediante las palabras «heredero mío parto mi herencia con Ticio» (*heres meus cum Titio hereditatem meam partitor*). El legatario adquiría entonces, no unos bienes determinados, sino una porción de la herencia, como si fuera un heredero; la jurisprudencia inventó este legado para evitar a quien se quería conceder una parte de la herencia algunas de las cargas y limitaciones que tenía el heredero, como la de celebrar periódicamente los cultos familiares al difunto. Para que el legatario respondiera

proporcionalmente de las deudas de la herencia y pudiera cobrar la parte correspondiente de los créditos, se hacía entre él y el heredero unas promesas o estipulaciones: la estipulación *pro parte*, por la que el legatario se obligaba a pagar la parte de las deudas que le correspondiera, y la estipulación *partis*, por la que el heredero se obligaba a dar el legatario la parte de los créditos que le correspondiera. La jurisprudencia consideró este legado como un legado damnatorio, en el que el heredero estaba obligado a dar una parte de la herencia (según la escuela proculeyana) o a dar un determinado valor (escuela sabiniana).

#### § 66. *Senadoconsulto Neroniano.*

De los diversos tipos de legados, el que es más flexible y permite mayores aplicaciones es el legado damnatorio: por medio de él, se pueden dejar cosas de la herencia, pero también cosas ajenas, porque el heredero queda obligado a adquirirlas y darlas al legatario. Cuando un testador se equivocaba en la forma y legaba una cosa ajena por medio de un legado vindicatorio, en principio el legado era nulo, porque no podía el testador dar una cosa ajena, pero un senadoconsulto, llamado Neroniano (del año 61 d.C. aprox.) dispuso que tal legado valdría como si fuera un legado damnatorio, de modo que el legatario tendría la acción *ex testamento* para exigir al heredero que lo cumpliera.

#### § 67. *Aplicaciones de los legados.*

Los legados, en general, sirven para dar algo al legatario. El motivo del testador para dejar el legado puede ser muy variado, y aquello que se deja también. Pero pueden considerarse algunas aplicaciones comunes de los legados.

*i)* Sirven para conceder alguna ventaja a una persona que no es heredera o que se le deshereda. Por ejemplo, era muy frecuente legar a la esposa el usufructo de la herencia que adquirirían los hijos.

*ii)* Para dejarle al legatario la propiedad de cosas que ya tiene como suyas, por ejemplo legarle a los hijos, mediante un legado de precepción, los peculios que administraban.

iii) Puede el testador hacer un reparto de determinados bienes entre sus coherederos, por ejemplo legarle una finca a uno de sus herederos, o dividirla por medio de legados entre sus coherederos, compensando las diferencias de valor de las fincas por medio de legados de servidumbre.

iv) Puede el testador dejar un derecho real al heredero sobre un bien que deja en legado a otro, por ejemplo lega la propiedad de un fundo al legatario, pero reserva un derecho de servidumbre sobre el mismo a favor del heredero.

v) Si quiere el testador dejar a un legatario una parte de la herencia, sin las cargas adicionales de heredero, lo puede hacer por medio de un legado de partición.

vi) Puede el testador disponer acerca de los créditos y obligaciones que tuviera, por ejemplo legando un crédito a un legatario para que éste pueda exigirlo, o legando el crédito al mismo deudor, lo cual equivale a liberarlo de la obligación de pagarlo.

vii) Finalmente, el testador puede dejar legados de objeto indeterminado, sean de objeto alternativo, de modo que el legatario pueda elegir uno entre varios objetos de la herencia (si se hace por legado vindicatorio), o que el heredero sea quien elija el objeto que paga al legatario (si se hace por legado damnatorio); sean de objeto genérico, de modo que el heredero quede obligado a entregar una cantidad de entre un género determinado, por ejemplo de trigo almacenado en los graneros.

#### § 68. *Limitaciones legales de los legados.*

En principio, el testador podía disponer libremente de su patrimonio instituyendo herederos y dejando legados; pero como se observó que se abusaba de esta libertad, porque se dejaban legados muy cuantiosos a favor de personas extrañas a la familia, en detrimento de los herederos, se fueron dando, desde el siglo II a.C. diversas leyes para limitar la cuantía de los legados.

Hubo primero una serie de leyes (*lex Furia testamentaria*, de principios del siglo II a.C., *lex Voconia*, 169 a.C., y *lex Falcidia*, 40 a.C.) que limitaron el valor de lo que podía dejarse por legados. La ley Falcidia estableció la

limitación, que conservó Justiniano, de que el heredero debía recibir al menos una cuarta parte (que se llamó «cuarta Falcidia») del valor de la herencia, considerando el valor que tenía al momento de morir el testador y después de deducir las deudas.

§ 69. *Ineficacia de los legados.*

Los legados pueden quedar sin efecto por diferentes causas:

a) Por un defecto inicial del mismo legado, que puede ser porque: *i*) el legatario no tenga capacidad (*testamenti factio*) para ser legatario; *ii*) un defecto de forma, por ejemplo que no usara las palabras prescritas; o *iii*) porque sea de objeto inmoral, ilícito o imposible. Si la causa de nulidad, que existía al momento de hacerse el testamento, desaparecía posteriormente pero antes de abrirse el testamento, por ejemplo que el legatario que no tenía capacidad la adquiría luego, el legado no se convalidaba, de acuerdo con lo señalado por la llamada *regula Catoniana*, que indicaba que el legado que era nulo al momento de hacerse el testamento seguía siendo nulo al momento de morir el testador.

b) El legado es nulo, cuando el testamento lo es. Sin embargo hay excepciones, por ejemplo cuando el pretor otorga la *bonorum possessio contra tabulas* suele mantener la validez de los legados, lo mismo que cuando se ejerce la querrela de testamento inoficioso. También se mantienen los legados en el caso de que el heredero instituido en testamento, que también sería heredero por sucesión abintestato, repudiara la herencia para heredar como heredero legítimo sin la carga de los legados, y en otros casos más.

c) Un legado inicialmente válido se hace ineficaz si el legatario muere o llega a perder la capacidad (*testamenti factio*) para adquirir el legado.

d) Se hace ineficaz el legado por imposibilidad objetiva sobrevenida, por ejemplo si se legó un esclavo determinado, y éste muere antes.

e) El legado puede revocarse de varias maneras; lo más frecuente es: *i*) que se revoque en el mismo testamento o en un codicilo, mediante palabras contrarias como *non do, non lego*, o cambiando el nombre del legatario; *ii*) que se entienda como revocado a causa de un hecho que hace injusto o

inconveniente el cumplimiento del legado, como el divorcio respecto del legado dejado a la mujer; *iii*) por causa de la enajenación, por el mismo testador, de la cosa específica legada.

*f*) Conforme a las «leyes caducarias» de Augusto, los legatarios célibes no pueden adquirir legados y los casados sin hijos (*orbi*) solo adquieren la mitad, de modo que los legados que no pueden ser adquiridos se consideran «caducos» y se ofrecen a los herederos y legatarios casados y con hijos.

*g*) Los legatarios son siempre voluntarios, de modo que pueden repudiar los legados. El modo y efecto del repudio cambia según sea legado de efecto personal o de efecto real. En el legado de efecto personal, el legatario repudia rechazando el cumplimiento que le ofrezca el heredero o simplemente absteniéndose de exigirlo. Cuando el legado es de efecto real, el legatario adquiere el derecho directamente del testador, de modo que tiene que hacer una declaración de repudiarlo, con lo cual pierde el derecho que ya había adquirido.

#### § 70. *Adquisición de los legados.*

Para que el legatario adquiera el legado, es preciso que haya un heredero que haya aceptado la herencia. Como podría suceder que, mientras el heredero voluntario deliberaba si aceptaba o no la herencia, muriera el legatario, y entonces sus herederos nada podían adquirir del legado, la jurisprudencia distinguió dos momentos a efectos de determinar la adquisición de los legados. Consideró que el momento de la delación de la herencia (es decir, a la muerte del testador) es el momento (*dies cedens*) en que el legado cede a favor del legatario, de modo que a partir de ese momento adquiere el derecho, transmisible a sus herederos, de adquirir el legado; y que el momento de la adición de la herencia es el momento (*dies veniens*) en el que adquiere efectivamente el legado.

Si el legado está sujeto a condición, el *dies cedens* se retrasa al momento en que se cumpla la condición, pues solo hasta ese momento el legado produce efecto, y en ese mismo momento se adquiere el legado. Si está sujeto a un término suspensivo, el *dies cedens* ocurre al momento de la delación, y solo se retrasa el *dies veniens* hasta el momento de cumplirse el plazo.

§ 71. *Adquisición del legado sujeto a condición negativa* (cautio Muciana).

En el caso de un legado sujeto a una condición negativa, como no volver a casarse, no vivir fuera de Roma, etcétera, no se podía saber si la condición se había cumplido sino hasta la muerte del legatario; para evitar esta inseguridad, la jurisprudencia resolvió que estos legados los adquiría el legatario como si no estuvieran sujetos a condición, siempre que diera una garantía, llamada *cautio Muciana*, de que devolvería el legado en caso de que hiciera lo que la condición preveía que no hiciera.

§ 72. *Acrecimiento entre colegatarios*.

Entre colegatarios se puede dar un derecho de acrecimiento semejante al que se da entre coherederos. Cuando se deja un legado de efecto real respecto de la misma cosa, a varios legatarios a la vez, por ejemplo cuando se deja la propiedad de una finca a tres colegatarios, si uno de ellos no adquiere, su parte acrece a la de los que sí adquieren, de modo que los legatarios adquirirán, cada uno la mitad, en vez de la tercera parte que originalmente les correspondía.

En cambio, cuando el legado es de efecto personal, por ejemplo, cuando se deja al heredero la obligación de pagar una cantidad de dinero a varios colegatarios, no hay acrecimiento entre los colegatarios si uno de ellos no acepta el legado, pues entonces el heredero se libera de pagar la cantidad que se legó a ése y a los otros les paga solo la cantidad que originalmente les correspondía.

§ 73. *Poseción de las cosas legadas*.

Aunque el legatario adquiere la propiedad de las cosas legadas, si el legado es de efecto real, o el derecho a exigir las al heredero, si es de efecto personal, no puede tomar posesión de ellas sin consentimiento del heredero. Por eso, el pretor defiende al heredero que recibió la *bonorum possessio*, con el interdicto *quod legatorum*, por el que puede exigir a los legatarios que le restituyan la posesión de las cosas legadas que hayan tomado sin su consentimiento.

## V. FIDEICOMISOS

### § 74. *Concepto.*

Los fideicomisos son encargos que hace una persona a otra que va a recibir algo (como heredero, legatario, donatario o fideicomisario) a consecuencia de la muerte del primero, para que, en la medida de lo que ha adquirido, de o haga algo en provecho de un tercero. Se distinguen tres personas que intervienen: quien hace el encargo o «fideicomitente», quien recibe el encargo o «fiduciario» y tiene la obligación de cumplirlo, y aquél en cuyo favor se hace el encargo, el «fideicomisario» o «beneficiario», quien tiene la acción para exigir el cumplimiento.

Los fideicomisos, por estar fundados en la *fides*, son negocios informales, que no estaban sujetos a los requisitos y limitaciones de los legados. Por eso podían hacerse en el testamento, o en un codicilo, o incluso de palabra o hasta por simples gestos, y podían revocarse también libremente. Servían para evitar las limitaciones legales que tenían los legados, o para favorecer a personas que no tenían *testamenti factio*, como los extranjeros o personas inciertas.

### § 75. *Exigibilidad de los fideicomisos.*

Originalmente, los fideicomisos eran encargos de confianza, porque el fideicomitente confiaba que el fiduciario lo cumpliría, y no tenía el fideicomisario manera de exigir el cumplimiento. Para hacerlos exigibles, el fideicomitente le pedía al fiduciario que hiciera un juramento de que lo cumpliría o una promesa de pagar una pena en caso de no cumplirlo, con lo cual el fideicomisario tenía la acción derivada del juramento o de la promesa.

El emperador Augusto admitió que por vía del procedimiento cognitorio, el fideicomisario pudiera siempre exigir el cumplimiento del fideicomiso, con lo que el fideicomiso se convirtió en un negocio jurídico ordinario sancionado por una acción propia. El emperador Claudio llegó a establecer unos pretores especializados para conocer este tipo de reclamaciones.

§ 76. *Utilidad de los fideicomisos.*

Por medio de ellos se pueden alcanzar los mismos fines que un legado: se pueden dejar derechos reales, o cantidades de dinero, créditos o deudas. Pero tienen también algunas aplicaciones que van más allá de lo que se puede hacer con un legado, que son: las manumisiones fideicomisarias, la sustitución fideicomisaria, el fideicomiso de lo que quede de la herencia, el fideicomiso de toda la herencia y el fideicomiso de pagar los legados.

§ 77. *Manumisiones fideicomisarias.*

Por fideicomiso se le puede encargar al fiduciario que manumita un esclavo. A diferencia de la manumisión testamentaria, en que el esclavo manumitido no tiene patrono, el esclavo manumitido por fideicomiso tiene como patrono al fiduciario.

§ 78. *Sustitución fideicomisaria.*

El fideicomitente puede nombrar un fideicomisario sustituto, es decir sujeto a la condición suspensiva de que el nombrado en primer lugar no adquiriera, de modo que el fideicomisario sustituto adquiere de modo semejante a como lo hace un heredero sustituto en la «sustitución vulgar». Pero puede también el fideicomitente disponer que el sustituto adquiere a partir del momento en que muera el fideicomisario instituido en primer lugar; con esta disposición se logra que el fideicomiso surta efecto por más tiempo, pues no termina con la muerte del instituido en primer lugar, sino que se continúa con el sustituto; incluso se aceptó que el fideicomitente hiciera llamamientos sucesivos, todos suspendidos por la condición o término de la muerte del adquirente anterior, con lo que se lograba que el fideicomiso produjera efecto durante varias generaciones. Este nombramiento de uno, o varios fideicomisarios sustitutos, sujetos a la condición o término de la muerte del adquirente anterior es la que se llamó propiamente «sustitución fideicomisaria».

§ 79. *Fideicomiso de «lo que quede de la herencia».*

Por esta modalidad, el fideicomitente encargaba al heredero fiduciario que, a su muerte, se diera al fideicomisario lo que quedara de la herencia. Esto suponía que el heredero podía disponer de los bienes de la herencia, pero

debía de disponer de ellos de acuerdo con los criterios de buena fe, pues esos bienes corresponderían al fideicomisario cuando el heredero muriera; los bienes que se entregan al fideicomisario no tienen que ser exactamente los mismos que recibió el heredero, pues podría suceder que éste vendiera algunos y comprara otros, por lo que se aceptaba la llamada «subrogación real», es decir que se entregara los bienes nuevos en lugar de los recibidos. Justiniano estableció que el heredero debía reservar, cuando menos, la cuarta parte de los bienes recibidos para el fideicomisario.

§ 80. *Fideicomiso de parte o de toda la herencia.*

Este fideicomiso encarga al fiduciario que de al beneficiario una parte alícuota de la herencia o incluso toda la herencia. El fideicomiso de parte de la herencia tiene los mismos efectos que el legado de partición, y el fideicomiso de toda la herencia es como nombrar un heredero sustituto. La ventaja del fideicomiso es que no estaba sujeto a los requisitos formales ni a las limitaciones de los legados o de las sustituciones de heredero; si, por ejemplo, el padre de familia quería que un extranjero fuera su heredero, no podía instituirlo heredero, ni dejarle un legado de parte de la herencia, pero sí podía nombrarlo fideicomisario de una parte o de toda la herencia.

Cuando se dejaba un fideicomiso de parte de la herencia, para que el fideicomisario pudiera tener parte en los créditos y en las deudas de la herencia, se hacían con él, lo mismo que con el legatario de parte de la herencia, las estipulaciones *partis* y *pro parte*.

Cuando se dejaba al fideicomisario toda la herencia, el heredero se la cedía mediante una *mancipatio nummo uno*, con lo que adquiría la propiedad y derechos reales, y para que pudiera exigir los créditos y responder de las deudas, el heredero le cedía las acciones personales mediante un mandato de cobrar los créditos y pagar las deudas (*procuratio in rem suam*).

Cuando se dejaba un fideicomiso de toda la herencia, se podía también hacer llamamientos sucesivos a fideicomisarios que la adquirieran a la muerte del fideicomisario anterior. De esta práctica derivó el «fideicomiso de familia» que se generalizó en la Edad Media y en la Edad Moderna, por el cual se vinculaban los bienes de una herencia a las personas de una

familia, por lo general a los hijos varones primogénitos, que eran fideicomisarios sustitutos de toda la herencia.

§ 81. *Régimen del fideicomiso de toda la herencia en los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano.*

El régimen del fideicomiso de toda la herencia fue complementado mediante dos senadoconsultos: el sc. Trebeliano (56/57 d.C.) y el sc. Pegasiano (de la época de Vespaciano 69-79 d.C.).

El sc. Trebeliano dispuso que el fideicomisario de toda la herencia fuera considerado como heredero, de modo que podía, mediante acciones ficticias, ejercitar a nombre propio todas las acciones que le correspondían por razón de la herencia, y que al heredero fiduciario que intentara ejercerlas se le podía denegar la acción o oponerle una excepción. Con esta disposición, ya no era necesaria la venta de la herencia ni el mandato de cobrar y pagar.

Como el heredero fiduciario, al no tener ya ningún interés en la herencia, podía rechazarla, se emitió el sc. Pegasiano que dispuso que el heredero fiduciario no podía rechazar la herencia y que tenía derecho a una cuarta parte de la misma en todo caso.

§ 82. *Fideicomiso de pagar los legados.*

Otra utilidad del fideicomiso era encargarle al fiduciario que pagara todos los legados dejados en el testamento, con lo cual se liberaba a los herederos de esta obligación.

## VI. DONACIONES Y FUNDACIONES

### § 83. *Introducción.*

Los legados y los fideicomisos son actos de liberalidad o actos lucrativos (ya que producen un lucro en el beneficiario) que producen sus efectos por causa de la muerte (*mortis causa*) de quien los dispuso. En este capítulo se analizan otros actos de liberalidad que producen sus efectos inmediatamente (*inter vivos*), y que son las donaciones y las fundaciones.

### § 84. *La donación.*

La donación no es un contrato, ni siquiera un acto jurídico típico, sino la voluntad de una persona (el donante), aceptada por la otra (el donatario), de conferirle un lucro sin exigirle una contraprestación. Por eso d'Ors señala que la donación es más bien una causa, la causa lucrativa por excelencia, que produce su efecto, la atribución de un lucro al donatario, por medio de diversos actos: puede ser por la entrega o *traditio* de una cosa, mediante una *mancipatio* o una *in iure cessio*, por medio de una promesa formal, a través de un acto por el cual se libera de una deuda al deudor, por un contrato de venta a un precio muy bajo, etcétera.

Cabe distinguir la donación, como acto lucrativo, de los negocios gratuitos. La donación implica que el donatario perciba un lucro, es decir un incremento efectivo de su patrimonio. En cambio, en un negocio gratuito, como puede ser el préstamo de uso de una cosa (comodato), o la guarda de una cosa (depósito), el beneficiario recibe una ventaja, el uso de una cosa o la guarda de una cosa, pero no un incremento patrimonial.

En principio las donaciones son definitivas e irrevocables, sin embargo hay algunas donaciones especiales que pueden ser revocadas: las hechas por razón del matrimonio («donaciones nupciales»), las hechas en previsión de la muerte próxima («donaciones *mortis causa*») y las hechas a favor de los libertos.

### § 85. *El modo o carga de la donación.*

Es esencial a la donación que el donatario no se obligue a una contraprestación, sin embargo puede el donante señalar que el donatario

realice un determinado comportamiento, de valor muy inferior al lucro que percibe, y que se llama «modo» o «carga», como podría ser que realice anualmente algunos ritos funerarios.

En el Derecho clásico, el «modo» no es una condición que suspenda la donación hasta que se cumpla, ni una causa que justifique la donación, de suerte que si no se cumple se pueda exigir la devolución de lo dado, ni tampoco una conducta que sea judicialmente exigible. El incumplimiento del modo puede dar lugar a una sanción sacral o pública, a veces a la revocación de la donación por la ingratitud del donatario, o a la rescisión de la misma si hubo dolo de parte del donatario; si se quería hacer exigible el modo, podía hacerse una promesa formal, por la que el donatario se obligaba a realizarlo, en cuyo caso se obligaba por razón de la promesa, y no de la donación.

En el derecho postclásico, la donación modal se considera como una especie de contrato innominado, de modo que se entiende que el donatario está jurídicamente obligado a cumplir el modo o carga y existen acciones para exigir el cumplimiento o la devolución de lo donado.

#### § 86. *Liberalidad y cristianismo.*

Los actos de donación, por no tener una contraprestación, carecen de la racionalidad propia de los actos jurídicos que suelen generar derechos y obligaciones entre las dos partes. Por eso parecían sospechosos a la mentalidad jurídica romana, máxime que también podrían servir para defraudar a los acreedores, o modificar la clasificación de los ciudadanos en el censo. Una mentalidad semejante se da hoy en el *Common Law* que no considera válido un acto jurídico que no tenga alguna contraprestación (*consideration*) aunque sea mínima.

La moral cristiana, a través de la legislación de los emperadores cristianos, fomentó las donaciones como forma de vivir el desprendimiento de los bienes materiales y la caridad en beneficio de los necesitados y de las comunidades de fieles.

### § 87. *La ley Cincia.*

A los juristas romanos interesó especialmente la posibilidad de invalidar una donación por ser de un valor que sobrepasaba un límite legal. Hubo un plebiscito, del año 204 a.C., conocido posteriormente como «ley Cincia» que establecía un límite, de cuantía desconocida, a las donaciones que no fueran entre parientes. La ley no declaraba la nulidad de la donación, pero el pretor la hacía ineficaz, dando al donante, cuando no ha entregado la donación, una excepción (*exceptio Legis Cinciae*) en contra del donatario que la exige; si el donante ya había entregado una cosa o cancelado un crédito, el pretor le permite que ejerza la acción correspondiente para recuperar la cosa o cobrar el crédito, y si el demandado le opusiera una excepción, el pretor da al donante una réplica (*replicatio legis Cinciae*) que supera la excepción, con lo cual puede recuperar lo dado.

Los juristas de la última época clásica llegaron a considerar que si el donante moría sin haber reclamado la devolución de la donación excesiva, ésta quedaba convalidada, de modo que la muerte impedía el efecto de la ley Cincia (*Cincia morte removetur*).

### § 88. *Las donaciones nupciales.*

Las donaciones que se hacen en consideración al matrimonio o «donaciones nupciales» tuvieron un régimen propio. Se distinguen las donaciones que se hacen antes del matrimonio, las que se hacen por causa del matrimonio y las que se hacen durante el matrimonio. De todas ellas, la principal es la dote, que es una donación por parte de la mujer a favor del marido, y que ya fue analizada en el capítulo sobre el matrimonio.

Las donaciones hechas antes del matrimonio eran donaciones comunes pero que solían condicionarse a la realización del matrimonio, de modo que si éste no se verificaba, la donación no producía efecto; Constantino dispuso que toda donación previa estaba implícitamente condicionada al matrimonio. Justiniano llega a considerar que todas las donaciones del varón a la mujer antes del matrimonio, y aun durante éste, eran donaciones en compensación a la dote que recibía el marido de la mujer, y que servían para constituir un patrimonio para la mujer viuda.

Un tipo especial de donación previa al matrimonio, introducido por la legislación cristiana por influjo del derecho judío, fue la «arra sponsalicia», que era una donación que la mujer recibía del novio como garantía de la promesa de matrimonio, y que la mujer debía devolver si el matrimonio no se realizaba sin haber culpa del novio, o devolver aumentada si no se realizaba por culpa de ella misma.

Las donaciones que se hacen los cónyuges durante el matrimonio eran nulas, de acuerdo con un principio de origen desconocido, pero posterior a la ley Cincia. Por un senadoconsulto de Caracala (206 d.C.) se consideró que eran válidas si el donante moría sin haberlas revocado. En beneficio de la mujer, se hizo la «presunción Muciana» (por provenir de Quinto Mucio Escévola, el Pontífice), según la cual todo lo que retiene la mujer a la muerte de su marido, y que no se sabe de dónde proviene, se entiende que le fue donado por su marido.

#### § 89. *Donaciones por causa de muerte.*

Otro tipo especial de donaciones son las que una persona hace en previsión de su muerte próxima, como las que podía hacer un enfermo que temía morir pronto; son donaciones que surten efecto inmediatamente, a diferencia de las liberalidades dispuestas en testamento (legados o fideicomisos) que solo surten efecto cuando muere el testador; pero si el donante no moría, podía recuperar lo donado mediante la acción llamada «condición» (*condictio*) que, en general, sirve para exigir la devolución de algo previamente dado.

La jurisprudencia llegó a interpretar estas donaciones como donaciones sujetas a la condición suspensiva de la muerte del donante, con lo cual se asimilaban a los legados que surten efectos a la muerte del testador.

#### § 90. *Donaciones a favor de los libertos.*

Las donaciones que hacía el patrono a su liberto, en las que frecuentemente había una carga modal, tenían la peculiaridad de que eran libremente revocables, por razón de la subordinación social y el deber de gratitud del liberto hacia el patrono. Cuando se hacía la revocación, solía justificarse por la ingratitud del liberto o por haberle sobrevenido hijos al donante.

Justiniano eliminó la libre revocación y fijó esas dos causas como las únicas que podían justificar la revocación.

§ 91. *Promesas a personas indeterminadas.*

Hay otras liberalidades que no son propiamente donaciones porque no se refieren a una persona determinada, pero que tienen en común con ellas que producen un lucro a favor de un destinatario. Son: *i)* la promesa de recompensa, por la que uno se obliga a dar algo a quien realice determinada obra, por ejemplo encontrar y entregar un animal; *ii)* la promesa informal hecha a una ciudad (*pollicitatio*), con la intención de obtener un cargo público, de hacer una determinada obra con recursos propios, promesa cuyo cumplimiento podía la ciudad exigir judicialmente, por vía del procedimiento cognitorio, y *iii)* y la promesa hecha a una divinidad (*votum*) de hacer algo, generalmente erigir un ara, que sólo tenía una sanción sacral.

§ 92. *Las fundaciones.*

Son liberalidades que se hacen por medio de donación o de fideicomiso, por las que se dan ciertos bienes a una persona de confianza, a un fiduciario, a quien se encomienda que dé o haga algo para beneficiar de manera permanente a personas indeterminadas, como los pobres, los huérfanos, etcétera.

Desde el siglo V el Derecho cristiano fomentó estas fundaciones para atender fines benéficos, y se llegó a considerar que la fundación tenía una cierta personalidad jurídica, independiente de la del fiduciario, y que podía actuar jurídicamente por medio de representantes, pero no se logró tener una construcción jurídica clara de ellas. Su antecedente parece haber sido las fundaciones sepulcrales paganas, por las que se destinaban ciertos bienes para mantener los sepulcros de una familia y perpetuar su memoria.

## TERCERA PARTE: OBLIGACIONES Y CONTRATOS

### § 93. *Introducción a esta parte.*

Las relaciones obligacionales u obligaciones, es decir la relación entre una persona (acreedor) que puede exigir judicialmente a otra (deudor) la realización de determinada conducta, constituyen la parte más dinámica del Derecho Privado y, desde mi personal punto de vista, la más interesante del Derecho Romano.

La Parte se inicia con un capítulo destinado a explicar el concepto general de obligación, y continúa con otro que expone las «fuentes» de las obligaciones, es decir los actos o causas por las que se generan. En este punto sigo la clasificación de las fuentes de las obligaciones propia del Derecho Romano Clásico, que fue reconstruida por Álvaro d'Ors, que distingue estas cuatro fuentes: delitos, préstamos, estipulaciones y contratos, y que es diferente de la que tradicionalmente se ha usado, formulada por Gayo y Justiniano, que distingue entre delitos y cuasidelitos, contratos (y entre éstos separa los reales, verbales, literales y consensuales) y cuasicontratos. La clasificación clásica permite un mejor entendimiento de los actos que generan las obligaciones y de sus reglas jurídicas.

Los capítulos subsiguientes se distribuyen en cuatro secciones, correspondientes a cada una de las fuentes de las obligaciones: 1ª Delitos, 2ª Préstamos, 3ª Estipulaciones y 4ª Contratos.

## VII. OBLIGACIONES EN GENERAL

### § 94. *Concepto de obligación.*

Cabe advertir que la palabra «obligación» se entiende aquí en un sentido técnico, diferente del significado que tiene en el uso común que es el de un deber (moral o legal), como cuando se dice que el estudiante tiene la “obligación” de estudiar, o el ciudadano la “obligación” de pagar impuestos.

En sentido técnico, la obligación es una relación entre dos personas, contraída voluntariamente, por la que una de ellas (acreedor) puede exigir judicialmente a la otra (deudor) que realice determinada conducta. Como la exigibilidad de la conducta debida es esencial, para que exista una obligación se requiere necesariamente de una acción personal por la que el acreedor pueda exigir su cumplimiento al deudor.

La obligación, considerada desde el punto de vista del deudor, se llama «deuda», y vista desde el punto de vista del acreedor, «crédito»

### § 95. *Obligaciones civiles y pretorias.*

El fundamento de la exigibilidad es originariamente el propio Derecho civil romano, que reconoce que ciertos actos, como una promesa, generan un deber (*oportere*) de dar o hacer algo, el cual es exigible mediante una acción civil. Posteriormente, el pretor reconoce deberes generados por actos diferentes de los contemplados por el Derecho civil, por ejemplo el préstamo de uso de una cosa o comodato, y los sanciona otorgando una acción, no con base en el Derecho civil, sino en su propio imperio. De esta diferencia de origen procede la distinción entre «obligaciones civiles» y «obligaciones pretorias».

### § 96. *Objeto de las obligaciones.*

El objeto de la obligación es el acto que el deudor debe cumplir. En general, en todas las obligaciones el deudor se obliga a dar o hacer algo. La cosa que se da o hace no es propiamente el objeto de la obligación, sino su resultado, por ejemplo, el objeto de la obligación del comprador es el acto de pagar una cantidad de dinero, y no el dinero mismo; el objeto de la obligación de

un sastrero es el acto de confeccionar un traje, y no el traje mismo. Considerando su objeto, las obligaciones se clasifican en «obligaciones de «dar» (*dare*) y obligaciones de «hacer» (*facere*).

§ 97. *Obligaciones de dar y de hacer*

Las obligaciones de dar consisten en dar al acreedor la propiedad de alguna cosa genérica o específica, o en constituir a su favor algún derecho real (como una servidumbre). También pueden consistir en rendir cierto tiempo de trabajo (*dare operas*), como la obligación del arrendador de los servicios de un esclavo.

Las obligaciones de hacer consisten en realizar cualquier otra conducta, como puede ser entregar una cosa, construir un mueble, reparar un carro, alimentar, hospedar, etcétera; pueden consistir también en un comportamiento negativo, como padecer o tolerar un acto al que podría el deudor oponerse o no realizar determinados actos, por ejemplo no vender.

Algunos textos hablan de un tercer tipo de obligaciones, las de «garantizar» (*praestare*), pero en realidad se trata de una obligación de hacer, cuando la obligación es constituir una garantía, o una obligación de dar, cuando consiste en el pago de una garantía.

§ 98. *Obligaciones de objeto determinado y de objeto indeterminado.*

El objeto de las obligaciones puede también distinguirse según consista en hacer algo determinado (*certum*) o algo indeterminado (*incertum*).

Las obligaciones de dar pueden ser de objeto determinado, cuando se trata de dar una cantidad o una cosa determinada, por ejemplo dar 1000 sestercios o un fundo; pueden también ser de objeto indeterminado, cuando se trata de dar una cantidad que se determinará posteriormente, como el precio que se llegue a cobrar por la venta de una casa.

Las obligaciones de hacer son siempre de objeto indeterminado porque, aunque el resultado esté previsto concretamente, por ejemplo construir una cosa con especificaciones precisas, no está determinado, ni es determinable, todo lo que el deudor tiene que hacer para alcanzar tal resultado.

§ 99. *Obligaciones divisibles e indivisibles.*

La relación obligacional es transmisible a los herederos del acreedor o del deudor, quienes tendrán la acción para exigir su cumplimiento o la responsabilidad de pagarla. Cuando hay varios herederos, de parte activa o pasiva, se plantea el problema de si la obligación se divide entre todos los herederos o se mantiene indivisa.

Las obligaciones de dar, cuando no se refieren a constituir un derecho indivisible, como una servidumbre, son obligaciones divisibles, lo que significa que la relación se divide en tantas obligaciones como herederos haya; por ejemplo, si muere el deudor de tres mil sestercios y deja tres herederos en partes iguales, la obligación se divide en tres, y el acreedor tiene ahora tres deudores a quienes puede cobrar, a cada uno, mil sestercios; si muriera el acreedor de esa obligación y dejara tres herederos en partes iguales, resultaría que el deudor tendría ahora tres acreedores a quienes debe pagar mil sestercios a cada uno.

Las obligaciones de hacer, así como las de dar un derecho indivisible, son obligaciones indivisibles, de modo que a la muerte del acreedor o el deudor, la obligación se mantiene indivisa entre los herederos, lo que significa: o que cualquiera de los herederos del acreedor puede cobrar la totalidad de la deuda, pero una vez que uno paga, la obligación se extingue, o que cualquiera de los herederos del acreedor puede exigir al deudor el pago total, pero una vez que uno cobra, la obligación se extingue.

§ 100. *El cumplimiento o pago de las obligaciones.*

Las obligaciones se constituyen para ser cumplidas, por lo que se dice que la razón de ser de la obligación es su cumplimiento o pago.

El cumplimiento o pago de las obligaciones de dar se llama *solutio*, es decir «liberación», y consiste en dar efectivamente la propiedad de la cosa (genérica o específica) debida, constituir el derecho real o prestar el tiempo de trabajo debido. El de las obligaciones de hacer, se llama genéricamente *satisfactio*, es decir «hacer lo suficiente», y consiste en ejecutar la conducta debida: entregar, transportar, construir, etc.

### § 101. *Obligaciones naturales.*

Para que exista obligación es necesario que haya una acción personal para exigir judicialmente el pago. No hay por lo tanto obligaciones en las deudas contraídas por personas *alieni iuris* (hijos de familia o esclavos), pues no puede haber acción mientras sigan siendo incapaces. Sin embargo, como ocurría que estas personas contraían deudas y las pagaban espontáneamente, se consideró que quienes las cobraban podían retener lo cobrado (*soluti retentio*), a diferencia de lo que ocurría cuando alguien, por error, pagaba una deuda a quien no era el acreedor, el cual estaba obligado a devolver lo cobrado. En el siglo II la jurisprudencia llega a considerar que las deudas contraídas por *alieni iuris* valían como «obligaciones naturales», es decir obligaciones que carecen de acción pero que existe un cierto deber de pagarlas.

En época posclásica se llegó a considerar como obligaciones naturales a obligaciones que carecen de acción por alguna otra causa pero que dan lugar a la retención del pago, por ejemplo el préstamo hecho en contra del senadoconsulto Macedoniano. Posteriormente, Justiniano llama naturales a ciertas obligaciones que tienen acción pero que se fundan en un deber moral que debe ser respetado, por ejemplo la obligación contraída por el pupilo sin la autorización del tutor, que puede ser exigible con una acción en la medida del provecho obtenido por el pupilo, pues se considera que está «naturalmente obligado a devolver en cuanto se haya enriquecido».

### § 102. *Las fuentes de las obligaciones.*

Se denominan «fuentes de las obligaciones» los actos que las generan o causan, es decir los actos que hacen judicialmente exigible la conducta del deudor.

En el Derecho Romano aparecen diversas clasificaciones de las fuentes de las obligaciones. La más conocida y usada, incluso actualmente por la doctrina contemporánea del Derecho Civil, fue la que hizo Gayo en su libro de *Institutiones* y que complementó Justiniano en su propio libro de *Institutiones*. Pero esta clasificación de fuentes no era la que seguían los juristas clásicos.

D'Ors ha logrado reconstruir la clasificación clásica, que difiere sensiblemente de la de Gayo y Justiniano, principalmente en lo relativo al concepto de contrato, y es la que aquí se sigue.

§ 103. *Clasificación de las fuentes de las obligaciones según Gayo y Justiniano.*

Las fuentes de las obligaciones fueron clasificadas por Gayo, en su libro de *Institutiones*, en dos categorías: los delitos y los contratos, de modo que entendía que todas las obligaciones provenían o de un delito (*ex delicto*) o de un contrato (*ex contractu*). Por contrato entendía todo convenio o acuerdo de obligarse, pero distinguía cuatro tipos de contratos o convenios: *i*) los «reales», que requieren la entrega de una cosa, como el préstamo de dinero; *ii*) los «verbales», que necesitan el uso de palabras formales, como las promesas; *iii*) los «literales», que requieren un documento escrito, como algunos negocios bancarios, y *iv*) los «consensuales», esto es los que se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes.

Justiniano sigue esa clasificación de Gayo, pero añade otras dos categorías: la de los «cuasidelitos», es decir actos que no son propiamente delitos porque falta la intención maliciosa o dolo del autor, pero como causan un daño se puede exigir a su autor una reparación, por ejemplo cuando cae una cosa colocada en un balcón que causa daños en la vía pública; y los «cuasicontratos» que son relaciones en las que no hay propiamente un acuerdo, pero generan alguna obligación, como quien recibe el pago de algo que no le era debido y queda obligado a devolverlo.

§ 104. *Clasificación clásica de las fuentes de las obligaciones.*

D'Ors, haciendo un análisis de las acciones personales existentes en el Edicto del pretor urbano, y considerando diversos textos clásicos procedentes del Digesto, demuestra que los juristas clásicos, al menos desde tiempo de Labeón, consideraban que las fuentes de las obligaciones se clasifican en: *i*) delitos, en lo cual coincide con la clasificación gayana; *ii*) préstamos, que son convenios en los que el deudor se obliga a devolver una cosa que le fue previamente dada, como el préstamo de dinero; *iii*) estipulaciones o promesas, que son un negocio formal por el que una

persona se obliga a dar o hacer algo a favor de otra, y *iv*) contratos, que son convenios informales en los que las dos partes se obligan recíprocamente.

La diferencia principal entre ambas clasificaciones radica en el concepto de contrato. Para Gayo y Justiniano, contrato es cualquier acuerdo o convenio que genere una obligación. Para los juristas clásicos, expresamente lo dice Labeón (citado por Ulpiano en D 50,16,19), contrato es la obligación recíproca (*contractum ultro citroque obligationem*), es decir un convenio que genera obligaciones recíprocas, de modo que las dos partes son simultáneamente acreedores y deudores, como en la compraventa, que el comprador es deudor del precio y acreedor de la mercancía, mientras que el vendedor es deudor de la mercancía y acreedor del precio. En consecuencia, el contrato se distingue radicalmente de los préstamos (o contratos reales según Gayo), que solo obligan a una de las partes a devolver una cosa previamente recibida, y de las estipulaciones o promesas (que serían los contratos verbales o literales de Gayo) que solo obligan a una parte a cumplir lo que ha declarado formalmente.

Las figuras que Justiniano considera como «cuasidelitos» caben en la clasificación clásica como tipos del delito de daño en los que se da una «responsabilidad objetiva», es decir por el daño mismo y no por el dolo.

Las obligaciones que Justiniano considera originadas por «cuasicontratos» tienen su causa en determinados actos en los que (al igual que en las obligaciones que nacen de delitos) falta un convenio entre el acreedor y el deudor: la obligación de devolver el pago de lo no debido o el enriquecimiento sin causa proviene del hecho de que alguien reciba una cosa que no tiene derecho a retener, que es lo que ocurre en el tipo de préstamo denominado *datio ob causam*; las obligaciones entre quien gestiona espontáneamente un negocio ajeno y el dueño del negocio provienen del hecho de la gestión útilmente realizada, y son semejantes a las que se originan entre mandante y mandatario por el contrato de mandato; las obligaciones de los copropietarios de comunicarse lo que les corresponda de los gastos y utilidades por razón de la cosa común, derivan del hecho de haber gastado o percibido algo por causa de ella; las obligaciones entre el tutor y el pupilo derivan del cargo de la tutela, que consiste en la administración de un patrimonio ajeno, y son semejantes a las

que se dan entre el administrador y el dueño del patrimonio derivadas del mandato de administrar; finalmente, la obligación del heredero de cumplir el legado de efecto personal es consecuencia del legado mismo.

§ 105. *Cuadro general de las figuras jurídicas de las que proceden las obligaciones.*

Siguiendo la clasificación clásica de las fuentes de las obligaciones, se tendría este cuadro general que comprende todas las figuras de donde provienen las obligaciones civiles y las pretorias, que se examinarán en los siguientes capítulos.

Delitos: delitos civiles: robo, daño, injurias. Delitos pretorios: dolo, intimidación y otros.

Préstamos: préstamos civiles: mutuo, dación *ob rem*, dación *ob causam*. Préstamos pretorios: comodato, constitución de plazo, prenda.

Estipulaciones: estipulación en general; estipulaciones sobrepuestas a otro negocio: estipulación y mutuo, estipulación penal, estipulación novatoria; estipulaciones solidarias; estipulaciones de garantía: *adpromissio*, *fideiussio*, y *adstipulatio*.

Contratos: fiducia, depósito, mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento.

## 1ª Sección: DELITOS

## VIII. DELITOS EN GENERAL

§ 106. *Introducción.*

El delito es fuente de obligación porque quien lo comete queda obligado a pagar a favor de la víctima una determinada cantidad de dinero, en concepto de pena por haber cometido el delito. El delincuente resulta deudor y la víctima el acreedor, que puede exigir el pago de la pena con una acción penal.

§ 107. *Delito y crimen.*

Los delitos son actos ilícitos que afectan a personas particulares en su patrimonio o en su integridad moral o fama pública. Su comisión da lugar a una acción penal a favor del ofendido para exigir al agresor el pago de una cantidad de dinero como pena por haber delinquido. Estas acciones penales, y los consiguientes juicios a que dan lugar, son de carácter privado.

En cambio, los crímenes, son actos ilícitos que afectan la comunidad y dan lugar a una acción y un juicio público. Los tribunales que conocían los crímenes se llamaron *quaestiones perpetuae*, y eran tribunales especializados en determinado tipo de ilícitos: falsificación, violencia, homicidios, etc. Por estos ilícitos se imponían penas de distinto tipo: deportación, trabajos forzados, muerte, relegación (confinamiento a permanecer en un territorio), prisión, confiscación de bienes y otras. Los juristas romanos solo se interesaron en estos juicios a fines de la época clásica. Como fuentes de obligaciones, únicamente interesan los delitos privados.

§ 108. *Dolo y culpa.*

Para que exista delito, no basta el acto externo que causa un daño patrimonial o moral, pues ordinariamente se requiere que el autor haya tenido la intención de causar el daño; esta intención maliciosa se llama «dolo». Quienes no son capaces de dolo, como los infantes menores de siete años o los locos, no pueden delinquir.

Respecto del delito de daño patrimonial injustamente causado (*damnum iniuria datum*), la jurisprudencia interpretó que la palabra *iniuria* comprendía, además del daño causado dolosamente, el daño causado por negligencia o descuido, como el que produce alguien que sobrecarga una mula que luego tira la carga y causa un daño sin haber intención de dañar; este descuido o negligencia que causa el daño se llama «culpa».

Son responsables de un delito, además de quien lo comete, quien coopera o ayuda y quien instigó o movió a cometerlo.

§ 109. *Pena.*

La pena por los delitos privados consiste en el pago de una cantidad de dinero que equivale a un múltiplo (doble, triple, cuádruplo) del valor del daño causado.

§ 110. *Acciones penales, acciones reipersecutorias y acciones mixtas.*

Las acciones por las que se exige el pago de la pena son llamadas, por eso, «acciones penales».

En algunos delitos, especialmente en el robo, el ofendido, además de tener una acción penal, tiene otra acción para recuperar lo perdido a causa del delito, por ejemplo para recuperar la cosa robada. Las acciones que sirven para recuperar lo perdido, como sería la acción reivindicatoria para exigir la restitución de la cosa robada, son llamadas «acciones reipersecutorias».

En otros delitos, como en el de daño injustamente causado, el ofendido tiene una sola acción para exigir el pago de una cantidad de dinero que comprende el valor del daño más una pena. Estas acciones que persiguen la indemnización y la pena se llaman «acciones mixtas».

§ 111. *Acciones perpetuas y temporales.*

Las acciones penales de origen civil no tienen un plazo para ser ejercitadas, por lo que se pueden usar en cualquier tiempo, no caducan, y por eso se les llama «acciones perpetuas».

En cambio, las acciones penales creadas por el pretor, tienen un plazo de caducidad de un año, por lo que se les llama «acciones temporales». No obstante, el pretor puede dar la acción, pasado el año, pero solo por el valor del daño causado.

§ 112. *Acumulabilidad de las acciones penales.*

En general, cuando por un solo hecho se pueden ejercer dos o más acciones, se habla de «conurrencia de acciones». La concurrencia puede ser tal que todas las acciones pueden ser ejercitadas, y se llama entonces «conurrencia cumulativa», o que sólo una de las acciones pueda ejercitarse, y se habla entonces de «conurrencia alternativa».

Las acciones penales concurren cumulativamente en dos casos: *i*) cuando un delito lo cometen conjuntamente varias personas, se dan acciones contra cada una de ellas, lo que significa que el ofendido podrá exigir a cada una el pago de la pena completa; *ii*) cuando de un mismo delito surge una acción penal y otra reipersecutoria, y el ofendido podrá ejercitar las dos.

En cambio, cuando un delito que tiene una acción penal mixta, concurre con una acción reipersecutoria, la concurrencia es alternativa, de modo que el ofendido podrá ejercitar sólo una acción.

§ 113. *Transmisibilidad e intransmisibilidad de las acciones penales.*

Por lo general, las acciones penales son activamente transmisibles, ya que el heredero del ofendido por un delito podrá ejercitar la acción penal correspondiente. Sólo algunas, como la acción por injurias (ofensa al honor u ofensa moral), puesto que se refiere a un delito que afecta más a la persona misma que a su patrimonio, son activamente intransmisibles.

En cambio, las acciones penales, en general, son pasivamente intransmisibles, esto es que no se puede reclamar a los herederos del autor del delito la pena que a éste correspondía; sin embargo, si el ofendido ejerció la acción y se llegó a la *litis contestatio*, sus herederos podrán continuar con el juicio y cobrar la pena.

§ 114. *La acción penal noxal.*

Si un hijo de familia o un esclavo comete un delito, como ninguno de ellos tiene capacidad para ser demandado, el ofendido tiene que dirigir la acción penal en contra del padre de familia. En tal caso, cualquiera que hubiera sido el delito, el ofendido tiene la acción penal noxal (*actio noxalis*), por la que, una vez probado el delito, el padre de familia quedaba condenado a pagar la pena correspondiente, a no ser que, como indemnización del daño

(*noxa*), diera la propiedad del esclavo al ofendido o le entregara al hijo *in mancipio*, como si se lo hubiera vendido.

§ 115. *Delitos civiles y delitos pretorios.*

Los delitos civiles reconocidos por las leyes fueron el robo, el daño y la injuria; estaban sancionados por acciones civiles. Posteriormente el pretor dio nuevas acciones *in factum* para extender la protección penal a modalidades de esos delitos no contempladas originalmente o para hacer más efectiva la responsabilidad penal. Por eso, respecto de esos delitos civiles, se deben considerar las acciones civiles originarias y luego las acciones pretorias complementarias.

Además, el pretor estableció muchos nuevos delitos, sancionados por acciones *in factum*, de los cuales los principales fueron el delito de dolo y el de intimidación, que se clasifican en general como delitos pretorios.

Resulta así, que en el Derecho clásico, la mayor parte de las obligaciones provenientes de delito estaban sancionadas, no por acciones civiles, sino por acciones *in factum*.

## IX. DELITOS DE ROBO

§ 116. *Concepto de robo ordinario.*

El robo (*furtum*) consiste en el apoderamiento ilícito y clandestino de una cosa mueble ajena. Es un apoderamiento ilícito, es decir no autorizado por la ley, las costumbres o un magistrado, y clandestino, porque se hace sin la voluntad del propietario. Para que ocurra el robo, la jurisprudencia llegó a precisar que era necesario el acto de desplazar una cosa (*contrectatio*), esto es de tocarla y moverla de su lugar con intención de llevársela.

Sin embargo, la misma jurisprudencia admitió que también eran robo otros actos que no concuerdan plenamente con ese concepto: el robo de uso y el robo de posesión.

El robo de uso (*furtum usus*) consiste en hacer un uso no autorizado de una cosa ajena, que no fue sustraída (no hay propiamente *contrectatio*) sino recibida de su propietario o poseedor. Ocurre, por ejemplo, cuando una persona, a la que se le confía una cosa para guardarla o para repararla, hace uso de ella.

El robo de posesión (*furtum possessionis*) es el que hace el propietario de una cosa suya cuya posesión entregó a otra, por ejemplo el propietario que sustrae al acreedor la cosa que le entregó en prenda.

§ 117. *Acciones civiles por robo.*

La *Ley de las XII Tablas* contemplaba varias acciones contra el ladrón: *i*) la acción de hurto ordinario (*actio furti*) con pena del doble del valor de la cosa robada; *ii*) la «acción de hurto descubierto» (*actio furti concepti*) mediante registro en la casa del ladrón, con pena al triple; *iii*) la «acción de hurto trasladado» (*actio furti oblati*), que se da a favor de aquél en cuya casa descubrieron una cosa robada y que por eso fue demandado por la acción de hurto descubierto, y en contra del verdadero ladrón que dejó la cosa ahí; también con pena del triple, y *iv*) una acción para el caso específico de aprovechamiento, en la propia construcción, de materiales ajenos, la «acción de madera incorporada» (*actio tigno iuncto*), con pena al doble.

§ 118. *Acciones pretorias.*

El pretor dio nuevas acciones para sancionar distintas modalidades de robo, como el robo cometido por los publicanos (cobradores de impuestos) al hacer cobros ilícitos, o el cometido por los dependientes de una nave que transporta mercancías, o el cometido, en los bienes de la herencia, por esclavos manumitidos en testamento, y otras más. Las más importantes fueron las que dio para sancionar el robo manifiesto y el robo con violencia.

La «acción por hurto manifiesto» (*actio furti manifesti*) se da en contra del ladrón sorprendido y detenido en el acto mismo de robar, con pena al cuádruplo; la pena elevada parece como una recompensa a favor del ofendido que detiene al ladrón.

La «acción de bienes robados con violencia» (*actio vi bonorum raptorum*), también con pena al cuádruplo por la gravedad del acto.

§ 119. *Acciones reipersecutorias.*

En los diferentes casos de robo, la acción penal se acumula con la acción reipersecutoria para recuperar la cosa robada. Las acciones que pueden usarse para recuperarla son: *i*) la acción reivindicatoria, cuando la cosa subsiste y se puede identificar individualmente, como un collar de perlas o un saco cerrado con monedas; *ii*) la acción exhibitoria, cuando el ladrón dejó dolosamente de poseerla, por ejemplo por haberla escondido, y *iii*) la acción llamada *condictio furtiva* cuando se trata de cosas genéricas o consumibles, como una cantidad de dinero, o de cosas específicas que ya no se pueden identificar, como una oveja que se confunde con las otras de un rebaño.

§ 120. *Legitimación activa de la acción penal y de la acción reipersecutoria.*

La acción penal por robo la puede ejercer el propietario, y también el poseedor de una cosa ajena que tiene responsabilidad por custodia, es decir que debe pagar su valor al propietario si no la devuelve, aun cuando la haya perdido por robo. Tal es el caso de quien recibe una cosa para usarla gratuitamente, como un carro, que debe devolver al propietario o pagar su

valor si lo perdió por su culpa o se lo robaron. En este caso y otros semejantes, quien sufre directamente el robo es el poseedor, por lo que se justifica que tenga la acción penal.

La acción reipersecutoria, en cambio, sea cual sea la que se ejerza, la tiene únicamente el propietario.

## X. DELITOS DE DAÑOS

### § 121. *Concepto de daño.*

El término «daño» en un sentido amplio significa simplemente la pérdida patrimonial que sufre una persona. Esta acepción amplia comprende los daños que sufre una persona a causa del incumplimiento de un contrato. Pero referido a los delitos, el daño es la pérdida que sufre el propietario como consecuencia del deterioro de una cosa suya causado por un tercero, como la pérdida que sufre porque alguien causó la muerte de un animal o la destrucción o deterioro de unos graneros.

### § 122. *La ley Aquilia de daño.*

El delito de daño fue tipificado por una ley denominada «ley Aquilia» (*lex Aquilia de damno*, en realidad un plebiscito del año 286 a.C.) como el «daño injustamente causado» (*damnum iniuria datum*), lo que significa que no todo daño patrimonial por deterioro de una cosa es delito, sino solo aquél injustamente causado por otra persona.

Esa ley contemplaba dos clases de delitos de daño: *i*) causar la muerte de un esclavo o ganado mayor (reses, bueyes, caballos) ajenos, cuya pena era el pago de una cantidad equivalente al valor máximo de la víctima en el último año, y *ii*) causar cualquier otro daño en una cosa ajena, cuya pena era el valor máximo de la cosa dañada en los últimos treinta días.

### § 123. *Acción de la ley Aquilia.*

Originalmente, la ley daba al ofendido una de las antiguas «acciones de la ley», una *manus iniectio*, que luego fue sustituida por una acción con fórmula escrita. Ésta era una acción penal, pero se entendió que la cantidad a que se condenaba, que era mayor que la sola reparación del daño, incluía la indemnización del daño y una pena por haberlo causado; por eso se dice que es una acción mixta y no se acumula con otras acciones reipersecutorias.

Para que procediera la acción era necesario demostrar que el daño había sido «injustamente causado» (*iniuria datum*). Era evidente que esto se cumplía cuando el daño se había causado intencionalmente, es decir con

dolo; pero la jurisprudencia interpretó que la palabra *iniuria* también comprendía la conducta negligente o descuidada que causaba un daño, por ejemplo el descuido al conducir un carro que choca y causa daños, o el descuido de no atar debidamente a un caballo que se suelta y causa daños, o el descuido al construir un edificio que causa daños a los peatones, etc.

Para designar esa conducta negligente o descuidada se utilizó la palabra culpa (*culpa*). La conducta negligente que causa un daño es llamada «culpa Aquiliana», con lo que se distingue de la conducta negligente que causa el incumplimiento de un contrato y que es llamada «culpa contractual».

§ 124. *Otros delitos civiles de daño.*

La ley Aquilia sustituyó varios delitos de daño tipificados en la ley de las XII Tablas, pero dejó subsistentes las acciones por daños causados por animales, que se dirigían contra su propietario para exigirle una reparación del daño (*noxam sarcire*).

La acción «por el animal que pasta» (*actio de pastu pecoris*) se daba contra el dueño del animal por el hecho de que hubiera pastado en campo ajeno. Y la acción «por el daño causado por un animal» (*actio de pauperie*) dirigida contra el propietario de un animal que espontáneamente, sin haber sido provocado, causa un daño, como un caballo que de pronto tira una patada y causa daño a un esclavo, o un perro que muerde, etcétera. Esta acción era noxal, pues dejaba al dueño la posibilidad de librarse de la condena haciendo la entrega del animal.

§ 125. *Extensiones pretorias de la acción de la ley Aquilia.*

El pretor, mediante acciones ficticias e *in factum* extendió el régimen de la ley Aquilia a nuevos supuestos:

i) La ley daba la acción exclusivamente al propietario civil, pero el pretor extendió la protección, mediante una acción útil o con ficción, a favor de los usufructuarios, los peregrinos, e incluso parece que, a fines de época clásica, se dio, como la acción de robo, a favor de los poseedores que responden por custodia.

ii) La ley exigía que el daño fuera causado habiendo contacto físico entre el agente y la cosa dañada, pero el pretor concedió acciones *in factum* en

contra de quien, aunque no hubiera tocado la cosa, había puesto la causa del daño (*causam damni praestare*), por ejemplo, al abrir la puerta de un corral ajeno, privar de alimento a un esclavo ajeno, o romper una vasija para que el vino se derrame. Con este criterio se extendía ampliamente la protección contra el daño patrimonial.

*iii)* Cuando el daño consistía en una lesión a un hombre libre, en principio no procedía la acción de la ley Aquilia, que se refiere solo a daño patrimonial, sino la «acción de injurias» que castiga las ofensas personales. Cuando resultaba que por una ofensa personal, la pena que se daba por la acción de injurias era notoriamente insuficiente para compensar la lesión, el pretor daba al ofendido una acción «útil» de la ley Aquilia, con la que obtenía una reparación mejor. Tal fue el caso de un niño, aprendiz de zapatero, al que éste golpeó para corregirlo, y como consecuencia el niño perdió un ojo; aquí, la acción de injurias, en la que valoraba principalmente la ofensa moral, daría lugar a una pena reducida porque la ofensa moral era mínima, aunque el daño corporal fuera grave; con la acción útil de la ley Aquilia se conseguía una indemnización del daño corporal.

#### § 126. *Otros delitos pretorios de daños.*

El pretor dio otras acciones que sancionaban casos específicos de daños: *i)* una acción *in factum*, con pena del cuádruplo, por los daños cometidos violentamente por un grupo, o los cometidos durante una calamidad pública, como un terremoto o inundación; *ii)* otra acción *in factum*, con pena del doble, por los daños cometidos por los publicanos o sus servidores, o con ocasión de una revuelta popular, o los cometidos por los empleados de los navieros, posaderos o de establos, de los que respondían los dueños de esos negocios.

Dio además una acción especial por corrupción de un esclavo ajeno (*actio servi corrupti*), a favor del propietario y en contra de quien lo corrompe o pervierte, por ejemplo enseñándole a robar, o aconsejándole que huya o recibéndolo en su casa cuando está en fuga.

## XI. DELITOS DE LESIONES

### § 127. *Concepto de lesiones o injurias.*

La palabra «injuria» (*iniuria*) significa originalmente lo que es opuesto al *ius*, por lo que denota cualquier comportamiento injusto, como el daño injustamente causado (*damnum iniuria datum*). La palabra en plural, «injurias» (*iniuriae*), se usa para designar las lesiones inferidas a personas libres, en su integridad corporal o moral.

### § 128. *Antiguas acciones civiles por injurias.*

La ley de las XII Tablas contemplaba varias acciones para casos de injurias: por mutilación de un miembro del cuerpo, una acción que permitía el «talión», esto es un castigo igual al delito; para las fracturas, una acción con pena de 300 ases (330 barras de cobre que pesaban aprox. 96 kilos), y por otras lesiones menores, una acción con pena de 25 ases (aprox. 8 k. de cobre). Las acciones con pago de una pena pecuniaria en lugar del talión, suponían un avance importante, pero como las penas eran fijas, con el paso del tiempo y la devaluación de la moneda, para el siglo primero a.C. resultaban ridículas (lo equivalente a 2 k. de cobre o 272 gr. respectivamente).

### § 129. *La acción pretoria de injurias o «acción estimatoria».*

Para sancionar efectivamente las injurias, el pretor otorgó una acción penal, *in factum*, y anual, que era pasiva y activamente intransmisible. La acción se daba contra cualquier tipo de injuria, si bien el Edicto del pretor contemplaba además algunos supuestos específicos, como escarnio o burla en público (*convicium*), atentados al pudor de una mujer honrada o de un impúber, actos infamatorios, o agravios a los dueños mediante ofensas a los esclavos.

La acción de injurias (*actio iniuriarum*) llevaba a la imposición una pena pecuniaria, cuyo monto se calculaba o estimaba caso por caso, por lo cual también se le llamó «acción estimatoria».

§ 130. *La ofensa moral o contumelia.*

El juez, para determinar la pena, no podía considerar el daño material que sufría la persona, ni siquiera cuando se trataba de lesiones, porque se entendía que la integridad corporal era algo que no podía medirse en dinero, que era inestimable. Para hacer la estimación, el juez consideraba la ofensa moral (*contumelia*) sufrida, que podía ser más o menos grave de acuerdo con la dignidad de la persona ofendida, el lugar o momento en que se produjo la ofensa, etcétera. Ordinariamente es el propio ofendido quien hace la estimación pecuniaria y el juez suele aceptar lo que aquél propone; pero en los casos de injurias graves (*iniuria atrox*), el pretor solía introducir un límite máximo (*taxatio*) en la fórmula, que el juez no podía rebasar.

## XII. OTROS DELITOS PRETORIOS

§ 131. *Delitos sancionado por acciones in factum.*

El pretor, además de complementar el régimen penal de los delitos civiles de robo, daños e injurias, otorgó muchas otras acciones *in factum* para reprimir conductas que consideró ilícitas. Algunas se refieren a actos ilícitos consistentes en perturbaciones en la vía pública, como el conducir una fiera por una vía pública; otras se refieren a actos ilícitos relacionados con la jurisdicción, como la alteración del Edicto del pretor, o el negarse o demorarse excesivamente un juez en dar sentencias; otras más se refieren a la negativa a cumplir una responsabilidad libremente asumida, como la del dueño de una posada que se niega a responder por las pérdidas del equipaje, cuando él voluntariamente asumió esa responsabilidad.

Las conductas sancionadas por esas acciones *in factum* pueden considerarse como delitos pretorios, es decir tipificados por el pretor. De todos ellos, los más importantes son: *i*) el delito de retención de una cosa sustraída por intimidación (*metus*) y *ii*) el delito de engaño malicioso o dolo (*dolus*).

§ 132. *Delito de retención de cosa sustraída por intimidación.*

El pretor concedía una acción a favor de quien perdía algo por un acto realizado mediante una amenaza violenta o intimidación (*metus*). La acción se dirigía en contra de la persona que retuviera la cosa sustraída por intimidación, aunque no fuera la misma persona que hizo la amenaza. El acto de amenazar constituía un ilícito público, que podía ser sancionado, mediante un juicio criminal, de conformidad con la *lex Julia de vi privata*. El delito privado consistía en la mera retención de lo que se había perdido por causa de la intimidación o *metus*.

§ 133. *La acción quod metus causa.*

La acción que otorgó el pretor se llamaba «acción por causa de intimidación» (*actio quod metus causa*) y tenía ciertas características especiales. Era una acción penal, porque llevaba a la imposición de una pena por el cuádruplo del valor de la cosa perdida por la intimidación; pero la fórmula de la acción tenía una cláusula arbitraria, que permitía que el

demandado saliera absuelto si restituía la cosa. La fórmula de la acción se refería a la cosa sustraída por intimidación, por lo que la acción se dirigía contra el que retenía esa cosa, aunque hubiera sido ajeno a la intimidación, como podría ser un adquirente de buena fe; como la acción podía darse respecto de terceros adquirentes, la acción no comportaba, como las demás acciones penales, una nota de infamia en contra del demandado. Como todas las acciones penales era una acción anual, pero pasado el año podía darse únicamente en la medida del lucro obtenido.

Si la persona intimidada no hubiese dado algo, pero se hubiera obligado o dar o hacer algo, el pretor la protegía dándole una excepción por intimidación (*exceptio metus*), con la que podía paralizar la acción por la que le exigían el cumplimiento de tal obligación.

La persona que sufrió la intimidación tenía además la posibilidad de pedir al pretor que diera un decreto de *in integrum restitutio* para deshacer los efectos del acto realizado por intimidación. Este recurso podía ser más efectivo que la acción por intimidación, principalmente en los casos en que era difícil cuantificar el valor de la pérdida, por ejemplo, en el caso de haber aceptado o rechazado una herencia.

#### § 134. *Delito de dolo.*

El pretor otorgaba la «acción de dolo» (*actio de dolo*) a favor de quien había sufrido una pérdida, a causa de haber sido engañado por otro. Originalmente, la jurisprudencia republicana entendía como dolo la simulación, es decir el acto de aparentar una cosa diferente de lo que es, por ejemplo aparentar uno ser solvente cuando en realidad no tiene dinero, pero, por opinión de Labeón, se llegó a considerar que el dolo consistía propiamente en el engaño, sin que importara la manera, simulación u otra, cómo se producía. El delito de dolo consistía en el acto de engañar a otro para obtener alguna ventaja.

#### § 135. *La acción de dolo.*

La acción de dolo se daba únicamente por el valor simple (no un múltiplo) del perjuicio sufrido, pero es una acción penal porque es infamante, como casi todas las acciones penales y da lugar, al igual que ellas, a una acción noxal. Era una acción anual, pero transcurrido el año podía darse, como

acción no penal, en la medida del lucro obtenido; también podía darse en esta medida en contra de los herederos de quien causó el engaño,

Tenía además la peculiaridad de ser una acción subsidiaria, es decir que procedía únicamente si no hubiera alguna otra acción disponible para recuperar lo perdido. Esto hacía que su campo de aplicación fuera reducido, pues en muchas relaciones jurídicas, por ejemplo las contractuales, las acciones propias ya sancionaban el dolo. Sin embargo, la conveniencia de esta acción estaba en que señalaba un mínimo ético para todas las relaciones jurídicas, esto es la ausencia de engaño.

Ofrecía también el pretor una «excepción de dolo» (*exceptio doli*) para defender al que fue engañado para contraer una obligación, pero que también servía para defenderse contra quien reclamaba algo dolosamente, por ejemplo quien reclamaba una cosa que estaba obligado a devolver. De hecho, esta excepción de dolo era, junto con la excepción de pacto, la más comúnmente usada.

## 2ª. Sección: PRÉSTAMOS

### § 136. *Introducción a esta sección.*

El Edicto del pretor tenía el título XVII con la rúbrica «De las cosas prestadas» (*De rebus creditis*), que comprendía una acción civil llamada *condictio*, que servía para exigir la devolución de cosas prestadas dadas previamente en propiedad, y una serie de acciones *in factum*, por las que se exigía la devolución de cosas prestadas entregadas solamente en posesión. Esta diferencia en cuanto las acciones, permite hacer la distinción entre préstamos civiles, que suponen una dación en propiedad, y préstamos pretorios, que implica solo una entrega posesoria.

En el primer capítulo de esta sección, se ofrecen nociones y reglas sobre los préstamos en general, y posteriormente se analizarán, en cada capítulo, los préstamos civiles y los préstamos pretorios en particular.

### XIII. PRÉSTAMOS EN GENERAL

#### § 137. *Concepto de préstamo.*

El préstamo consiste en la entrega de una cosa, que eventualmente debe ser devuelta. Si la entrega es en propiedad (*datio*) es un préstamo civil; si la entrega es posesoria, es un préstamo pretorio.

#### § 138. *Obligación derivada del préstamo.*

Por el préstamo únicamente queda obligado quien recibe la cosa, y su obligación consiste en devolver lo mismo que recibió. La obligación se hace exigible en el momento en que la retención de la cosa recibida se vuelve injusta, por ejemplo por haber vencido un plazo, o por no haberse realizado con la cosa el fin convenido, o por cualquier otro evento según haya sido en concreto el préstamo.

§ 139. *Los préstamos civiles.*

Todos los préstamos civiles, sancionados por la *condictio*, suponen una entrega en propiedad o «dación» (*datio*). La acción se da cuando quien recibió (el «accipiente») retiene indebidamente la propiedad recibida, por ejemplo cuando ya venció el plazo. La obligación de devolver no surge del convenio, aunque ordinariamente haya un convenio que sea causa de la dación, sino de la retención indebida de una cosa previamente dada. Quien tiene la cosa prestada es propietario de la misma, pero en cuanto debe devolver la propiedad, cabe decir que la cosa no es suya, que es una cosa ajena.

Las daciones contempladas por el derecho civil eran: *i*) el mutuo (*mutui datio*); *ii*) la dación hecha para obtener algo del accipiente (*datio ob rem*), y *iii*) la dación hecha en atención a un convenio o causa previa (*datio ob causam*); hay además otros casos en los que falta una dación inicial, porque se hace solo una entrega posesoria, que posteriormente, por algún evento, se convierte en una verdadera dación, y se habla entonces de *iv*) una dación eventual (*datio ex eventu*).

§ 140. *La acción para exigir los préstamos civiles, la condictio.*

La acción personal que sirve para reclamar la obligación derivada de un préstamo civil o crédito es la acción de objeto cierto (*actio certi*), que también se da para exigir un objeto cierto debido por una promesa o un legado, pero cuando se usa para reclamar una cosa previamente dada en propiedad se llama «condicción» (*condictio*).

Esta acción la tiene quien dio en propiedad algo (una cosa específica o una cantidad de cosa genérica), y se da contra quien lo recibió. Quien reclama es un no propietario que exige que se le de la propiedad de lo que él previamente había dado.

§ 141. *Características de la condictio.*

Como es una acción de objeto cierto, su fórmula es abstracta, pues no indica la causa por la cual se debe lo reclamado, sino solo el objeto que se reclama. Este carácter abstracto permite que la *condictio* sirva para reclamar todos los préstamos civiles, sin necesidad de distinguir la acción

según el préstamo de que se trate. Solo en el derecho posclásico se llega a calificar la *condictio* según el negocio que sancione y se habla de *condictio* por mutuo (*c. mutui*), por pago de lo no debido (*c. indebiti*), por hurto (*c. furtiva*), etc.

En el ejercicio de esta acción suele haber dificultades de prueba, por lo que el pretor interviene de dos maneras: *i*) pide a las partes que prometan recíprocamente pagarse una cantidad equivalente a la tercera parte de lo reclamado en caso de perder el juicio (*sponsio et restipulatio tertiae partis*), con lo cual las inhibe de ir a juicio si no tienen pruebas suficientes que acrediten su posición; *ii*) admite que la controversia se resuelva extrajudicialmente por medio del «juramento necesario», es decir que si cualquiera de las partes invita a la otra a jurar sobre su posición, la controversia se resolverá necesariamente por el juramento de la parte invitada o por el juramento de la parte que invitó a jurar.

#### § 142. *La obligación sancionada por la condictio.*

En todos los préstamos civiles, quien recibe en propiedad una cosa específica (p. e. un esclavo) o una cantidad de cosa genérica (p.e. 1000 sestercios), queda obligado a dar en propiedad lo mismo (misma cosa específica, o misma cantidad de igual género) que recibió, su obligación es, por la tanto, una obligación de dar la propiedad de un objeto cierto (*certum dare oportere*).

#### § 143. *Cumplimiento de la deuda crediticia.*

El pago de la deuda crediticia se llama *solutio* y consiste en dar la propiedad de lo mismo que se recibió. Por eso se dice que el acto de prestar o crédito (*creditum*) y el acto de pagar (*solvere*) son simétricos: tanto se dio en préstamo, tanto se paga.

Como el pago consiste en dar la propiedad de un objeto cierto, el pago lo puede hacer cualquier persona, sin necesidad del consentimiento del deudor, que de al acreedor la propiedad del objeto debido. Si la cosa debida es una *res mancipi* el pago requiere del acto formal de la *mancipatio* (u otro modo adecuado) por el que se adquiere la propiedad de tales cosas, por lo que si el deudor simplemente la entrega, en realidad no ha pagado mientras el acreedor no adquiera la propiedad por usucapión u otra causa.

Si el deudor ofrece un pago parcial, el acreedor puede aceptarlo o rechazarlo, pues tiene derecho al pago completo.

§ 144. *Imputación del pago.*

Si entre acreedor y deudor hubiera varias deudas crediticias, lo cual es frecuente entre un banquero y su cliente, si el deudor paga una cantidad sin especificar qué deuda está pagando, se presenta el problema de la «imputación de pago», esto es determinar qué deuda se paga; la regla es que se entiende pagada la deuda que resulte más gravosa al deudor, por ejemplo la que generaba intereses o la que estaba garantizada con una prenda.

§ 145. *Reclamación de la deuda crediticia por un banquero.*

Cuando en una relación crediticia interviene un banquero como acreedor, se le exige que cuando reclame el pago de una cantidad prestada, descunte o compense las cantidades que él deba a su cliente, y reclame solo el saldo favorable. Si el banquero reclama el crédito entero sin hacer la compensación de sus deudas, pierde la acción por petición excesiva (*pluris petitio*).

§ 146. *Momento para el pago de la deuda crediticia.*

Quien recibe una cosa en préstamo, en principio tiene la obligación de devolverla cuando se la pidan, salvo que hubiera pactado un plazo con el acreedor. Si pactó un plazo (por ejemplo tres meses), el pago deberá hacerse al vencimiento del plazo; si el acreedor reclama antes del vencimiento, el deudor tiene la excepción de pacto (*exceptio pacti*) para anular la acción del acreedor. Si no pactó un plazo, el deudor debe devolver la cosa en cuanto se la pida el acreedor, pero podrá oponer la excepción de dolo (*exceptio doli*) si la reclamación, atendiendo a las circunstancias del caso y a lo tratado por las partes, resultara intempestiva, por ejemplo si el acreedor exige la devolución del dinero prestado, a los pocos días de haberlo dado cuando sabía que iba a invertirse en un negocio que reeditaría en un año.

§ 147. *La «mora» del deudor o del acreedor.*

Si el deudor no cumple en el momento debido, se dice que incurre en «mora de pagar» (*mora solvendi*); si el acreedor se niega a recibir el pago incurre

en «mora de cobrar» (*mora accipiendi*). La determinación de si hay mora en el cumplimiento es una cuestión de hecho, no de derecho.

§ 148. *Efectos de la mora.*

La mora del deudor en las obligaciones crediticias no causa intereses; éstos solo se deben cuando el deudor ha prometido pagarlos, pero no se generan ni por el préstamo ni por la mora en pagarlo.

La mora del deudor produce efectos en relación al riesgo de pérdida o deterioro de la cosa prestada por caso fortuito, cuando se trata de una cosa específica, por ejemplo, un esclavo. Si el esclavo debido muriera en un terremoto antes de que venciera el plazo para devolverlo, el deudor queda liberado de su obligación de darlo; en cambio, si el esclavo muriera cuando el deudor había incurrido en mora, será responsable ante el acreedor de pagarle una cantidad equivalente al valor del esclavo. El efecto de la mora es trasladar al deudor el riesgo por pérdida o deterioro de la cosa debidos a caso fortuito.

Si el acreedor incurre en mora de recibir, él corre con el riesgo de pérdida de la cosa en todo caso, aun cuando el deudor hubiera incurrido primero en mora. Además, pierde todas las garantías (fianzas o prendas) que tenía a su favor.

§ 149. *Préstamos pretorios.*

Se trata de convenios de retención temporal de una cosa, por los que se entrega la posesión de una cosa, que posteriormente debe ser devuelta. La obligación surge, al igual que en los préstamos civiles, no por el mero convenio, sino por la retención indebida de la cosa recibida. Como no hay dación, no procede la *condictio*, por lo que el pretor otorga acciones por el hecho (*actiones in factum*) de la retención indebida. En concreto los préstamos sancionados por el pretor fueron: *i*) el préstamo de plazo, es decir la constitución de un nuevo plazo para una deuda existente (*constitutum*); *ii*) el préstamo de uso o comodato (*commodatum*), y *iii*) el préstamo en garantía o prenda (*pignus*).

## XIV. MUTUO

### § 150. *Concepto.*

El mutuo, o préstamo de consumo, consiste en la dación de una cantidad de cosa genérica, hecha por el mutuante a favor del mutuario, que debe devolver una cantidad igual del mismo género. Ordinariamente el mutuo versa sobre una cantidad de dinero, pero puede ser una cantidad de cualquier otro género, como granos, aceite, etc.

### § 151. *La entrega de dinero.*

Cuando el mutuo es de dinero, la entrega del mismo no es necesariamente una entrega material de las monedas. Lo que se presta es en realidad el valor que representan las monedas, por lo que la entrega se cumple cuando se adjudica ese valor de cualquier forma al mutuario, por ejemplo anotándolo en un libro de cuentas como una cantidad de la que puede disponer el mutuario, del mismo modo que lo hacen hoy los bancos.

### § 152. *Gratuidad del mutuo.*

Por este préstamo, ni el mutuante ni el mutuario se enriquecen o empobrecen. El mutuante deja de tener la cantidad prestada, pero adquiere a su favor el crédito de cobrarla; y el mutuario obtiene la ventaja de tener la cantidad, pero tiene la obligación de devolverla. Como ninguna de las partes se enriquece, se afirma que el mutuo no es un negocio lucrativo. Pero además, como el mutuario no tiene que pagar algo por tener la ventaja de disponer de la cantidad recibida, se afirma que el mutuo es un negocio gratuito.

### § 153. *Intereses.*

El mutuario debe pagar «intereses», que se entienden no como frutos del dinero, sino como el precio por usar (*usurae*) la cantidad prestada, sólo cuando hace la promesa o estipulación (*stipulatio*) de pagarlos. Los intereses se deben, no por causa del préstamo, que sólo obliga a devolver lo recibido, sino por causa de la promesa que obliga a cumplir lo prometido. Si los intereses únicamente se convienen, el acreedor no podrá exigirlos, pero

si el deudor los paga el acreedor puede retenerlos como cosa que le era debida.

§ 154. *El mutuo con interés o fenus.*

Era frecuente que cuando se daba en mutuo una cantidad de dinero, se hiciera una estipulación de pagar intereses, por lo que el acreedor tenía dos acciones: la *condictio* derivada del mutuo para exigir la devolución de lo prestado, y la acción derivada de la estipulación para exigir los intereses. Para facilitar el cobro, se acudió a pedir al deudor que hiciera una promesa en la que se obligaba a pagar el capital más los intereses.

El mutuo con interés se llamó *fenus*, palabra que significa producto de la tierra.

§ 155. *Un tipo especial de mutuo, el fenus nauticum.*

Este negocio era practicado en el comercio marítimo del Mediterráneo y venía a ser una forma de seguro de riesgo. Quien quería trasladar una cantidad de dinero de un puerto a otro, podía pedir el dinero prestado a un mutuante que se comprometía a correr con el riesgo de la pérdida del dinero durante la travesía, por asalto de piratas, tempestad u otro caso fortuito, de modo que si el dinero llegaba al puerto de destino el mutuario estaba obligado a devolverlo, y si el dinero se perdía por caso fortuito, el mutuante sufría la pérdida y el mutuario no estaba obligado a nada. Como compensación por el riesgo asumido, el mutuario prometía pagar al mutuante intereses elevados, por encima de la tasa legal.

También podía usarse para asegurar el riesgo por la travesía de otra cosa genérica, como granos, que se compraba con el dinero mutuado, de modo que el mutuante podía exigir el pago del dinero sólo si la mercancía comprada con él llegaba segura al puerto de destino.

## XV. DACIONES *OB REM*

### § 156. *Concepto.*

Son daciones hechas para que quien recibe, el accipiente, dé o haga algo lícito. Por ejemplo, se le da un esclavo para que lo manumita en cierto tiempo, o se le da una cantidad de dinero para que pague una deuda, o se le da una cosa para que de otra a cambio.

Quien hizo la dación no tiene una acción para exigir que se cumpla lo convenido, pues la dación no es un contrato que obligue a una contraprestación; sólo tiene la *condictio* para exigir la devolución de lo dado, si el accipiente no hizo lo convenido. En otras palabras, la obligación del accipiente no es hacer lo convenido, sino, como en todas las obligaciones crediticias, devolver lo recibido en caso de no hacer lo convenido, pues entonces su retención se ha vuelto injusta.

### § 157. *Contractualización pretoria de algunas daciones ob rem.*

Hubo dos daciones en las que el pretor dio una acción *in factum* para exigir el cumplimiento de lo convenido, con lo cual se aproximaron al régimen de los contratos, particularmente al contrato de compraventa. Fueron la permuta, o cambio de una cosa por otra, en la que el pretor dio a quien hacía la dación inicial una acción para exigir la cosa que esperaba a cambio; y la «dación por lo estimado» (*datio in aestimatum*), que hoy se llama «dación en consignación» o «contrato estimatorio», que consiste en dar una cosa, generalmente mercancías, para que, quien las recibe, las ponga a la venta y pague el precio estimado por ellas, y si no se venden, las devuelva; el pretor dio también aquí una acción por el hecho a quien dio la mercancía a fin de exigir el precio estimado.

### § 158. *Los «contratos innominados».*

La doctrina posclásica, quizá partiendo de la contractualización de la permuta y la dación estimatoria, formuló la categoría general de «contratos innominados», es decir de convenios de cambiar una cosa o un hacer por otra cosa o hacer, que no coincidían con los contratos típicos (arrendamiento, compraventa, etc.) que tenían un nombre propio. Se

clasificaron en cuatro categorías: «doy para que des» (doy un buey para que me des un caballo), «doy para que hagas» (doy un esclavo para que lo manumitas), «hago para que des» (manumito un esclavo para que me des dinero) y «hago para que hagas» (edifico en tu fundo para que tú edifiques en el mío).

Estos contratos innominados no obligaban por el mero acuerdo de voluntades, no eran contratos consensuales, pero en cuanto una de las partes se adelantaba a cumplir lo convenido, tenía una acción llamada «acción por las palabras convenidas» (*actio praescriptuis verbis*) para exigir a la otra parte que cumpliera, o, alternativamente, tenía la *condictio* para exigir la devolución de lo dado si ya no quería seguir con el convenio.

XVI. DACIONES *OB CAUSAM*§ 159. *Concepto.*

Son daciones que el dador hace en atención a una causa previa, que justifica que quien las recibe adquiera la propiedad de lo dado, pero éste queda obligado a devolverlo si desaparece la causa remota, es decir la causa de la causa por la cual se hizo la dación. Por ejemplo, el padre que da al novio la propiedad de alguna cosa por causa de dote; el novio adquiere la propiedad de lo que recibió por causa de dote; si el matrimonio no se verifica, falla la causa remota, es decir la causa de la dote, y queda entonces el novio obligado a devolver la propiedad de lo que recibió.

En estas daciones conviene distinguir entre la «causa de adquirir», que es la causa próxima que justifica la adquisición de la propiedad (la dote en el ejemplo propuesto), y la «causa de retener» (el matrimonio en el mismo ejemplo) que es la causa remota que justifica la retención. Cuando esta última falta, no se anula la adquisición de la propiedad, pero surge la obligación de devolver lo recibido, sancionada por la *condictio*, porque la retención se ha vuelto injusta.

§ 160. *El pago de lo no debido.*

El caso más importante de dación *ob causam* es el de pago, por error, de algo no debido (*solutio indebiti*); puede ser que se pague a quien no es acreedor, o que se pague al acreedor lo que ya se le había pagado. En estos casos, la causa de la dación es el pago, pero al no existir la obligación, falla la causa de retener, y quien recibió queda obligado, por la *condictio*, a devolver lo recibido.

§ 161. *Dación por un convenio inmoral o ilícito.*

Otro caso de dación *ob causam* es cuando alguien da algo por causa de un convenio inmoral o ilícito. En estos casos se debe distinguir si la ilicitud o inmoralidad afecta sólo a quien recibe o a ambas partes. Si el convenio es ilícito sólo para quien recibe, como cuando se le da algo para que no cometa un delito o para que cumpla su deber, adquiere la propiedad de lo recibido por causa del convenio, pero como éste es ilícito, no tiene causa para

retener, y queda obligado a devolver. En cambio, si el convenio es ilícito para ambas partes, por ejemplo dar para que se cometa un delito, si quien dio exige la devolución por la *condictio*, el que recibió puede oponer la excepción de dolo, de modo que conserva lo recibido; en este caso, como la ilicitud del convenio afecta a ambas partes, vale la regla que dice que cuando hay dolo de ambas partes “es mejor la condición del que posee” (*melior condicio est possidentis*).

§ 162. *Otros casos de daciones ob causam.*

Hay muchos otros casos de este tipo de daciones, entre los que cabe mencionar: *i*) la donación por causa de muerte (*donatio mortis causa*), esto es la donación que hace una persona en vida teniendo a la vista su próxima muerte: quien recibe adquiere la propiedad por causa de donación, pero si la muerte no se produce, pierde la causa para retener lo donado y queda obligado a devolverlo; *ii*) cuando se da una cantidad en cuasiusufructo, quien la recibe se hace propietario del dinero por causa de la donación del cuasiusufructo, pero si no da la caución de devolverlo (la *cautio ex senatusconsulto*), pierde la causa para retener la cantidad y queda obligado a devolverla; *iii*) cuando un legatario da al heredero algo para cumplir una condición del legado, pero el legado resulta ineficaz, el heredero ya no tiene causa para retener lo recibido y queda obligado a devolverlo.

XVII. DACIONES *EX EVENTU*§ 163. *Concepto*

Se trata de casos en los que alguien entrega alguna cosa pero quien recibe no adquiere la propiedad, de modo que no hay propiamente una dación, pero posteriormente, por algún evento, adquiere la propiedad y puede quedar obligado a devolverla si deja de tener causa para retener.

La entrega no constituye una dación por: *i*) falta de propiedad, esto es que quien entregó no era propietario, o *ii*) falta de forma, si no se hizo el acto formal necesario, o *iii*) falta de capacidad (como un hijo de familia que actúa sin autorización del padre) para ceder la propiedad. La propiedad puede adquirirse posteriormente por usucapión, legado o algún otro título, y también por la consumición o confusión de la cosa, lo cual hace imposible la acción reivindicatoria.

§ 164. *Algunos casos de daciones ex eventu.*

Algunos casos de este tipo de daciones: *i*) alguien hace una donación *mortis causa* de una cosa que no es suya; quien la recibe no adquiere la propiedad, y si la muerte prevista no sucede, no está obligado a devolverla porque no ha habido dación (si bien el propietario sí podría reivindicarla), pero si adquiere la propiedad por usucapión, se perfecciona la dación, y queda obligado a devolver lo recibido porque no tiene causa para retener; *ii*) alguien da un fundo, sin hacer la *mancipatio*, para pagar una deuda que en realidad ya había pagado; quien lo recibe no se hace propietario, y el dueño del fundo puede reivindicarlo; pero si quien recibe llega a adquirir la propiedad por usucapión, hay entonces una dación, pero como lo recibió en pago de algo no debido, no tiene causa para retenerlo; el que lo dio, que ya no es propietario, puede exigir su devolución por la *condictio*; *iii*) un hijo de familia, sin autorización de su padre, da unas monedas en mutuo; no hay verdadera dación, porque falta capacidad de quien dio, pero si quien las recibe las gasta, se entiende que las ha adquirido por «consumición», y el padre podrá exigirle la devolución por la *condictio* como dinero mutuado.

§ 165. La *condictio furtiva*.

Un caso importante de dación eventual es el que se produce respecto de una cosa robada. El ladrón no adquiere la propiedad de lo robado, ni puede adquirirla por usucapión. Pero se admitió que el propietario, que tiene respecto de la cosa la acción reivindicatoria, puede renunciar a ejercer esa acción (lo cual sería como renunciar a la propiedad y hacer una dación a favor del ladrón) y exigir al ladrón por la *condictio* que devuelva la cosa que retiene sin causa; el ejercicio de la *condictio* era necesario cuando la cosa ya no podía reivindicarse por haberse perdido o consumido.

XVIII. *CONSTITUTUM* O CONSTITUCIÓN DE PLAZO.§ 166. *Concepto.*

El *constitutum* es un préstamo pretorio por el que se presta un tiempo adicional (es un «préstamo de plazo») una cantidad de cosa genérica ya debida. Se hace por medio de un convenio, entre el deudor (o un tercero) y el acreedor, en el que fijan un plazo para una deuda ya existente de cantidad cierta de dinero o de otro género.

El *constitutum* no es simplemente un pacto por el que se fija un plazo, porque el pacto solo tiene el efecto de darle al deudor una excepción (de pacto) si el acreedor le reclama anticipadamente. En cambio, el efecto del *constitutum* es darle al acreedor una nueva acción, más favorable, para exigir el pago.

§ 167. *Constitutum de deuda ajena.*

Lo ordinario es que sea el deudor quien conviene el plazo con el acreedor, pero puede hacerlo un tercero, quien entonces quedará obligado a pagar la deuda en el plazo fijado. Este *constitutum* de deuda ajena viene a ser una forma de garantía para el acreedor, quien podrá elegir entre exigir el pago al deudor original o exigirlo a quien convino el nuevo plazo.

§ 168. *La acción de pecunia constituta.*

El incumplimiento del pago en el nuevo plazo, que implica que el deudor retiene indebidamente la cantidad prestada, permite al acreedor ejercer contra el deudor la acción *de pecunia constituta* («de dinero constituido a plazo»).

Esta es una acción *in factum*, porque se fundamenta en el hecho del incumplimiento de la deuda en el nuevo plazo, pero como se refiere al incumplimiento de una deuda ya existente, el actor tiene que probar, no sólo la falta de pago en el plazo constituido, sino también la existencia de la deuda.

§ 169. *Concurrencia alternativa de la acción de pecunia constituta con la acción de objeto cierto.*

El *constitutum* no extingue la deuda original, no tiene efecto novatorio, por lo cual el acreedor conserva la acción de objeto cierto (*a. certi*) contra el deudor. Por virtud del préstamo de plazo, el acreedor tiene además la acción *de pecunia constituta*. Estas dos acciones concurren alternativamente, de modo que el acreedor podrá ejercitar sólo una, la que prefiera.

La acción *de pecunia constituta* tiene ciertas ventajas para el acreedor. Al igual que la acción de objeto cierto, permite que el litigio se resuelva por juramento necesario, pero le favorece porque permite aumentar la condena en una mitad más, ya que en esta acción el pretor pide a las partes que hagan la promesa de pagarse recíprocamente, en caso de perder el juicio, la mitad de lo reclamado (*sponsio et restipulatio dimidiaie partis*), en vez de la tercera parte que es lo que se promete en la acción de objeto cierto. Además, es probable que el condenado en la acción *de pecunia constituta* quedara obligado a pagar intereses moratorios.

§ 170. *La asunción de responsabilidad de pago por un banquero o receptum argentarii.*

Semejante al *constitutum* de deuda ajena, es el acto del banquero por el cual asume la responsabilidad (*receptum*) ante el acreedor de pagar la deuda de un tercero en un plazo determinado. Si el deudor no paga, el acreedor tiene contra el banquero una acción para exigirle el pago, semejante a la acción *de pecunia constituta*, pero más favorable al acreedor, que es la *actio recepticia*. Es también una acción *in factum*, pero en ella el acreedor solo tiene que probar el hecho de que el banquero asumió la responsabilidad (el *receptum*), y no necesita probar la existencia de la deuda, que se supone probada por el hecho de que el banquero ha asumido la responsabilidad de pagarla.

## XIX. COMODATO

### § 171. *Concepto.*

Es un préstamo pretorio que consiste en que una persona (comodante) entrega una cosa a otra (comodatario) para que pueda hacer, gratuitamente, un uso determinado de la misma, y posteriormente la devuelva. Puede describirse como un «préstamo de uso».

La cosa que se da en comodato es siempre una cosa mueble, y como es una cosa que va a ser usada y luego devuelta, tiene que ser una cosa no consumible. Si se quiere ceder gratuitamente el uso de una cosa inmueble, por ejemplo, habitar en un fundo, se acude a la figura del «precario», por la que el precarista tiene la detentación (no la posesión) del inmueble que debe dejar en cuanto se le pida.

El comodato es necesariamente gratuito, pues si el comodatario tuviera que pagar un precio por el uso de la cosa, entonces habría un contrato de arrendamiento de cosa.

### § 172. *Acción del comodato (actio comodati).*

El comodante tiene una acción *in factum* para exigir la devolución de la cosa comodada, que es la acción de comodato (*actio comodati*). El hecho fundante de la acción es el comodato y la no devolución o retención indebida de la cosa por parte del comodatario. Esta es la única acción que deriva del comodato mismo y, por lo tanto, el comodatario es el único obligado.

### § 173. *Posición jurídica del comodatario respecto de la cosa.*

Respecto de la cosa, el comodatario es un mero detentador, que carece de recursos para defenderla o recuperarla.

Puede usar la cosa limitadamente, en la forma en que se convino que la usara; podrá, por ejemplo, usar un carro para transportar mercancías dentro de la ciudad, pero no fuera de ella, ni para transportar personas. Si el comodatario hace un uso no autorizado de la cosa, comete robo de uso, y es responsable de ello por la acción de hurto.

Si se convino un plazo, el comodatario podrá usar en el plazo convenido y tendrá, mientras tanto, la excepción de pacto si se le exige la devolución de la cosa. Si no se convino un plazo, el comodatario debe devolver la cosa cuando se le reclama, pero podrá oponer la excepción de dolo cuando la reclamación resultara intempestiva.

Los gastos ordinarios de conservación de la cosa son por cuenta del comodatario, por ejemplo los alimentos del esclavo recibido en comodato.

§ 174. *Responsabilidad del comodatario por la custodia de la cosa.*

El comodatario debe devolver la cosa en el mismo estado en que la recibió, salvo el deterioro ordinario. Si no puede devolverla por haberse perdido o no la puede devolver en el estado que tenía por haberse deteriorado, se tiene que precisar si el comodatario es o no responsable por el incumplimiento de la obligación, es decir si podrá condenársele al pago de una cantidad equivalente al interés que tiene el comodante en que la cosa le sea debidamente devuelta.

El comodatario, por recibir gratuitamente un beneficio, tiene el más alto grado de responsabilidad por la devolución de la cosa, que es la «responsabilidad por custodia». Esta comprende la responsabilidad por: *i*) la pérdida o deterioro de la cosa por actos del mismo comodatario (por ejemplo, al golpearla), que es llamada «responsabilidad por dolo»; *ii*) por la pérdida o deterioro causados por su descuido o negligencia (por ejemplo, no guardarla en un lugar adecuado), que es la «responsabilidad por culpa», y además *iii*) por el robo de la cosa y (a fines de la época clásica) por los daños causados por terceros a la cosa, en ambos casos sin culpa del comodatario, que es la «responsabilidad por custodia».

Si la cosa se deterioró o se perdió por «caso fortuito», es decir por un accidente de la naturaleza, por un asalto violento, por un motín popular o alguna otra causa semejante, el comodatario no responde.

El comodatario, como tiene que responder aun del robo y de los daños cometidos por terceros, puede ejercer las acciones penales de hurto o de daños en contra de quienes los cometieron, porque finalmente es el mismo comodatario, y no el propietario, quien sufre esos delitos.

§ 175. *Eventual responsabilidad del comodante.*

Por efecto del comodato, el comodante no tiene ninguna obligación con el comodatario. Pero si el comodatario hace gastos extraordinarios para la conservación de la cosa, por ejemplo paga los gastos médicos para curar al esclavo de una enfermedad grave, el comodante queda obligado a reembolsar los gastos al comodatario, pero esta obligación no es efecto del comodato, sino del hecho de que el comodatario hizo una gestión útil a favor de un negocio ajeno, por lo que puede reclamar los gastos por la acción de gestión de negocios que tiene el gestor en contra del dueño del negocio (*actio negotiorum gestorum contraria*).

Si el comodante actuó dolosamente dando al comodatario una cosa que podía causarle un daño, por ejemplo dándole un carro que sabe que puede romperse en cualquier momento, el comodatario podrá exigir responsabilidad al comodante, no por el comodato mismo, sino por la acción de dolo.

## XX. PRENDA

### § 176. *Concepto.*

La prenda puede describirse como un «préstamo de garantía». Consiste en que una persona, ordinariamente un deudor pero puede ser un tercero, entrega al acreedor una cosa para que la retenga en garantía del cumplimiento de una obligación y la devuelva al cumplirse ésta. Quien entrega la prenda es el «pignorante» y quien la recibe el «acreedor pignoraticio»; la cosa entregada suele denominarse «prenda», al igual que el negocio mismo.

El pignorante debe ser propietario civil o, al menos, bonitario de la cosa entregada. Quien, sabiéndolo, pignora una cosa ajena comete una especie de fraude.

### § 177. *Objetos que pueden darse en prenda.*

Las cosas que pueden pignorarse son sólo las cosas específicas, porque el acreedor está obligado a devolver la misma cosa que recibió. Pueden ser cosas muebles o inmuebles.

### § 178. *Posición jurídica del acreedor respecto de la prenda.*

El acreedor recibe la posesión de la prenda, y tiene los interdictos posesorios para retenerla o recuperarla. Si el pignorante le sustrae la prenda, comete hurto de posesión (*furtum possessionis*) y el acreedor puede reclamarle con la acción penal de hurto.

El acreedor no tiene derecho de usar ni disponer de la cosa. Tiene simplemente el poder de retenerla, mientras no se pague la deuda.

### § 179. *La acción pignoraticia personal.*

Una vez pagada la deuda, el acreedor debe devolver la prenda, y si no la devuelve, el pignorante puede exigírsela con «acción pignoraticia personal» (*actio pignoratitia in personam*), que es una acción *in factum*, que se funda en el hecho de la retención indebida de la prenda.

El acreedor responde, como el comodatario, por la custodia de la cosa mueble dada en prenda; de cosas inmuebles, responde por culpa.

§ 180. *Eventual responsabilidad del pignorante.*

De modo semejante a la responsabilidad que el comodatario puede exigir del comodante, el acreedor pignoraticio puede exigir al pignorante el reembolso de los gastos que haya hecho por razón de la cosa pignorada, por medio de la acción de gestión de negocios contraria, o la indemnización de los daños que le haya causado dolosamente, por medio de la acción de dolo.

§ 181. *Accesoriedad de la prenda.*

La prenda es un negocio accesorio porque requiere la existencia de una deuda previa, y depende de ella. Mientras la deuda subsiste, si el pignorante reclama la prenda con la acción reivindicatoria, el acreedor le puede oponer una excepción y conservar la posesión. En cuanto la deuda se extingue, por pago, confusión o alguna otra causa, el pignorante pierde la causa para retenerla y procede entonces contra él la acción pignoraticia personal.

§ 182. *Extinción de la prenda.*

El derecho del acreedor de retener la prenda se extingue también por: *i*) desaparición de la cosa pignorada, por ejemplo, por muerte del esclavo pignorado; *ii*) porque el acreedor restituya voluntariamente la prenda al pignorante, y *iii*) por confusión de las titularidades de propietario y acreedor en una misma persona (por ejemplo, al adquirir el acreedor la propiedad de la prenda por un legado), ya que no puede haber prenda sobre cosa propia.

§ 183. *Pactos y convenios que modifican el derecho del acreedor.*

Originalmente el acreedor solo tiene el derecho de retener la prenda mientras la deuda no se pague, y de ese modo mueve al deudor a pagar. Pero el acreedor y el pignorante pueden convenir la prenda pueda aprovecharse de alguna otra manera haciendo: *i*) un pacto de venta (*de vendendo*); *ii*) un pacto de anticresis; *iii*) un convenio de venta con pacto de recompra (*lex commissoria*) o *iv*) un convenio para que el pignorante retenga la cosa, lo cual dio lugar a una modalidad de prenda sin desplazamientos posesorio que se llamó hipoteca (*hypotheca* o *pignus conventum*).

§ 184. *Pacto de venta.*

Por este pacto, el pignorante renuncia a su acción, si no paga la deuda en el momento debido, lo cual permite que el acreedor venda la prenda, se cobre con el precio, y si algo sobra, lo entrega al pignorante, quien conserva la acción pignoraticia personal únicamente para exigir ese excedente del precio (o *superfluum*). Este pacto se hizo tan común, que la jurisprudencia admitió, a fines del siglo II d.C., que el derecho del acreedor a vender la prenda (*ius vendendi*) era un elemento natural del convenio de prenda, de modo que no hacía falta pactarlo expresamente.

§ 185. *Pacto de anticresis.*

Es un pacto por el que el pignorante renuncia a su acción para reclamar los frutos de la prenda, a cambio de que el acreedor renuncie a su acción para cobrar intereses de la deuda.

Si no se hace este pacto, los frutos de la cosa pignorada son del pignorante, pero si el acreedor los aprovecha, su valor se aplica al pago de intereses, y si no los hay o el valor de los frutos excede los intereses, al pago de la deuda.

§ 186. *Convenio de venta de la prenda con pacto de recompra (lex commissoria).*

Podía convenirse que el pignorante daba la prenda al acreedor para que la tuviera como comprada por el valor de la deuda, y que el pignorante pudiera recuperarla pagando una cantidad superior. Por ejemplo, para garantizar una deuda de mil sestercios, se daba una joya que valía 1,500, con el pacto de recomprarla pagando 1,300. En realidad este convenio (llamado *lex commissoria*) era una venta de la cosa pignorada, con un pacto de recompra a favor del vendedor, que se utilizaba principalmente para encubrir intereses por encima de la tasa legal, por lo que fue prohibido por el emperador Constantino.

§ 187. *Convenio para que el pignorante retenga la prenda.*

En casos en que parecía conveniente al acreedor que el pignorante retuviera la cosa dada en prenda por tratarse, por ejemplo de sus instrumentos de trabajo, se podía convenir que el pignorante se quedara con la prenda en

calidad de precarista (si la cosa es inmueble) o de arrendatario. En este caso, la garantía que tenía el acreedor se reducía a la posibilidad de vender la cosa si la deuda no era pagada.

Este convenio dio lugar a una modalidad de prenda sin desplazamiento posesorio que se llamó «hipoteca» (*hypotheca* o *pignus conventum*).

§ 188. *La hipoteca.*

Es una prenda en la que el pignorante retiene la cosa, pero si la deuda no se paga en el momento debido, el acreedor puede exigir la entrega de la cosa y luego venderla y cobrarse con el precio. Se puede decir que en este caso, el acreedor pignoraticio, al que corresponde tener la posesión de la prenda, se la presta al pignorante, y este queda obligado a entregarla si la deuda no se paga oportunamente.

La hipoteca comenzó a practicarse para garantizar el pago de las rentas de fundos rústicos, con los instrumentos de trabajo de los colonos, pero ya en el siglo 1 d.C. se había generalizado para garantizar cualquier tipo de deuda con cualquier objeto.

La jurisprudencia entendió que esta no era una nueva garantía, sino solo una modalidad de la prenda, a la que concibe como una garantía única que puede darse con desplazamiento (que es lo ordinario) o sin desplazamiento posesorio. Es muy distinta la concepción actual que considera la prenda como garantía sobre bienes muebles y la hipoteca como una garantía diferente sobre bienes inmuebles.

§ 189. *Acción pignoraticia real o acción hipotecaria.*

El acreedor hipotecario, si la deuda no se paga en el momento debido, tiene una acción para exigir la entrega de la cosa, que se llama «acción pignoraticia real» (*actio pignoratitia in rem*) o «acción hipotecaria» (*formula hypothecaria*).

Como es una acción real, se dirige contra cualquier poseedor de la cosa, y permite que el acreedor prevalezca respecto del pignorante o de cualquier otra persona, incluso los que la hubieran adquirido de buena fe del pignorante.

§ 190. *Objetos hipotecables.*

Como la hipoteca no implica desplazamiento posesorio inicial, se pueden hipotecar, no sólo las cosas corporales que pueden poseerse, sino también las cosas incorporales, como derechos reales, por ejemplo un derecho de usufructo, y en tal caso la garantía no es la cosa usufructuada sino el derecho de usufructuarla que implica el de aprovechar los frutos; o derechos personales de crédito, de modo que puede un deudor dar en garantía el crédito que tiene contra otra deudor, y entonces el acreedor hipotecario puede exigir el pago del crédito dado en garantía.

§ 191. *Hipotecas tácitas y legales.*

Como la hipoteca no comporta el traslado de la posesión, se pudo admitir que se constituyera por un mero acto de voluntad del dueño, sin necesidad de entrega de la cosa, incluso por medio de una disposición de su testamento. En algunos negocios jurídicos, se llegó a considerar que por el hecho de celebrarlos se presumía la voluntad de constituir una hipoteca, por ejemplo cuando se conviene un arrendamiento de vivienda, se presume que el inquilino da los muebles que introduce a la vivienda en garantía del pago de la renta. En estos casos en que la hipoteca es resultado de una presunción jurídica de la voluntad de constituir las, se habla de «hipotecas tácitas».

Igualmente se pudo aceptar que la hipoteca se constituyera por una disposición legal, de modo que es la propia ley, no la voluntad del dueño, la que constituye la hipoteca en determinados supuestos, por ejemplo, un senadoconsulto dispuso que quien prestaba dinero para reparar un edificio tenía como garantía del pago del préstamo una hipoteca sobre el mismo edificio. Estas hipotecas, por ser constituidas por disposición legal, y no por un acto voluntario expreso o tácito, se denominan «hipotecas legales».

§ 192. *Concurrencia de hipotecas.*

Como la cosa hipotecada permanecía en manos del pignorante, era posible que éste diera la misma cosa en garantía a distintos acreedores, es decir que se diera una concurrencia de hipotecas (o de acreedores garantizados con hipoteca) respecto de una misma cosa. Esta concurrencia se resolvía conforme a la regla «primero en tiempo, mejor en derecho» (*prior tempore, potior iure*), dando preferencia a la hipoteca más antigua (que no es

necesariamente la que garantiza la deuda más antigua), de modo que el acreedor correspondiente era quien tenía la acción real para exigir la cosa y venderla. Sin embargo, esta preferencia temporal podía ser alterada por algunas hipotecas «privilegiadas», como la que tiene el fisco sobre el patrimonio del causante.

§ 193. *Derecho de ofrecimiento (ius offerendi) y sucesión en la preferencia hipotecaria (successio in locum).*

La garantía de los acreedores hipotecarios de rango posterior al primero, se reduce a la posibilidad de ofrecer (*ius offerendi*) el pago de su deuda al acreedor que está en primer lugar, quien no puede rechazar este ofrecimiento, y al quedar pagada su deuda se extingue su derecho de hipoteca; el acreedor de ulterior rango que pagó sucede en el lugar (*successio in locum*) preferente que tenía el que recibió el pago. Puede entonces reclamar la cosa con la acción real, venderla y cobrarse con el precio su propia deuda y lo que pagó al otro acreedor.

## 3ª Sección:

## ESTIPULACIONES

§ 194. *Introducción general a las estipulaciones.*

La estipulación es un acto verbal que consiste en una pregunta y una respuesta. La pregunta o estipulación la hace quien va resultar acreedor; la respuesta o promesa la hace quien va a resultar deudor. El acto, desde el punto de vista del acreedor se llama estipulación, y desde el punto de vista del deudor, promesa; es un negocio unilateral que genera una sola obligación a favor del estipulante y a cargo del promitente.

En esta sección se comprenden cuatro capítulos. En el primero se trata del acto mismo de la estipulación o promesa; en el segundo de los casos de las estipulaciones que no producen efecto (estipulaciones inválidas) y de las que son de objeto indeterminado; el tercero trata de casos en los que una estipulación se añade a un negocio preexistente (superposición de estipulaciones), y en el cuarto de las estipulaciones con pluralidad de deudores o de acreedores y las formas de garantía personal.

## XXI. ESTIPULACIÓN O PROMESA

§ 195. *Concepto de estipulación.*

La estipulación es la forma más común de contraer una obligación. Es un acto verbal, solemne, que consiste en la pregunta que hace el estipulante al promitente de si promete dar o hacer algo, a la que sigue la respuesta del promitente que simplemente dice «prometo». Por ejemplo, el estipulante pregunta «darme mil sestercios en treinta días, ¿prometes?» y el promitente responde «prometo».

Es un acto solemne que requiere el cumplimiento de una forma rígida que consiste en que la pregunta y la respuesta se hagan en Latín, y que en la pregunta y respuesta se use el verbo antiguo *spondeo* (*es, ere*) que significa prometer, de modo que la pregunta termine con la interrogación *spondes?*

(2ª persona) y que la respuesta diga solamente: *spondeo* (1ª persona). Posteriormente, todavía en época clásica, se admitió el uso de otros verbos, como *promittis? –promitto*, o *dabis? –dabo*, o *facies? faciam*.

§ 196. *Acciones de la estipulación.*

La estipulación genera una sola obligación a favor del estipulante, quien tiene una acción para exigirla. Si lo prometido es dar una cantidad cierta o una cosa determinada, el estipulante tiene la acción de objeto cierto (*actio certi*); si lo prometido es dar una cantidad o cosa indeterminada, tiene la acción de objeto incierto que se suele llamar «acción por lo estipulado» (*actio ex stipulatu*) para distinguirla de la acción de objeto incierto para reclamar un legado (*actio ex testamento*).

§ 197. *Carácter abstracto de la estipulación.*

Como la estipulación es un negocio formal es también abstracto, es decir que produce su efecto, la obligación, por el mero acto formal, sin necesidad de precisar cuál fue la causa por la que se hizo la estipulación. Podía ser que el estipulante y el promitente hicieran el acto porque el promitente había recibido en mutuo un dinero prestado, que ahora el promitente promete pagar con intereses; o porque el promitente quería donar esa cantidad al estipulante, o por cualquier otra causa. En todo caso, el promitente queda obligado a lo que prometió por el hecho de haber hecho la estipulación, independientemente de la causa por la cual la hizo.

§ 198. *La «aceptilación» (acceptilatio).*

La obligación que nace de la estipulación se contrae por el solo efecto de las palabras, sin necesidad de entregar alguna cosa, y por eso puede también deshacerse por las solas palabras, por medio de un acto verbal y abstracto que es la «aceptilación» (*acceptilatio*). Consiste también en una pregunta y una respuesta: el deudor pregunta al acreedor si aquello que le prometió lo tiene por pagado (*quod ego tibi promisi, habesne acceptum?*) a lo que el acreedor responde que lo tiene por pagado (*habeo*). El efecto es que la obligación queda extinguida por el solo acto, sin que importe si el acto se hizo porque la deuda estaba efectivamente pagada, o porque el acreedor quería remitirla gratuitamente, o por cualquier otra causa.

§ 199. *Contenido de la obligación derivada de la estipulación.*

El contenido de la obligación del promitente queda determinado en la pregunta que hace el estipulante: ahí indica, antes de la interrogación final, el objeto de la obligación, el plazo, la forma de pago, lugar de pago, una condición o término, etc. El promitente se limita a aceptar ese contenido, sin poder añadir modificaciones, diciendo simplemente «prometo». Si el promitente no se limitara a decir esa palabra y añadiera otras diferentes del contenido de la pregunta, su respuesta no sería congruente y, por lo tanto, la estipulación no produciría efecto.

§ 200. *Prueba de la estipulación.*

La estipulación requiere, por ser un acto verbal, la presencia de ambas partes; la obligación que contrae el promitente es simplemente el efecto del acto verbal. Pero para probar la existencia del acto, se solía hacer un documento (*testatio*), llamado «caución» (*cautio*), en el que se hacía constar la pregunta y la respuesta; el documento o caución solo servía para probar la existencia del acto verbal y la obligación que de él derivaba.

§ 201. *Estipulación sin causa*

Como la estipulación es un acto abstracto, el acreedor que reclama el cumplimiento de la obligación estipulatoria con la acción respectiva, sólo tiene que probar la existencia de la estipulación, para lo cual le basta exhibir el documento probatorio, sin tener que demostrar la existencia de la causa o convenio por el cual se hizo la estipulación. Sin embargo, si el demandado puede probar la falta de causa, puede oponer la excepción de dolo y salir absuelto.

La estipulación sin causa ocurre principalmente en los casos en que la estipulación se hace como consecuencia de un convenio de prestar al promitente la cantidad prometida. Si se hizo la estipulación, pero el acreedor no llegó a entregar al promitente la cantidad convenida, la estipulación carece de causa, y si el acreedor reclama el pago, el deudor puede oponer la excepción de dolo. Puede haber otros casos de estipulación sin causa, por ejemplo se estipuló pagar una cantidad que equivalía al precio de una compra, y después de hecha la estipulación las partes

decidieron resolver la compra; o alguien promete dar una cantidad como dote, pero no se verifica el matrimonio, etc.

§ 202. *Excepción de dinero no entregado* (*exceptio non numeratae pecuniae*).

La posición de quien había prometido pagar una cantidad que esperaba recibir prestada que finalmente no recibe, era desventajosa: él tenía que probar que se había convenido prestar la cantidad y que no la había recibido. Esta situación fue modificada por el emperador Caracalla, con el objeto de favorecer a los deudores.

Dispuso que el deudor a quien se le exigiera el pago de una cantidad prometida, podía oponer la «excepción de dinero no entregado» (*exceptio non numeratae pecuniae*), cuyo efecto era trasladar al acreedor la carga de la prueba, es decir hacía que él tuviera que probar que sí entregó la cantidad.

§ 203. *Querella de dinero no entregado* (*querella non numeratae pecuniae*)

Un paso más favorable al deudor fue la introducción de un recurso que él podía interponer, sin necesidad de esperar a ser demandado por el acreedor; fue la «querella de dinero no entregado» (*querella non numeratae pecuniae*). Por medio de este recurso, el deudor podía exigir al acreedor, en cualquier momento, que probara que había entregado el dinero que fue la causa de la estipulación; si no lo probaba, el acreedor no podría exigir el pago de la estipulación. La posibilidad de ejercer este recurso hacía que la estipulación, por decisión del deudor, dejara de ser un acto abstracto y se convirtiera en un acto causal.

Para ejercer la querella, el deudor tenía un plazo de un año, que luego se amplió a cinco y que Justiniano fijó finalmente en dos. Si el deudor no la interponía en el plazo establecido, se entendía que el deudor aceptaba que había recibido la cantidad, por lo que si el acreedor le demandaba el pago, el deudor ya no podría oponer ni siquiera la excepción de dolo. Esto hizo que la estipulación, transcurrido el plazo para interponer la querella, se convirtiera en un negocio absolutamente abstracto, que no admitía excepción alguna en contra.

§ 204. *La conversión de la estipulación en un negocio literal o escrito.*

Como lo más común era acompañar la estipulación con un documento probatorio, se llegó a considerar en el derecho posclásico, que la obligación la generaba el documento mismo, la caución, y no el acto verbal. A esto contribuyó también la práctica en las provincias de realizar documentos por los que una persona asumía una obligación, pero para ajustar el documento al derecho civil romano, que ya era aplicable a todos los habitantes del imperio cuando se les concedió la ciudadanía en el año 212, en los documentos se insertaba un párrafo en el que se decía que se había hecho una estipulación. El documento o caución ya es, desde la primera mitad del siglo tercero, el acto que produce la obligación.

A esta evolución también contribuyó la relajación paulatina de la forma del acto verbal, que no es necesaria cuando el acto es escrito, y que finalmente desaparece cuando el emperador León dispuso (a. 472) que ya no eran necesarias las palabras solemnes.

§ 205. *El antiguo negocio literal (transcriptio nominum).*

Hubo un negocio semejante a la estipulación, por ser formal y abstracto, pero de carácter escrito o literal. Se llamó *transcriptio nominum* («registro de deudas»), fue muy practicado en el siglo 1 a.C., y continuó practicándose en el siglo I d.C., pero dejó de usarse en el siglo II d.C.

Consistía en las anotaciones que hacía un banquero en sus libros de cuentas respecto de las cantidades efectivamente entregadas a sus clientes o recibidas de ellos. El mismo acto de anotar en los libros una cantidad como entregada (*expensa*) generaba en el cliente la obligación de pagarla, y el de anotar una como recibida (*accepta*), generaba la respectiva obligación en el banquero.

El banquero podía cobrar lo debido por medio de la acción de objeto cierto (*a. certi*), pero limitando su pretensión al saldo después de compensar lo recibido. Originalmente el banquero tenía que probar su crédito mostrando los libros, pero luego lo hacía por medio de documentos que reproducían lo que había en los libros.

Este negocio literal parece desaparecer para dar paso a la caución estipulatoria, por medio de la cual los acreedores, incluidos los banqueros, documentaban las cantidades prestadas.

---

## XXII. ESTIPULACIONES INVÁLIDAS E INDETERMINADAS

### § 206. *Invalidez de las estipulaciones.*

La estipulación pueden ser inválida, es decir no producir efectos, porque el acto mismo de la estipulación no se haya verificado por faltar algún requisito, por lo que se dice que la estipulación es «inexistente», o porque el acto tuvo lugar pero, por algún defecto, no produjo obligación, y se dice entonces que la estipulación es «ineficaz» o «inútil».

Aparte debe considerarse la posibilidad de impugnar una estipulación formalmente válida, por medio de una *in integrum restitutio*, por haber intervenido una amenaza, dolo o alguna de las otras causas previstas por el pretor.

### § 207. *Estipulaciones inexistentes.*

La estipulación es un acto formal que exige el cumplimiento de determinados requisitos de existencia. Si no se cumplen, aunque las partes hayan hecho una pregunta y una respuesta, la estipulación no existe.

Los requisitos de existencia son *a)* la capacidad de las partes y *b)* la racionalidad y congruencia del acto verbal. La inexistencia de la estipulación se da, en consecuencia, cuando faltan dichos requisitos.

La estipulación es inexistente por falta de capacidad de las partes: *i)* si interviene un sordo, un mudo o un loco; *ii)* un esclavo puede estipular, pero la acción la tiene su dueño; si el esclavo promete, obliga al dueño solo si éste lo autorizó, y si falta la autorización, el esclavo solo contrae una obligación natural.

Falta racionalidad o congruencia, y en consecuencia no hay estipulación, cuando: *i)* no se cumplen los requisitos formales, o *ii)* hay contradicción entre pregunta y respuesta; *iii)* cuando el objeto de la obligación es imposible (como dar la propiedad de un hombre libre), o *iv)* la obligación depende de una condición imposible; también se consideró inexistente *v)* la estipulación hecha a favor de un tercero, quizá por no estar él presente en el acto, pero esto se fue flexibilizando paulatinamente al admitirse

estipulaciones hechas a favor de un tercero en quien el estipulante tenía algún interés (por ejemplo por ser acreedor del estipulante).

§ 208. *Estipulaciones ineficaces o inútiles.*

Puede una estipulación cumplir con los requisitos de existencia, pero no producir su efecto, es decir no generar obligación, porque adolece de algún defecto. A este tipo de estipulaciones se les llama «estipulaciones ineficaces» o «inútiles». Son casos en los que hay estipulación formalmente válida, pero no hay obligación.

Algunos casos de estipulación ineficaz son: *i)* la estipulación llamada «*post mortem*», porque se condiciona a la muerte del estipulante, y el promitente tendría que pagar a los herederos y no al estipulante mismo; *ii)* la promesa hecha por un impúber, mayor de siete años, sin la autorización del tutor, o *iii)* la hecha por una mujer sin autorización de su tutor; *iv)* la promesa de objeto inmoral o ilícito, como la de cometer un delito o la de divorciarse; *v)* la promesa sujeta a condición inmoral o ilícita; *vi)* la promesa hecha para indemnizar un posible daño (como la *cautio damni infecti*), cuando el estipulante no es el propietario de la cosa amenazada; *vii)* la que repite una obligación estipulatoria idéntica (con el mismo objeto y mismos elementos); *viii)* las de dar cosas que no puede adquirir el estipulante, y *ix)* las estipulaciones cuyo cumplimiento, originalmente posible, se vuelve imposible.

En el caso de la estipulación de dar una cosa específica, si hay error en la determinación del objeto de modo que no se puede determinar individualmente, la estipulación se salva considerando que es de cosa genérica, por ejemplo si se trataba de dar un esclavo de determinado nombre, pero éste resulta confuso de modo que no se sabe quién es el esclavo que debe darse, la estipulación vale como estipulación genérica de dar un esclavo; y si ni siquiera se puede terminar el género, entonces la estipulación es ineficaz.

§ 209. *Estipulaciones indeterminadas.*

Son aquellas en las que se promete: *i)* dar una cantidad de un género, como cien costales de trigo, de modo que le toca al promitente determinar cuáles son los costales que va a entregar; y *ii)* dar un objeto alternativo, como un

esclavo o una cantidad de dinero, a elección del promitente, a menos que el estipulante se haya reservado el derecho de hacer la elección.

## XXIII. SUPERPOSICIÓN DE ESTIPULACIONES Y NOVACIÓN

### § 210. *Introducción*

Es claro que entre un mismo acreedor y deudor resulta absurdo deberse dos veces la misma cosa. Por eso cuando se hace una estipulación que repite el objeto y contenido de una estipulación anterior, se considera que la nueva estipulación es inútil. Sin embargo, hay casos en que se puede añadir o sobreponer una estipulación a una obligación anterior; son los casos de *i*) la estipulación que se añade al mutuo; *ii*) la estipulación penal, y *iii*) la novación.

### § 211. *Estipulación añadida al mutuo.*

Cuando se presta una cantidad de dinero, el mutuario queda obligado a devolverla, por causa del mismo préstamo. Pero se acostumbraba que el mutuario prometiera pagar esa misma cantidad, lo cual daba mayor seguridad al acreedor. Al hacerse la promesa no se especificaba que el dinero prometido era el mismo dinero mutuado, con lo cual se evitaba que la promesa extinguiera la obligación crediticia. Resultaba entonces que había una sola obligación (la de pagar cierta cantidad), con dos causas: el crédito y la promesa (*re et verbis*).

### § 212. *Estipulación penal.*

Es una estipulación en la que el promitente se obliga a pagar una cantidad de dinero como pena por el incumplimiento de una obligación anterior, por ejemplo, un vendedor que promete pagar al comprador una cantidad de dinero, en caso de (o sujeto a la condición de) no entregar la mercancía. Viena a ser una estipulación sujeta a la condición del incumplimiento de una obligación anterior.

La estipulación penal tiene un objeto distinto del que tiene la obligación anterior, por lo que no cabe decir que se debe dos veces el mismo objeto. Cuando se produce el incumplimiento, concurren dos acciones a favor del acreedor: la acción derivada de la obligación principal, que en el ejemplo sería la acción de compra, para exigir el cumplimiento de la obligación principal, y la acción derivada de la estipulación penal para exigir el pago

de la pena; es una concurrencia alternativa, por lo que el acreedor tiene que elegir y ejercer sólo una de las dos.

Es distinta la estipulación penal que se condiciona, no al incumplimiento de una obligación, sino a la demora en el cumplimiento, como la que puede hacer el arrendatario de pagar una cierta cantidad por cada semana de demora en el cumplimiento del pago de la renta; en este caso, hay una concurrencia cumulativa de acciones, de modo que el acreedor puede exigir, con la acción derivada del arrendamiento, el pago de la renta, y con la acción derivada de la estipulación penal, el pago de la pena por la demora en el cumplimiento.

### § 213. *Novación.*

Cuando se hace una estipulación que tiene expresamente el mismo objeto que otra obligación anterior, pero un elemento distinto, se produce una «novación», es decir se extingue la obligación anterior y subsiste la obligación causada por la estipulación. Por ejemplo, si un comprador promete pagar la cantidad que debe como precio, se extingue su obligación de pagar el precio, derivada del contrato de compraventa, pero queda obligado a pagar la cantidad prometida.

Se puede decir que la novación es la sustitución de una obligación anterior con una nueva que tiene el mismo objeto y algún elemento diferente. Para que una estipulación produzca el efecto novatorio, debe cumplir dos requisitos: *i*) que la nueva obligación tenga expresamente el mismo objeto que la obligación anterior; *ii*) que la nueva obligación tenga algún elemento nuevo, que puede ser un cambio de causa (por ejemplo lo debido por causa de contrato se hace debido por causa de estipulación), un cambio de algún elemento accidental (lugar, modo o tiempo de pago, etc.), o cambio de la persona del acreedor o del deudor.

### § 214. *Cambio de acreedor (delegatio) o de deudor (expromissio).*

La novación con cambio de acreedor era una forma de cesión de créditos, llamada «delegación» (*delegatio*). El acreedor original (acreedor delegante) autorizaba al deudor para que prometiera pagar a un nuevo acreedor (acreedor delegatario) lo mismo que debía al primero. El efecto de esta promesa era que se extinguía la obligación con el acreedor delegante, y el

deudor quedaba obligado a pagar al acreedor delegatario; esta promesa novatoria no podía hacerse sin autorización del acreedor delegante.

La novación con cambio de deudor era una forma de cesión de deuda (*expromissio*). Consistía en que un nuevo deudor prometía pagar al acreedor lo mismo que debía el deudor original; el efecto era que el deudor original quedaba liberado de su obligación, que asumía el nuevo deudor. Podía hacerse sin necesidad del consentimiento del deudor anterior.

§ 215. *La novación en el derecho posclásico.*

En el derecho clásico, el efecto novatorio se produce como consecuencia del acto formal de la estipulación (o también la *transcriptio nominum*) que genera una obligación con el mismo objeto de una obligación anterior. La imposibilidad lógica de que haya dos obligaciones con el mismo objeto, hace que se tenga como extinguida la obligación anterior y que subsista la obligación estipulatoria porque tiene un elemento nuevo.

Cuando desapareció la estipulación como un negocio formal y se convirtió en un documento informal que expresa un convenio de obligarse, la novación es simplemente el efecto de la intención de cambiar una obligación por otra, es decir de lo que se llamó el *animus novandi*. Se consideró entonces que cualquier convenio de obligarse puede producir efecto novatorio y que se pueden extinguir obligaciones anteriores aunque no tengan el mismo objeto que la nueva obligación, siempre que exista el *animus novandi*, que Justiniano exigió que se declarara expresamente.

## XXIV. ESTIPULACIONES SOLIDARIAS Y GARANTÍAS PERSONALES

### § 216. *Introducción.*

Cuando en una obligación existan varios deudores o varios acreedores se dice que es una obligación solidaria. Si hay pluralidad de deudores, se habla de solidaridad pasiva, si de acreedores, solidaridad activa. La solidaridad se puede producir por efecto de la sucesión hereditaria, y se habla entonces de «solidaridad material», o como consecuencia de algún acto jurídico y se habla entonces de «solidaridad formal».

### § 217. *Solidaridad material.*

A la muerte de un deudor o de un acreedor, sus herederos adquieren la deuda o el crédito respectivo. Si la obligación era divisible, por ejemplo la de pagar una cantidad de dinero, se divide en tantas obligaciones como herederos. En consecuencia cada uno de los herederos del deudor adquiere la obligación de pagar una parte de la cantidad debida; el acreedor tiene una acción contra cada uno de ellos, la obligación original se ha dividido, por efecto de la sucesión hereditaria, en tantas obligaciones como herederos. Lo mismo sucede en la herencia del acreedor, la obligación se divide, de modo que hay varios acreedores que pueden exigir al único deudor una parte de la cantidad originalmente debida.

En cambio, si la obligación es indivisible, como son todas las obligaciones de hacer, por ejemplo, la de construir una casa, a la muerte del deudor o acreedor la obligación permanece indivisa. Por lo tanto, si murió el deudor y le suceden tres herederos, el acreedor podrá cobrar, a cualquiera de los tres, el total de la deuda, pero una vez que uno pague los demás quedan liberados; y si murió el acreedor, cualquiera de sus herederos puede exigir al deudor el cumplimiento de toda la obligación.

### § 218. *Solidaridad formal.*

Por medio de una sola estipulación puede contraerse una obligación solidaria, por haber varios promitentes, o varios estipulantes, o por haber varios promitentes y varios estipulantes. Se alcanza la solidaridad pasiva,

cuando varios promitentes dan la misma respuesta, a coro o sucesivamente, a la pregunta del estipulante; se forma la solidaridad activa, cuando varios estipulantes hacen, a coro o sucesivamente, la misma pregunta a la que se adhiere el promitente; se da la solidaridad activa y pasiva cuando intervienen varios estipulantes que preguntan y varios promitentes que responden.

En cualquier caso de solidaridad existe una sola obligación. En consecuencia, en el caso de solidaridad pasiva, el acreedor tiene una acción para exigir a cualquiera de los deudores solidarios el cumplimiento pleno, pero una vez que el acreedor ejerce su acción, y llega a la *litis contestatio* con uno de los deudores, por el efecto consuntivo de la *litis contestatio* se extingue la obligación solidaria, de modo que los demás quedan liberados, y el acreedor solo podrá exigir el cumplimiento de la sentencia, y eventualmente el cumplimiento coactivo, al deudor demandado. En el caso de solidaridad activa, cualquiera de los acreedores puede exigir el pago total al deudor, pero una vez que uno llega a la *litis contestatio*, los demás acreedores ya no tienen acción.

§ 219. *Acciones entre co-deudores o co-acreedores.*

Por el hecho de preguntar o responder colectivamente para formar una obligación solidaria, no se genera ninguna relación entre los co-estipulantes ni entre los co-promitentes. Pero ordinariamente existen previamente entre ellos alguna otra relación jurídica, por ejemplo de mandato o sociedad, por la cual podrán exigirse lo que a cada uno corresponda de lo cobrado o lo pagado.

§ 220. *Formas de garantía personal.*

La solidaridad pasiva se utilizaba como forma de garantía personal, que daba al acreedor la posibilidad de cobrar el total de una deuda a cualquiera de los deudores. La garantía se podía obtener por medio de una estipulación solidaria en la que dos promitentes respondían al mismo tiempo (a coro) o con un breve intervalo (sucesivamente) al estipulante. Pero se idearon otros modos para obtener una garantía personal solidaria respecto de una obligación ya contraída con un solo deudor. Estos fueron la *adpromissio*

(promesa adjunta) y la *fideiussio* (autorización de deuda ajena), que son las figuras antecedentes de la fianza actual.

§ 221. *La adpromissio o promesa adjunta.*

Es la promesa que hace un tercero de pagar al acreedor de otra promesa lo mismo que le había prometido el deudor original. Como consecuencia de la *adpromissio* se produce una solidaridad pasiva, pues el acreedor puede exigir el cumplimiento al deudor original o al *adpromissor* o fiador.

La *adpromissio* no produce efecto novatorio, como lo haría una promesa que tuviera el mismo objeto y como elemento diferente un nuevo deudor (o *expromissio*), porque el fiador no se obliga a pagar el mismo objeto debido, sino a cumplir la misma promesa: no promete pagar «aquello que Ticio debe» (*id quod Titius debet*), sino pagar «aquello que Ticio prometió» (*id quod Titius promissit*). Por esta referencia a la promesa, la *adpromissio* requiere de la existencia de la promesa original.

§ 222. *Régimen de la adpromissio.*

Esta se realiza por medio de la promesa en su forma antigua (*sponsio*), cuando es entre ciudadanos; si intervienen extranjeros (*peregrini*), se utiliza una forma de promesa más libre que se llama *fidepromissio*, la cual es una promesa cuya obligatoriedad no depende de la forma, sino de la lealtad a la palabra o *fides*.

Solo sirve para garantizar deudas provenientes de una estipulación, porque el fiador se obliga a lo que el deudor original «prometió»; en consecuencia la deuda del fiador es de objeto cierto o incierto según lo sea la promesa original.

La responsabilidad del *adpromissor* se fue suavizando paulatinamente, quizá con la finalidad de hacer más accesible la garantía. Primero se consideró que la deuda del fiador era intransmisible a sus herederos, lo cual evidentemente limitaba la garantía. Por medio de una ley (en realidad plebiscito) llamada *Furia de sponsu* (s.III a.C.) se fue limitando más esa responsabilidad: estableció que la adpromisión hecha en Italia caducaba a los dos años; dispuso que el fiador que pagaba al acreedor tenía una acción «de regreso», la *actio depensi* («acción de lo pagado»), para exigirle al

deudor el reembolso de lo pagado; e impuso, en caso de haber varios *adpromissores* respecto de una misma deuda, que la deuda se dividiera entre ellos, de modo que el acreedor debía exigir su parte a cada uno.

§ 223. *Una nueva garantía: la fideiussio.*

Los juristas inventaron otra forma de garantía personal por medio de una promesa no formal, que fue la *fideiussio*. Se hacía también por medio de una pregunta y una respuesta, pero el fundamento de la obligación que asumía el fiador no era la forma, sino la lealtad a su propia palabra o *fides*. El acreedor le preguntaba «¿avalas con tu propia palabra aquello que Ticio debe?» (*Id quod Titius debet fide tua iubes?*), a lo que el fiador respondía «avaló eso con mi palabra» (*id fide iubeo*). El acto no era propiamente una estipulación porque carecía de la forma necesaria y, por lo tanto, aunque había identidad de objeto de la deuda original y de la promesa de garantía, no producía efecto novatorio.

§ 224. *Ventajas de la fideiussio.*

Esta nueva promesa de garantía tenía varias ventajas: por estar basada en la *fides* y no en la forma, era accesible a los extranjeros; como el fiador asumía pagar lo que el deudor original debía, sin explicar la causa por la que lo debía, podía garantizar deudas provenientes de cualquier causa, a diferencia de la *adpromissio* que solo garantizaba deudas provenientes de promesas. Tenía además la ventaja, para los acreedores, de que la responsabilidad del fiador no estaba limitada: era transmisible a los herederos, y no estaba sujeta a un plazo de caducidad.

Sin embargo, tenía dos desventajas en relación con la *adpromisión*: la falta de división de la deuda entre cofiadores y de la acción de regreso contra el deudor.

§ 225. *División de la deuda en la fideiussio.*

Existían dos desventajas para los *fideiussores* que no se beneficiaban con las facilidades que dio la ley a los *adpromissores*. Una es que en caso de haber varios que garantizaban la misma deuda, no se repartía la responsabilidad entre ellos, y el acreedor podría cobrar el total a cualquiera. Este inconveniente se superó por medio de una disposición (*epistula*) del

emperador Adriano que ordenó que la deuda se dividiera, no entre todos los cofiadores, sino solo entre los que fueran solventes al momento de la *litis contestatio*.

§ 226. *La acción de regreso en la fideiussio.*

La falta de acción de regreso a favor del fiador para que el deudor le reembolsara lo que aquél pagaba se fue solucionando por diversos medios. Primero se usó que el fiador, al momento de pagar, le pedía al acreedor que le cediera su acción en contra del deudor, de modo que el fiador pudiera así recuperar lo que pagaba; la cesión de la acción se hacía por medio de un «mandato en provecho propio» (*procuratio in rem suam*), que consistía en que el acreedor que recibía el pago daba al fiador el mandato de cobrar al deudor, con el pacto de que el mandatario podía retener lo cobrado. Sin embargo, este sistema dependía de que el acreedor quisiera hacer la cesión de acción al fiador.

Para asegurar que el fiador tuviera acción de regreso, la jurisprudencia interpreta que el fiador que paga, lo hace en cumplimiento de un mandato de pagar que le dio el deudor, por lo que tiene, a nombre propio, la acción de mandato, como mandatario, en contra del deudor (mandante), para exigirle el reembolso de lo que le costó cumplir el mandato.

§ 227. *La fianza en la época de Justiniano.*

La *fideiussio* fue desplazando paulatinamente a la *adpromissio*, y en época de Justiniano ya solo se usa la *fideiussio*. Pero ha habido un cambio notable: originalmente la deuda que asumía el fiador (por *adpromissio* o por *fideiussio*) era una deuda solidaria, de modo que el acreedor podía demandar el pago directamente al fiador o al deudor, a quien él eligiera, pero una vez que llegaba a la *litis contestatio* con uno de ellos, la acción se extinguía respecto del otro. En el derecho del tiempo de Justiniano ya ha desaparecido el efecto consuntivo de la *litis contestatio*, por lo que se pudo configurar la fianza como una obligación subsidiaria, es decir que el fiador respondía de lo que el deudor no hubiera podido pagar, por lo que el acreedor tenía que demandar primero al deudor, y luego podía demandar al fiador por lo que no hubiera podido cobrar del primero.

Las nuevas reglas (o régimen) que se aplican a la fianza se concentran en los tres «beneficios» siguientes (que siguen utilizándose hoy): *i*) el «beneficio de excusión», es decir que el fiador puede excusarse de pagar mientras no se agoten las posibilidades de pago del deudor principal; *ii*) el «beneficio de división», por el cual se entiende dividida la deuda entre los cofiadores solventes al momento de la sentencia, y *iii*) el «beneficio de cesión de acciones», por el cual se entiende que el fiador que pagó, tiene contra el deudor, como acción de regreso, sin que sea necesaria una cesión expresa, la acción que el acreedor tenía contra él.

§ 228. *Otras formas de garantía personal.*

Además de la *adpromissio* y la *fideiussio* hubo otras formas de garantía personal, es decir actos por los que una tercera persona intervenía para responder por un deudor. Ya se mencionaron el *constitutum* de deuda ajena, así como la garantía similar que daba el banquero: el *receptum argentarii*. También podía garantizarse una deuda mediante una «estipulación de indemnidad», por la que un fiador prometía pagar lo que el deudor no pagara; o por medio de una promesa solidaria de dos o más deudores; o por una estipulación penal por la que un tercero se obligaba a pagar una pena si el deudor principal no cumplía; podía también garantizarse una deuda por medio de un «mandato de prestar» (*mandatum pecuniae credendi*, también llamado *mandatum qualificatum*), por el que quien daba el mandato de prestar, quedaba obligado a indemnizar al mandatario si el deudor, a quien le prestó el dinero no le pagaba.

§ 229. *Senadoconsulto Veleyano.*

Las diferentes formas en que una persona garantiza una deuda ajena fueron llamados actos de «intercesión», es decir actos en que uno interviene a favor del deudor. Un senadoconsulto llamado Veleyano (s I d.C.) prohibió que las mujeres realizaran actos de intercesión.

El efecto del senadoconsulto no fue anular el acto en que interviniera la mujer, sino dar excepciones o acciones para que el acto quedara sin efecto. Si la mujer intervenía directamente como fiadora, el senadoconsulto le daba una excepción (*exceptio sc. Veleiani*) para defenderse de la acción del acreedor.

Si el acto de intercesión de la mujer había llevado a la extinción de la acción contra el deudor, por ejemplo si ella hacía una estipulación novatoria para extinguir la obligación del deudor y quedar ella como nueva deudora, el pretor le daba al acreedor la acción que tenía originalmente contra el deudor, con la ficción de que no ha habido novación; se llamaba a esta acción «restitutoria» porque el pretor le restituía al acreedor la acción que había perdido.

Cuando la mujer asumía una obligación para beneficiar a otro que no quedaba directamente obligado, por ejemplo si la mujer recibía un dinero prestado que entregaba a otro, el pretor daba al acreedor una acción en contra de quien se benefició, con la ficción de que él mismo era el deudor, si la mujer podía oponer al acreedor la excepción del senadoconsulto; como en este caso el pretor instituía a favor del acreedor una acción que originalmente no tenía, se llamó a ésta acción «institutoria».

§ 230. *Una solidaridad activa: la adstipulatio.*

Es un acto por el que se añade un nuevo acreedor a una obligación ya existente. Consiste en una nueva estipulación, en la que el «adstipulante» estipula del deudor lo mismo que había estipulado el acreedor original. El resultado es que el deudor tiene dos acreedores a quienes pagarle, y cada acreedor tiene acción para exigirle el pago total, pero una vez que el deudor paga a uno (o llega a la *litis contestatio*) se extingue la acción del otro. La acción del adstipulante, lo mismo que la deuda del adpromitente, era intransmisible a sus herederos. La adstipulación parece haber servido en el Derecho clásico para hacer eficaz una estipulación *post mortem*, que en principio es inútil, pero cuando interviene un adstipulante él puede exigir el pago a la muerte del acreedor original.

#### 4ª Sección : CONTRATOS

##### § 231. *Introducción a esta sección.*

Los contratos son convenios que producen obligaciones recíprocas, en las que ambas partes son acreedoras y deudoras, como en el contrato de compraventa en que el comprador es acreedor de la mercancía y deudor del precio, y el vendedor es acreedor del precio y deudor de la mercancía; lo mismo sucede en los demás contratos, como el arrendamiento, el mandato, etcétera. Por el hecho de que los contratos generan obligaciones recíprocas, se distinguen radicalmente de las otras fuentes de obligaciones (delitos, préstamos y estipulaciones) que dan lugar a obligaciones unilaterales.

Por la reciprocidad obligacional propia de los contratos, las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales tienen características especiales y se denominan «acciones de buena fe», para distinguirlas de las acciones con las que se exigen las obligaciones unilaterales y que son llamadas «acciones de derecho estricto».

Esta sección se inicia con un capítulo general sobre las obligaciones contractuales y las acciones de buena fe, y prosigue con capítulos especiales para cada uno de los contratos típicos: fiducia, depósito, mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento.

#### XXV. CONTRATOS Y ACCIONES DE BUENA FE

##### § 232. *Las acciones de buena fe.*

Estas acciones se encuentran en el título XIX del Edicto del pretor urbano. Se llaman de «buena fe» (*bona fides*) porque exigen del deudor un mayor cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones (*bona fides*, como una *fides* calificada) que el que exigen las acciones de derecho estricto. Esto se explica por el hecho de que cada uno de los contratantes se obliga por causa de la obligación que asume el otro, por ejemplo, el vendedor se obliga a entregar la mercancía porque el comprador se obliga a pagar el precio, y viceversa; ambas partes confían en que la otra cumplirá su obligación, y

esta confianza recíproca hace que las partes deban tener un mayor cuidado, o «diligencia», para cumplir sus obligaciones contractuales que el que tienen en las obligaciones unilaterales.

Como consecuencia de ese mayor cuidado en el cumplimiento, propio de las obligaciones contractuales, las acciones de buena fe permiten exigir al deudor mayor responsabilidad en caso de incumplimiento, pues la condena no se limita al valor de la prestación omitida, sino que se refiere al interés que tenía el actor en que se cumpliera oportunamente la obligación.

En general, las acciones de buena fe se caracterizan porque le dan al juez una mayor libertad para fijar la condena que las acciones de derecho estricto. Esta mayor libertad le permite: *i)* hacer compensación de deudas recíprocas; *ii)* tomar en cuenta todas las excepciones; *iii)* estimar con más flexibilidad la responsabilidad del demandado, y *iv)* considerar el interés del actor

§ 233. *Compensación de deudas recíprocas.*

El juez, en una acción de buena fe, debe tomar en cuenta las obligaciones recíprocas. Por eso, antes de condenar al demandado que ha incumplido, debe analizar si el actor no debe algo al demandado por causa del mismo contrato, y condenar al demandado sólo al saldo después de compensar lo que eventualmente el actor le debiera.

Esta compensación de deudas recíprocas provenientes de un mismo contrato (*ex pari causa*) será posteriormente ampliada por Justiniano quien admite la compensación de deudas provenientes de diferentes causas (*ex dispari causa*).

§ 234. *Consideración de todas las excepciones y todos los pactos.*

En las acciones de derecho estricto, el juez toma en consideración únicamente las excepciones que se habían insertado en la fórmula. En cambio, en las acciones de buena fe, el juez debe tener en cuenta todas las excepciones habidas aunque no se hayan incluido en la fórmula.

Como las excepciones provienen principalmente de los pactos, ese criterio hace que el juez tenga en cuenta todos los pactos que hayan hecho las partes al momento de convenir el contrato (*in continenti*) o posteriormente (*ex*

*intervalo*), por medio de los cuales se determina el contenido de las obligaciones contractuales.

§ 235. *La responsabilidad del demandado: culpa contractual.*

Para determinar si el demandado es responsable de incumplimiento el juez, en primer lugar, observa la situación del demandado, no al momento de la *litis contestatio*, como en las otras acciones, sino al momento en que va a dictar la sentencia; esto le permite al demandado salir absuelto si cumple antes de que el juez dicte la sentencia, por lo que se dice que los juicios de buena fe son siempre absolutorios (según dice la regla: *omnia bonae fidei iudicia sunt absolutoria*).

Si se demuestra que hay incumplimiento, el juez condena al demandado, a no ser que el cumplimiento se hiciera imposible sin «culpa» del demandado, por ejemplo que la cosa específica que el vendedor debía entregar se hubiera perdido por un terremoto u otro caso fortuito.

La «culpa» en las obligaciones contractuales se entendió como la falta de cuidado o diligencia, es decir la negligencia, para cumplir. El grado de cuidado o diligencia que se exige a las partes, varía según el tipo contractual, el interés o utilidad de cada parte en el contrato y lo que ellas hubieran convenido. En el contrato de depósito, por ejemplo, el depositario que gratuitamente guarda una cosa ajena, solo responde por su dolo, es decir por los actos que él hubiera hecho para impedir la devolución de la cosa, pero pueden las partes convenir que responda por la culpa, que incluye la responsabilidad por no haber tenido el suficiente cuidado para preservar y devolver la cosa; en cambio, en la compraventa, el vendedor responde por la custodia de la cosa vendida aun no entregada, lo que implica que es responsable si no la puede entregar porque un tercero la robó.

En una acción de buena fe, el actor tiene que demostrar el incumplimiento, y le corresponde al demandado demostrar que el cumplimiento se ha vuelto imposible sin su culpa.

§ 236. *Interés del actor en el cumplimiento.*

Para fijar la condena en una acción de buena fe, el juez debe tener en cuenta, no el valor de la prestación debida, sino el interés del actor en que la obligación fuera cumplida oportunamente. Este criterio permite que el juez considere la pérdida patrimonial sufrida por el actor o «daño emergente» y también lo que dejó de ganar o «lucro cesante» por causa del incumplimiento, por ejemplo, el comprador que no recibió las mercancías podría proponer como daño emergente el precio o parte del precio ya pagado, los gastos que hizo para recibir y almacenar las mercancías y otros más, y, como lucro cesante, lo que dejó de ganar por no haber revendido las mercancías.

Puede además el juez condenar al demandado a restituir el valor de los frutos percibidos desde el momento de la mora, por ejemplo si el vendedor de un rebaño de ovejas percibe la lana después de haber incurrido en mora; o a pagar intereses moratorios si la deuda es de dinero.

§ 237. *Reciprocidad de los juicios de buena fe.*

Mientras que en las acciones o juicios de derecho estricto, la acción la tiene sólo una de las partes, en los juicios de buena fe, cada parte tiene acción, por lo que cualquiera de ellas puede iniciar el juicio. Por eso se dice que los contratos son «sinalagmáticos» o recíprocos.

En los contratos en los que ordinariamente es una la parte que demanda, como en el depósito que suele ser el depositante quien reclama, las acciones contractuales tienen un solo nombre, pero se califica como «directa» la que más suele usarse, y como «contraria» la otra; por ejemplo, en el depósito, la acción del depositante es la acción de depósito directa, y la del depositario la acción de depósito contraria. A estos contratos se les llama «sinalagmáticos imperfectos».

En los contratos más simétricos en que es igualmente probable que la acción proceda de una parte o de la otra, como en la compraventa o el arrendamiento, cada acción tiene nombre propio; por ejemplo, corresponde al vendedor la acción de venta y al comprador la acción de compra. De estos contratos se dice que son «sinalagmáticos perfectos».

§ 238. *Tipos contractuales.*

En concreto, los contratos que se reconocen en el Edicto del pretor son: el contrato de «fiducia», que es el más antiguo y, aunque era un negocio formal, sirvió como punto de partida para los otros contratos; el contrato de depósito, que requería la entrega de la cosa para que surgiera la obligación de devolver, y los cuatro contratos consensuales: mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento.

§ 239. *Clasificación de los contratos en onerosos y gratuitos.*

No obstante que todos los contratos generan obligaciones recíprocas, en algunos hay un equilibrio en el interés económico de las partes, por lo que se les llama «contratos onerosos», que son la sociedad, la compraventa y el arrendamiento. Hay otros en los que una de las partes no tiene interés económico, por lo que se les llama «gratuitos», como la fiducia, el depósito y el mandato.

§ 240. *Contratos con persona determinada (in tuitae personae).*

Todos los contratos implican la confianza recíproca, pero en mayor grado los contratos gratuitos, en los que una parte se obliga sin tener utilidad económica, y en el contrato de sociedad, que supone una interacción más o menos prolongada entre los socios. De estos contratos se dice que se hacen con «persona determinada» (*in tuitae personae*), y tienen como regla propia que cualquiera de las partes puede resolverlo, es decir deshacerlo, por su sólo declaración unilateral.

§ 241. *Contratos consensuales.*

Son aquellos contratos que se perfeccionan, es decir que generan obligaciones, por el mero consentimiento de las partes, sin que sea necesaria la entrega de una cosa o el cumplimiento de una forma. En concreto, los contratos consensuales fueron el mandato, la sociedad, la compraventa y el arrendamiento.

La idea de que el solo consentimiento genera las obligaciones es otra aportación genial de los juristas romanos a la cultura jurídica universal. Es posible que la idea surgiera a partir de la práctica de que las partes, para asegurar el cumplimiento de un convenio de compraventa que no obligaba

por sí mismo, hacían promesas recíprocas: el vendedor prometía entregar la mercancía y el comprador prometía pagar el precio, de donde se pudo inferir que la causa real de las obligaciones no era tanto la promesa formal cuanto la reciprocidad de las obligaciones, ya que cada obligación tenía como causa la obligación recíproca, y como consecuencia se pudo concluir que el sólo convenio de obligarse recíprocamente era suficiente, sin necesidad de forma alguna, para generar las obligaciones.

§ 242. *Efectos de la consensualidad contractual.*

En los contratos de perfeccionamiento consensual, si bien el mero consentimiento genera las obligaciones, el contenido de éstas se determina por los pactos que las partes hacen al momento de convenir el contrato o posteriormente; por ejemplo, la obligación del vendedor de entregar una mercancía, se puede ir precisando mediante pactos sobre la fecha, lugar o modo de entrega, o la obligación del comprador de pagar el precio, por pactos sobre el tiempo o la forma de pago. Por eso se dice que los pactos contractuales, a diferencia de los pactos en obligaciones unilaterales que solo generan excepciones, son exigibles por medio de las acciones contractuales.

La misma consensualidad hace que se entienda que las partes convienen todo aquello que es costumbre convenir en un determinado tipo contractual, por ejemplo que el vendedor responde por la «evicción», es decir si el comprador pierde ante un tercero en un juicio reivindicatorio respecto de la cosa comprada.

Como las obligaciones se generan por el solo consentimiento, también pueden deshacerse o resolverse por el consentimiento «resolutorio» (*contrarius consensus*) de las mismas partes, o puede pactarse que una de ellas tenga la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato (*dissensus*), sujeta a una condición suspensiva, por ejemplo el comprador que compra reservándose la posibilidad de resolver el contrato si la cosa no le sirve para un fin específico. En los contratos en persona determinada, se entiende que cualquiera de las partes puede resolver unilateralmente el contrato.

Cuando se resuelve un contrato y las partes ya se han dado algo por causa del mismo, las acciones contractuales subsisten para que las partes puedan exigirse la restitución de lo que se hubieran dado.

§ 243. *El error en los contratos.*

La validez de los contratos depende de la efectiva coincidencia de las voluntades de los contratantes, de modo que el error en uno de ellos hace inválido el contrato; si, por ejemplo, el comprador quiere comprar un predio y el vendedor, por error, entiende que es otro, no hay contrato porque no hay coincidencia de voluntades.

Para salvar el error, cuando es posible, se procura interpretar el contrato. La interpretación, por una parte, pretende determinar cuál fue el tipo contractual realmente querido por las partes, si por ejemplo dijeron que acordaron un arrendamiento cuando en realidad era una compraventa, se interpreta que el contrato vale como compraventa. La interpretación también procura determinar cuál fue la voluntad efectiva de los contratantes, de modo que si, por ejemplo, hubiera duda de si se referían a una cosa específica (al esclavo Pánfilo o al esclavo Estico), se puede interpretar que se refiere a una cosa genérica (un esclavo).

§ 244. *Las arras contractuales.*

En el derecho helenístico, que no conocía el perfeccionamiento consensual de los contratos, era práctica común que uno de los contratantes diera al otro una cantidad de dinero o «arras», como garantía del cumplimiento de un convenio que no es por sí mismo obligatorio; si la parte que dio las arras no cumplía, la otra podía retenerlas, pero no podía exigir el cumplimiento. Por influjo helenístico se introdujo en el Derecho romano esta costumbre, pero las arras sólo tenían aquí valor probatorio, eran un signo del consentimiento alcanzado.

Posteriormente, Justiniano consideró que las arras podían seguir funcionando como prueba de un contrato que debe cumplirse, pero también como un modo de compensar el desistimiento de una parte de cumplir el contrato; por ello estableció que el que había recibido las arras, si el otro no cumplía, podía, o exigir el cumplimiento con la acción contractual, o quedarse con las arras; y que quien dio las arras, si el otro no cumplía, tenía la posibilidad

de, o exigir el cumplimiento de la obligación contractual, o exigir la devolución de las arras y otro tanto más.

## XXVI. CONTRATO DE FIDUCIA

§ 245. *Concepto.* La fiducia es un contrato formal por el que un propietario, fiduciante, da la propiedad de una *res mancipi*, por medio de una *mancipatio* o una *in iure cessio*, a un fiduciario, que se obliga a restituir esa cosa al fiduciante o a una persona que éste designe.

Este contrato desaparece al mismo tiempo (s. II d.C.) que dejan de usarse la *mancipatio* y la *in iure cessio* a las que estaba necesariamente ligado.

§ 246. *Obligaciones del fiduciario y del fiduciante.*

El fiduciario tiene la obligación de restituir la cosa, en la forma y momento que las partes convengan en el pacto de fiducia. En tal pacto se determina cómo debe comportarse el fiduciario respecto de la cosa, por ejemplo si la puede usar o no, si solo la va a guardar o va a hacer en ella alguna obra, etcétera, y en qué momento deberá restituirla y a quién deberá hacerlo.

El fiduciante tiene la obligación de reembolsar los gastos que hubiera hecho el fiduciario para la conservación o cuidado de la cosa de acuerdo con lo convenido.

§ 247. *Acción de la fiducia.*

Para exigir al fiduciario la restitución de la cosa, el fiduciante tenía una acción civil, la acción de fiducia (*actio fiduciae*), que fue la primera acción de buena fe, y que sirvió como modelo a las siguientes acciones contractuales. Como era lo más previsible que fuera el fiduciante quien ejerciera la acción se calificaba como acción «directa» cuando él la empleaba.

El fiduciario tiene la misma acción, calificada como «contraria» para reclamar el reembolso de los gastos, pero podía más fácilmente exigirlos esperando a ser demandado por la acción directa del fiduciante y oponer entonces, como excepción, su derecho a retener la cosa mientras el fiduciante no le reembolse los gastos. Si omitió hacer uso de este derecho, necesitaba de la acción para exigirlos.

§ 248. *Fiducia con un amigo (cum amico) o con un acreedor (cum creditore).*

Por razón del contenido del pacto de fiducia, se distinguían dos clases de fiducia. Cuando se hacía con un amigo, la cosa se le daba para que la guardara, la usara o para que hiciera algo con ella y, en todo caso, la restituyera posteriormente. Este tipo de fiducia fue desplazado por la aparición de los negocios típicos de depósito, comodato o mandato por los que se podían alcanzar esos fines.

La fiducia que se hacía con el acreedor era un negocio de garantía: se le daba la cosa en propiedad para que la restituyera cuando se pagara la deuda. El acreedor fiduciario adquiría la propiedad de la cosa que recibía, sin embargo no podía disponer de ella porque tenía la obligación de restituirla. Solía convenirse que el fiduciante autorizaba al fiduciario a vender la cosa y cobrarse con el precio, pero, si hubiera algún excedente, tendría que restituirlo, con lo que se lograba lo mismo que en una prenda con pacto *de vendendo*; o podía convenirse que el fiduciante, si la deuda no se pagaba oportunamente, renunciaba a su acción de fiducia con lo que el fiduciario podría disponer libremente de la cosa.

§ 249. *Usucapión abreviada de la cosa fiduciada.*

Como el fiduciante está destinado a recuperar la propiedad de la cosa fiduciada, se concluyó que cuando él recuperara la posesión de la misma, bastaría con que la poseyera durante un año, fuera mueble o inmueble, para que adquiriera la propiedad civil. A esta forma abreviada de usucapión, se le llamó *usureceptio fiduciae* (recuperación por la posesión de la cosa fiduciada).

## XXVII. DEPÓSITO.

§ 250. *Concepto.*

El depósito es un contrato por el que una persona (depositante) entrega a otra (depositario) una cosa mueble para que la guarde gratuitamente hasta que el depositante se la pida.

§ 251. *Evolución del depósito.*

Originalmente se consideraba que la conducta del depositario que no devuelve la cosa cuando se la pedían, cometía un hurto, por lo que podía exigírsele responsabilidad con la acción de hurto. Cuando la jurisprudencia concluye que para que exista robo se requiere el apoderamiento clandestino de la cosa (*contrectatio*), la acción de hurto no parecía posible contra el depositario que la había recibido, no sustraído. Entonces el pretor dio una acción *in factum* contra el depositario infiel, que tiene algunos rasgos penales, pues es infamante y pasivamente intransmisible; aparece entonces el depósito configurado, como el comodato, como un préstamo pretorio sancionado por una acción *in factum*. En la última etapa clásica, el depósito aparece sancionado con una acción civil de buena fe, llamada acción de depósito (*actio depositi*) y configurado como un contrato.

§ 252. *Obligación del depositario.*

El depositario debe restituir la cosa en cuanto se la pida el depositante. Como él no tiene interés económico, responde ordinariamente del incumplimiento de esta obligación sólo cuando ha habido dolo de su parte, de modo que no responde si no puede devolverla porque se perdió por un descuido suyo (no responde por culpa) o porque la robaron (ni por la custodia). Para exigir el cumplimiento de esta obligación el depositante tiene la acción de depósito directa.

Como la acción de depósito es de buena fe, permite exigir al depositario responsabilidad por culpa en algunos supuestos: *i*) cuando las partes lo pactaron (incluso podían pactar que respondiera por custodia); *ii*) cuando el depositario se ofrece espontáneamente a guardar la cosa, lo que hace suponer que él puede tener algún interés en hacerlo, o *iii*) cuando el

depósito se hace en interés exclusivo del depositario, por ejemplo cuando se le dejan unas joyas en depósito, con el pacto de que si necesita dinero puede venderlas y tener el dinero del precio recibido como dinero prestado.

§ 253. *Obligación del depositante.*

El depósito es un contrato gratuito, de modo que el depositante no tiene obligación de pagar un precio al depositario por el servicio de guardar la cosa. Si se conviniera un precio, entonces se trataría de otro contrato, un arrendamiento de obra.

El depositante tiene la obligación de indemnizar los gastos y daños causados al depositario. Para exigir el cumplimiento de esta obligación, el depositario puede retener la cosa mientras no se le indemnice, pero si no hace uso de su derecho de retención, tiene la acción de depósito, en función de contraria, para exigirlos al depositante.

§ 254. *Depósito irregular.*

El depósito suele versar sobre cosas específicas, porque la obligación del depositario es devolver exactamente lo que recibió. Podría el depositario recibir una cosa fungible, como una cantidad de monedas, o unas botellas de vino, pero sólo si estuvieran debidamente especificadas, por ejemplo guardadas las monedas en un saco cerrado o marcadas las botellas con señales visibles.

No obstante, la jurisprudencia llegó a admitir el depósito de una cantidad de dinero, en que el depositario, un banquero, debía devolver una cantidad igual; esto era en realidad un mutuo de dinero, pero los últimos juristas clásicos prefirieron considerarlo como un «depósito irregular», a fin de que el depositante, gracias a la acción de buena fe, pudiera exigir intereses moratorios al depositario sin necesidad de haberlos estipulado previamente.

§ 255. *Secuestro.*

Otro tipo especial de depósito fue el llamado «secuestro». Este es un depósito en que el depositario, al que se llama «secuestrario», está obligado a devolver la cosa no al depositante o depositantes que se la hayan confiado, sino al que resulte determinado por un evento posterior. Es lo que sucede, por ejemplo, en el juego de apuesta, en que se depositan las cantidades

apostadas en un secuestrario que deberá entregarlas a quien gane la apuesta. El caso más frecuente es dejar en depósito una cosa que está en litigio para que se entregue a quien venza en el juicio, por lo que se suele llamar a este negocio «depósito judicial», aunque puede usarse también en otros casos en que se supedita la entrega de la cosa a un cierto evento o condición posterior.

Como el secuestrario tiene una posesión independiente de la voluntad del depositante, quien no la puede exigir mientras no se produzca el evento determinante, se consideró que aquél tiene la posesión pretoria, esto es que puede usar los interdictos posesorios para retenerla o recuperarla, y que el depositante pierde la posesión civil, lo que significa que no podrá usucapir mientras la cosa la tenga el secuestrario.

## XXVIII. EL MANDATO

§ 256. *Concepto.*

Es un contrato consensual, por el que una persona (mandante) encarga a otra (mandatario) la realización de un acto jurídico en representación y provecho del mandante; el mandatario desempeña el mandato gratuitamente.

Este contrato está vinculado necesariamente a la representación jurídica de una persona por otra, e incluso suele calificarse como un contrato de representación, por lo que conviene, antes de explicar el régimen del contrato, explicar la representación jurídica.

§ 257. *Representación.*

La representación jurídica consiste en los actos que hace una persona (representante) en nombre y beneficio de otra (representado). La representación, según sean los efectos que produce, puede ser directa o indirecta.

§ 258. *Representación directa.*

La representación directa es aquella en la que los actos del representante repercuten directamente en el patrimonio del representado. En el Derecho romano, la representación directa la hacen los hijos o los esclavos respecto de sus padres o dueños: los actos que el hijo o el esclavo hace en representación del padre o dueño repercuten directamente en el patrimonio de éste; si adquieren bienes, éstos los adquiere el padre, si contraen obligaciones, el padre o dueño queda obligado y los acreedores pueden exigir su cumplimiento por medio de las acciones adyecticias.

La representación directa, que originalmente sólo se hacía por medio de personas sujetas a potestad, posteriormente se extendió a personas extrañas a la familia, pues se consideró que si un padre de familia ponía al frente de un negocio (*praepositio*) a una persona extraña a la familia, los acreedores podrían exigirle al padre responsabilidad por las obligaciones contraídas por aquél por medio de una acción similar a la acción institoria (*actio ad exemplum institoria*) que se daba cuando se ponía al frente del negocio a un

hijo o esclavo. Los últimos juristas clásicos admitieron además que el padre de familia podría adquirir la posesión y la propiedad a través de esos representantes ajenos a la familia.

§ 259. *Representación indirecta.*

Es aquella en que los actos del representante repercuten en su propio patrimonio, por lo que debe luego transferirlos al representado, por ejemplo quien compra una mercancía en representación de otro, él es quien recibe, paga y adquiere la mercancía que posteriormente entregará al representado.

En el Derecho romano clásico, por regla general la representación hecha por personas extrañas a la familia es representación indirecta; tal es la representación del mandante por el mandatario.

§ 260. *El procurator o mandatario.*

Por lo general se designa con la palabra *procurator* al representante indirecto de otra persona, y era la palabra que originalmente se usaba para designar al mandatario; este último término aparece por primera vez en un texto visigodo del siglo VI.

El *procurator* es una persona libre, aunque en muchos casos socialmente subordinada al dueño del negocio, como un liberto, que ejerce la representación, no para obtener un pago de dinero, sino como cumplimiento de un deber moral de gratitud hacia el dueño del negocio. Puede actuar en cumplimiento de un contrato de mandato, y en tal caso se puede decir que ejerce una representación por mandato; pero también puede ser que actúe espontáneamente, sin mandato, con el fin de evitar un perjuicio o alcanzar un beneficio para una persona ausente, y entonces se dice que actúa como gestor espontáneo de un negocio ajeno.

§ 261. *Tipos de mandato.*

El mandato puede ser general o «mandato de todos los bienes» (*mandatum omnium bonorum*) que viene a ser un encargo de administración de un patrimonio o de un conjunto de bienes, como el encargo que se hace a un *procurator* para que administre una finca. O puede ser limitado a un determinado negocio (*mandatum unius rei*), por ejemplo a la compra o venta de unas mercancías.

En todo caso, el mandato debe consistir en una actividad lícita, digna de un ciudadano, que pueda el mandatario realizar por sí mismo, y que sea en beneficio del mandante; esto último es lo que distingue al mandato de un simple consejo.

§ 262. *Obligación del mandatario.*

El mandatario asume la obligación de cumplir el encargo, entregarle cuentas al mandante y transferirle los resultados conseguidos. Para exigirla, el mandante tiene la acción de mandato (*actio mandati*) directa; como es una acción de buena fe, al mandante puede exigir responsabilidad por culpa, esto es que puede exigir, no solo que el mandatario cumpla el encargo, sino que actúe con el cuidado o diligencia que ordinariamente se tiene al hacer tales actos, por lo que el mandatario tendrá que responder del cumplimiento defectuoso; por ejemplo, si el encargo fue comprar unas mercancías, y el mandatario las compró sin haber tenido el cuidado ordinario para cerciorarse de que el precio era adecuado, será responsable si las compró a un precio más alto. Sin embargo, si el mandatario hizo lo ordinario para cumplir el mandato, pero no tuvo éxito, no será responsable, porque su obligación no es la de alanzar un determinado resultado sino hacer lo posible, con el cuidado debido o diligencia, para alcanzarlo.

§ 263. *Obligación del mandante.*

El mandante adquiere la obligación de indemnizar los gastos y daños que el cumplimiento del mandato hubiera causado al mandatario; para exigirla tiene la acción de mandato «contraria». Puede también el mandatario exigirla de modo indirecto, negándose a entregar los resultados mientras no se le reembolsen los gastos.

No puede cobrar el mandatario un precio u honorarios por su gestión, pues el mandato es esencialmente gratuito. No obstante, en la última etapa clásica, se llegó a dar una acción en el procedimiento cognitorio, a favor del representante, para cobrar honorarios.

§ 264. *Terminación del mandato,*

El mandato es un encargo de confianza, por lo que termina con la muerte o *capitis deminutio* del mandante o del mandatario.

Al hacer el encargo, el mandante no tiene que notificarlo a los terceros que van a tratar con el representante, por lo que el mandante puede revocarlo libremente en cualquier momento, o puede el mandatario, también libremente en cualquier momento, renunciar al mandato.

Al término del mandato, la acción de mandato, en función directa o contraria, subsiste entre los contratantes, o entre sus herederos, para liquidar lo que se deban por el contrato hasta ese momento.

§ 265. *El mandato como forma de cesión de créditos o de deudas*

El mandato es un contrato de representación que puede servir como forma de cesión de créditos, cuando el mandante (acreedor cedente) encarga al mandatario (acreedor cesionario) que cobre un crédito, pero sin que tenga la obligación de transferirle lo cobrado; de este mandato se dice que es una «representación en provecho propio» (*procuratio in rem suam*), porque el mandatario se queda con lo cobrado.

De la misma forma se puede ceder una deuda, dando al mandatario el encargo de pagar una deuda sin que el mandante tenga obligación de reembolsarle lo pagado.

Cuando se cede el crédito por medio de un mandato, el mandatario (*procurator*) tenía la acción para reclamarlo a nombre del acreedor cedente, pero en la fórmula, por una transposición de personas, se indicaba que la condena se haría a favor del mandatario, y éste también tendría la acción ejecutiva si el deudor no pagaba la sentencia.

Sin embargo, la posición del acreedor cesionario no era definitiva mientras no hiciera la *litis contestatio*. Antes de ese momento, el mandante puede revocar el mandato, o éste puede terminar por muerte del mandante o del mandatario. Al momento de la *litis contestatio*, por el efecto consuntivo, se extinguía la obligación del deudor con el acreedor cedente, y se constituía la deuda del deudor de pagar la eventual condena al acreedor cesionario.

§ 266. *Perfeccionamiento de la cesión de créditos.*

Por medio de rescriptos, cuyo contenido fue aconsejado por los juristas de las cancillerías imperiales, se fue perfeccionando esa forma de cesión de créditos en beneficio de algunos acreedores cesionarios. Se empezó por

favorecer al comprador de una herencia, a quien el heredero le deba un mandato para cobrar en provecho propio los créditos de la herencia, dándole una «acción útil» para que pudiera cobrarlos a nombre propio, como si fuera el acreedor titular, y no a nombre del acreedor cedente. Luego se otorgó la misma acción al acreedor a quien se daba en prenda un crédito, al marido a quien se cedió un crédito como dote, al comprador de un crédito y a otros acreedores.

Se admitió que cuando el acreedor cesionario anunciaba al deudor la cesión del crédito, el deudor ya no podía liberarse pagando al acreedor original.

Justiniano configura la cesión de créditos como un negocio independiente, desvinculado del mandato, y con efectos definitivos.

§ 267. *La gestión de negocio ajeno.*

Cuando una persona gestiona espontáneamente un negocio ajeno, lo cual sucede principalmente en el caso de que el dueño del negocio esté ausente, no se puede hablar de mandato, porque no hay consentimiento, ni puede proceder la acción de mandato. Pero el pretor, cuando alguien gestionaba un negocio ajeno, dio una acción por el hecho (*in factum*) llamada «acción de negocios gestionados»; la daba a favor del dueño del negocio, como acción «directa», para exigir al gestor que le transfiriera el resultado y le indemnizara de los eventuales daños que la gestión le causara, y la daba a favor del gestor, como acción «contraria» para exigir el reembolso de los gastos y perjuicios sufridos cuando desempeñó razonablemente bien la gestión, aun cuando el resultado no fuera favorable.

Por esta acción *in factum*, solo se podía exigir responsabilidad por dolo. Posteriormente (s. I a.C.), el pretor di una acción, no por el hecho, sino considerando que existía un deber jurídico (*actio in ius*) y de buena fe, por la que se podía exigir responsabilidad por culpa, como se hacía en la acción de mandato.

## XXIX. CONTRATO DE SOCIEDAD

### § 268. *Concepto general de sociedad.*

En sentido general, la sociedad es la unión de varias personas para conseguir determinados fines comunes, y se llaman «socios» (*socii*) a las personas así unidas.

### § 269. *Sociedad privada y sociedad pública*

Desde el punto de vista jurídico, se distinguen la «sociedad privada» y la «sociedad pública».

La sociedad privada es aquella constituida libremente por los socios por medio de un contrato, para obtener un provecho común que se reparten entre ellos. Esta sociedad no constituye una persona jurídica distinta de la persona de los socios.

La «sociedad pública» que es aquella reconocida y regida por el ordenamiento legal, porque desempeña una actividad de interés público. Se les llamaba «corporaciones» (*corpora*) y constituían una «persona jurídica» distinta de las personas de los socios.

Aunque el tema del capítulo es el contrato de sociedad, conviene hacer, para su mejor comprensión, algunas referencias a las sociedades públicas.

### § 270. *La sociedad pública por antonomasia: el pueblo romano.*

El pueblo romano es la primera sociedad pública que tiene una personalidad jurídica propia, la cual se materializa en que tiene una caja o dinero propio, el erario (*aerarium*), y un patrimonio propio, principalmente las tierras públicas; y en que actúa por medio de sus magistrados o representantes designados especialmente.

### § 271. *Las ciudades.*

A todas las otras ciudades del imperio, se les reconoce, por analogía, una personalidad jurídica como la del pueblo romano. Tienen también una caja común, un patrimonio propio en el que tienen tierras y esclavos, y actúan por medio de sus magistrados o de representantes.

§ 272. *Las corporaciones.*

Las asociaciones que cumplen una función de interés público, el Senado o los gobernadores en las provincias les pueden reconocer una personalidad jurídica. Así sucedió con las asociaciones de pobres constituidas para asegurar un entierro digno, con otras asociaciones para rendir culto a alguna divinidad, o asociaciones de profesiones de interés público, como las de cobradores de impuestos o publicanos, o las de transportistas marítimos. Estas corporaciones tienen también un patrimonio y dinero propio, actúan por medio de representantes y están regidas por un estatuto permanente. Las corporaciones de profesiones se desarrollaron ampliamente en el siglo IV, pero bajo control gubernamental.

Por otra parte, la Iglesia propugnó por el reconocimiento de su personalidad jurídica y la de sus instituciones de piedad y beneficencia.

Sin embargo, en el Derecho romano tardío, no se llegó a construir una doctrina y régimen claro de la personalidad jurídica.

§ 273. *La sociedad privada.*

Es la que se constituye por un contrato y no genera una personalidad jurídica distinta, porque este efecto sólo se justifica cuando la sociedad sirve al interés público. Es totalmente ajeno a la mentalidad romana que fines privados puedan justificar la existencia de una personalidad jurídica.

Como la sociedad privada no constituye una persona jurídica, los actos que realiza cada socio respecto de la actividad común repercuten en su propio patrimonio, pero debe comunicarlos luego a los demás socios; si, por ejemplo, alguno cobra el precio de la venta de unas mercancías comunes, el dinero se hace suyo, pero tiene que repartirlo entre los demás socios.

§ 274. *El contrato de sociedad.*

Es un contrato consensual que consiste en el convenio que hacen dos o más personas de poner algo en común, para obtener un provecho común que se repartirán entre ellos.

Del contrato surge la obligación de cada socio, respecto de los demás, de hacer su aportación y de comunicarse entre ellos, en la proporción convenida, los beneficios, gastos o pérdidas que origine el negocio común.

Todos los socios quedan obligados entre sí, de modo que surgen del contrato tantas obligaciones cuantos socios haya.

Las aportaciones de los socios pueden ser de dinero, de otros bienes o incluso de trabajo; pueden ser de valor desigual.

Es esencial que todos los socios tengan participación en los beneficios. Ordinariamente la participación en los beneficios es proporcional a la aportación, y en este sentido cabe afirmar que la sociedad es un contrato oneroso. Sin embargo, se admitió que podía convenirse una participación en los beneficios mayor que la aportación, e incluso que un socio que no aporta participe de los beneficios. El contrato de sociedad que excluya de los beneficios a uno de los socios no tiene validez.

§ 275. *Acciones que genera.*

El contrato de sociedad genera la *actio pro socio* («acción a favor del socio») que puede ejercitar cualquiera de los socios contra cualquier otro para exigirle lo que deba por razón del negocio común. Como es una acción de buena fe, exige responsabilidad por culpa, es decir no sólo por los actos dolosos de los socios, sino también por su falta de cuidado en los negocios comunes.

Puede ser que de las aportaciones comunes haya resultado una copropiedad entre los socios sobre las cosas aportadas; en tal caso, para disolver la copropiedad, cualquier de ellos, puede ejercer la *actio communi dividundo* (acción de división de cosa común) para poner fin a la copropiedad.

§ 276. *Tipos de sociedad privada.*

En razón del negocio común que se proponen los socios, se distinguen tres tipos de sociedad.

La *societas omnium bonorum* («sociedad de todos los bienes») en la que los socios ponen en común todo su patrimonio, incluso las adquisiciones futuras; es lo que sucede principalmente entre los herederos que deciden mantener la herencia sin dividir y continuar la gestión y aprovechamiento común del patrimonio familiar. También solía hacerse entre marido y mujer, cuando esta era *sui iuris* y se casaban *sine manu*.

Otros tipos de sociedad con objeto más restringido eran: la sociedad para un determinado negocio estable o *societas unius rei*, por ejemplo, una sociedad para la producción y venta de vino, y la sociedad para un negocio único y temporal o *societas alicuius negotiationis*, en la cual no era esencial que se constituyera una copropiedad, como la constituida para la venta de una cosecha de trigo.

§ 277. *Terminación de la sociedad.*

El contrato de sociedad implica una relación de confianza entre los socios, que no es transmisible a los herederos. Por eso, el contrato de sociedad termina con la muerte de cualquiera de los socios, y no subsiste ni siquiera entre los socios supervivientes; si éstos quieren continuar con el negocio común, pueden hacer un nuevo contrato de sociedad. Se equipara a la muerte, la *capitis deminutio* de uno de los socios, o que sea sujeto a un procedimiento de ejecución de sentencia.

También termina el contrato cuando cesa la confianza entre los socios, por lo que el contrato puede ser resuelto, en cualquier tiempo, por cualquiera de los socios. Cuando uno de los socios ejerce la *actio pro socio* contra otro, se entiende que ha cesado la confianza entre ellos y el contrato queda resuelto.

En cualquier caso, una vez terminado o resuelto el contrato, la acción contractual subsiste para que los socios puedan exigirse lo que se deban por el contrato de sociedad.

### XXX. COMPRAVENTA.

#### § 278. *Concepto.*

La compraventa (*emptio venditio*) consiste en el convenio de cambiar una cosa (mercancía), que el vendedor entregará al comprador, a cambio de una cantidad de dinero o precio que el comprador pagará al vendedor.

Originalmente, la compraventa es el intercambio inmediato de una cosa por un precio, por lo que no generaba obligaciones. Cuando la jurisprudencia reconoce que el sólo consentimiento perfecciona el contrato, genera entonces las obligaciones de pagar y entregar que, en principio, deben cumplirse simultáneamente.

#### § 279. *Acciones que genera.*

Como el contrato de compraventa es sinalagmático perfecto, genera dos acciones con nombre propio cada una. La acción de compra (*actio empti*) que tiene el comprador para exigir la entrega de la mercancía, y la acción de venta (*actio venditi*) que tiene el vendedor para exigir el pago del precio.

#### § 280. *Objeto de la compraventa.*

La compraventa tiene como objeto propio las mercancías, es decir cosas fungibles, aunque sean de género limitado, que suelen venderse y comprarse. También se daba respecto de cosas que aun no existían pero que el vendedor debía fabricar o producir o que esperaba obtener, es decir cosas futuras.

Para la adquisición de cosas de propiedad estable, es decir de *res Mancipi*, se acudía a la *Mancipatio*. Con el paso del tiempo y la mercantilización de la economía que va dando más valor al dinero que a la propiedad estable, las cosas *Mancipi* pasaron a ser objeto de compraventa, es decir se convirtieron en mercancías. También se llegó a considerar que una herencia, en su conjunto, pudiera ser objeto de compraventa.

La ampliación del objeto de la compraventa trajo, como consecuencia, algunos cambios en su régimen, especialmente en lo relativo a la responsabilidad del vendedor cuando el comprador perdía la propiedad de la cosa comprada («responsabilidad por evicción»).

§ 281. *La obligación de pagar el precio.*

La obligación del comprador es pagar la cantidad de dinero convenida como precio. Para que haya compraventa es necesario que se convenga un precio determinado, u objetivamente determinable, esto es que pueda determinarse en relación a un factor objetivo, independiente de la voluntad de los contratantes, como el precio del mercado el día de la entrega, o el precio que fije un tercero.

El monto del precio se deja al libre acuerdo de los contratantes. En el Derecho clásico, no se dio una doctrina del «justo precio», pero las partes contratantes, por las mismas acciones contractuales, podían exigir responsabilidad en caso de haber sido engañadas, encontrar remedio si incurrieron en un error espontáneo, o podían ejercitar otros recursos en casos de coacción. La teoría del justo precio la introdujo Justiniano, para permitir que el vendedor rescindiera una venta de un inmueble cuando vendió, coaccionado, a un precio inferior a la mitad de su valor. La teoría fue posteriormente desarrollada por los juristas de la Edad Media y aplicada a favor del comprador o del vendedor y en compraventas de inmuebles o muebles.

§ 282. *La obligación de entregar las mercancías.*

El vendedor tiene la obligación de entregar al comprador la posesión libre e indiscutida (o «pacífica posesión») de las mercancías, o, si se trata de cosas inmuebles, la posesión libre de arrendatarios u otros usuarios (la *vacua possessio*).

Se trata de una obligación de hacer, de entregar la posesión, y no de una obligación de dar la propiedad.

§ 283. *Responsabilidad del vendedor.*

El vendedor, respecto de la cosa vendida y no entregada, responde, si la cosa es mueble, por la custodia, lo que significa que será responsable de incumplimiento si no la puede entregar a causa de actos que él hubiera hecho (responsabilidad por dolo), o porque no la hubiera cuidado diligentemente (responsabilidad por culpa), o incluso si la robaron o la

dañaron terceros (responsabilidad por custodia); si la cosa es inmueble, responde solo por culpa.

Más allá de la responsabilidad por culpa, está el problema de la atribución del riesgo (*periculum*), al vendedor o al comprador, en caso de que la cosa se deteriore o perezca por caso fortuito.

§ 284. *El riesgo por la cosa vendida y no entregada.*

La atribución del riesgo es un problema difícil porque conlleva que una parte sufra una pérdida y la otra no.

En una venta de inmuebles, si la entrega se hace imposible sin culpa del vendedor, por ejemplo que la finca vendida fuera expropiada, el contrato se considera resuelto, de modo que ambas partes quedan libres de sus obligaciones, y el comprador, si hubiera pagado el precio, podrá exigir su devolución. La pérdida la sufre el vendedor, como propietario de la cosa.

En la venta de cosas muebles genéricas, como diez botellas de vino, el vendedor, en principio, corre con el riesgo y responde plenamente de la entrega de las mercancías, pues aun cuando hubieran perecido por caso fortuito todas las botellas de vino que él vendedor tuviera, él sigue obligado a entregar diez botellas que puede conseguir de alguien más; por eso se dice que «los géneros no perecen». En el momento en que el vendedor especifica la mercancía, es decir cuando señala de manera objetiva al comprador las botellas que va a entregar, responde por la custodia, pero si se pierden o deterioran por un caso fortuito, el riesgo es para el comprador (*periculum est emptoris*), quien tendrá que pagar el precio completo.

En la venta de una cosa mueble específica, como un esclavo o una joya, el vendedor responde por la custodia y el comprador corre con el riesgo, desde el momento de la celebración del contrato.

Como la mayor parte de las ventas son de cosas muebles genéricas, se suele dar como regla de atribución del riesgo en la compraventa que, una vez especificada la mercancía, el riesgo es del comprador (*perfecta emptione, periculum ad emptorem respiciet*).

Así como corresponde al comprador el riesgo por la pérdida o deterioro por caso fortuito, le corresponden todos los frutos o incrementos que recibiera la cosa vendida antes de ser entregada.

§ 285. *Responsabilidad del vendedor respecto de la adquisición de la propiedad de la mercancía por el comprador.*

El vendedor cumple con su obligación cuando entrega la libre posesión de la mercancía, pero como el fin natural de la compra es que el comprador adquiera la propiedad, la buena fe contractual exige que el vendedor haga de su parte todo lo necesario para que el comprador adquiera la propiedad, en consecuencia, si la cosa vendida es una *res mancipi*, el comprador puede exigir al vendedor que haga la *mancipatio* o la *in iure cessio* de la cosa vendida.

§ 286. *Responsabilidad del vendedor por la «evicción».*

Si el comprador perdiera la cosa comprada en un juicio reivindicatorio en que el actor demostró ser propietario de ella, el comprador le puede exigir responsabilidad al vendedor por el hecho de haber sido vencido en juicio, es decir por la «evicción».

Esta responsabilidad no era originaria de la compraventa que versaba sobre mercancías, que son cosas sobre las cuales no se ejerce la acción reivindicatoria. Cuando la compraventa se amplió a cosas *mancipi*, como inmuebles, se vio conveniente que el vendedor respondiera por la evicción, del modo que lo hacía el enajenante en una *mancipatio*.

Para ello, se acudió primero a hacer una estipulación, por la que el vendedor se obligaba a pagar al comprador una cantidad equivalente al doble del precio pagado, en caso de evicción; luego se hizo una estipulación de objeto incierto, en la que el vendedor prometía pagar, no el doble del precio, sino una cantidad equivalente al interés que tenía el comprador en conservar la cosa. Finalmente, la jurisprudencia concluyó que la responsabilidad por evicción era inherente al contrato de compraventa, por lo que se le podía exigir responsabilidad al vendedor, en la media del interés del comprador, por la propia acción de compra, sin necesidad de estipulación alguna.

Originalmente la evicción implicaba la pérdida de la propiedad, pero luego se amplió para incluir cualquier gravamen o derecho real que limitara la propiedad adquirida, como una servidumbre.

§ 287. *Responsabilidad del vendedor por los defectos de la mercancía.*

Para que el comprador se asegurara respecto de los posibles defectos o «vicios ocultos» de la cosa comprada, se pedía al vendedor que, por medio de una estipulación, prometiera indemnizar al comprador en caso de que la mercancía no tuviera determinadas cualidades o tuviera ciertos defectos. Esta estipulación podía combinarse con la que se hacía respecto de la evicción. En todo caso, gracias a la estipulación, el comprador tenía una acción de objeto incierto para exigir al vendedor la indemnización por la ausencia de cualidades o la presencia de defectos, por un monto equivalente al interés del comprador en la presencia de las cualidades o la ausencia de los defectos.

En la venta de inmuebles, acompañada de una mancipación, el vendedor declaraba cuál era la superficie del fundo, y si éste no tenía la superficie declarada, el comprador podía exigir al vendedor responsabilidad por el valor faltante, con una «acción por la medida del fundo» (*actio de modo agri*).

Posiblemente a partir de ese antecedente de responsabilidad del vendedor por lo declarado en la venta de inmuebles, la jurisprudencia concluyó que el vendedor era responsable de todo lo que dijera (*dicta*) respecto de las cualidades o defectos de la mercancía, por lo que el comprador podía exigirle con la acción de compra, en caso de ausencia de cualidades o presencia de defectos, una disminución del precio, o, si el comprador probaba que no habría comprado esa mercancía si hubiera conocido la falta de la cualidad o la presencia del defecto, podía entonces resolver el contrato.

Por el régimen de buena fe del contrato de compraventa, se consideró que el vendedor también era responsable, por la misma acción de compra, de todo engaño que hubiera hecho respecto de la mercancía, aunque lo hiciera sin declarar.

§ 288. *Responsabilidad del vendedor en las ventas de esclavos y animales según el edicto de los ediles curules.*

Los ediles curules, como magistrados encargados del orden en los mercados, publicaron un edicto en el que precisaban la responsabilidad del vendedor por la venta de esclavos o animales mancipables en el mercado.

El edicto exigía que el vendedor de un esclavo (o animal mancipable, *iumentum*) declarara abiertamente las enfermedades crónicas (*morbi*), los defectos físicos no aparentes (*vitia*) y los defectos morales graves del esclavo vendido, así como la responsabilidad noxal a la que estuviera sujeto. Gracias a esta declaración, el comprador sabía la condición del esclavo o animal que compraba y el vendedor no respondía por la existencia de los defectos declarados.

Además, el edicto edilicio daba al comprador una acción, la «acción redhibitoria» (*actio redhibitoria*), que podía ejercitar en el plazo de dos meses posteriores a la compra. Por esta acción, el comprador podía, sin necesidad de probar una causa, resolver la compra: devolver lo comprado y exigir la devolución del precio.

Pero si el vendedor asumía responsabilidad, por simple declaración, respecto de la existencia de cualidades o la ausencia de otros defectos, el comprador no podía ejercer la acción redhibitoria sin causa, pero podría usarla para deshacer la compra, en el plazo de seis meses, si faltaba alguna cualidad declarada por el vendedor o aparecía uno de los defectos que éste declaró que no tenía.

Más aun, el edicto otorgaba al comprador otra acción, en el plazo de un año, para obtener una reducción del precio (*actio quanti minoris*) proporcional a la presencia de un defecto o a la ausencia de una cualidad declarada.

Si el vendedor había asumida responsabilidad por medio de una estipulación respecto de la presencia de cualidades o ausencia de defectos, el comprador podría exigírsela a través de la acción civil derivada de la estipulación, que no tenía plazo de caducidad.

En época postclásica, Justiniano extendió el régimen de los ediles curules a todo tipo de compraventas, lo cual ya no era necesario porque ya antes se

había concluido que el vendedor tenía una responsabilidad por los defectos y cualidades de la cosa exigible por la misma acción de compra, por la que se podía deshacer la compra o exigir una reducción proporcional del precio.

§ 289. *Tipos especiales de compraventa.*

En principio, la compraventa, que se contrae por el sólo consentimiento, puede deshacerse por el disentimiento o «consentimiento contrario» de ambos contratantes, pero no puede deshacerse por declaración unilateral de uno de ellos. Sin embargo, se podía convenir que en ciertas circunstancias alguno de los contratantes pudiera resolver unilateralmente el contrato, lo cual dio lugar a ciertas modalidades de compraventa.

i) En la venta por subasta, el precio se fija por la puja de los postores, y como la subasta podía durar varios días, la cosa se adjudicaba temporalmente al mejor postor en un cierto momento, y hasta que terminara el plazo de la subasta se adjudicaban definitivamente (*in diem adictio*) al mejor postor. Juliano llegó a considerarla como una venta en la que se pactaba que el vendedor tenía el derecho de resolver unilateralmente el contrato, es decir de exigir la devolución de la cosa y devolver el precio cobrado, si, en el plazo fijado, se presentaba una mejor oferta.

ii) Para asegurar el pago del precio cuando éste no se paga inmediatamente, se podía pactar (pacto llamado, como el de la prenda, *lex commissoria*) que el vendedor podía resolver unilateralmente el contrato, si el precio, o parte del mismo, no lo era pagado en determinado plazo.

iii) Si el comprador no estaba seguro de que la mercancía le serviría, podía pactar que recibía la cosa «a prueba», es decir que la podía tener algunos días para probarla, y si no le gustaba, regresarla y exigir la devolución del precio (*pactum displicentiae* o *pactum de retrovendendo*), es decir podía resolver unilateralmente el contrato.

iv) Podía pactarse, a favor del vendedor, que pudiera resolver la venta, devolviendo el precio y recuperando la cosa (*pactum de retroemendo*), en ciertas circunstancias, por ejemplo, en la venta de fincas hipotecadas, el vendedor (que era el deudor que no había podido pagar su deuda), se

reservaba el derecho de recomprar la finca pagándole a quien la había comprado el precio que había pagado por ella.

## XXXI. ARRENDAMIENTO

§ 290. *Concepto general.*

El arrendamiento (*locatio conductio*) puede ser de diversos tipos. En su sentido más general consiste en el convenio por el que una persona (*locator* o arrendador) coloca una cosa en manos de otra (*conductor* o arrendatario) para que éste haga algo con ella, por ejemplo para que la use o para que fabrique algo con ella. La ventaja por la colación de la cosa, según sea el tipo convenido, puede ser para uno u otro contratante, quien tendrá que pagar un precio por ello.

Del contrato surgen dos acciones: la *actio locati* o acción «por lo colocado», a favor del arrendador, para exigir la devolución de la cosa y otras obligaciones del arrendatario, y la *actio conducti* o acción «por lo tomado», a favor del arrendatario para exigir las obligaciones del arrendador.

§ 291. *Tipos de arrendamiento.*

Hay fundamentalmente dos clases de arrendamientos: el arrendamiento de cosa (*locatio conductio rei*), en el que el arrendatario paga un precio por el uso de una cosa, y el arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*), en el que el arrendador paga un precio por la ejecución de una obra en la cosa que coloca. Hay un tercer tipo de arrendamiento, que es una especie de arrendamiento de cosa, que es el arrendamiento de servicios de esclavo (*locatio conductio operarum*), en el que la cosa arrendada no es el esclavo sino su trabajo.

§ 292. *Arrendamiento de cosa.*

Es el arrendamiento por el que el arrendador cede el uso, o el uso y disfrute, de una cosa mueble (no consumible) o inmueble, a cambio de un precio que el arrendatario se obliga a pagar.

§ 293. *Obligación del arrendador.*

El arrendador debe el uso, o uso y disfrute de la cosa arrendada. Esta obligación implica hacer los gastos necesarios (distintos de los gastos ordinarios de mantenimiento que son por cuenta del arrendatario) para

mantener la cosa de modo que pueda ser usada en la forma convenida. Además, por razón de la buena fe contractual, el arrendador debe indemnizar todo daño o perjuicio que, por falta de cuidado (o culpa), cause al arrendatario, por ejemplo por entregarle una cosa defectuosa, como unas tinajas para guardar vino que tienen fugas.

§ 294. *Posición jurídica del arrendatario.*

Respecto de la cosa, el arrendatario es un simple detentador: no tiene los interdictos posesorios, y se considera que el arrendador continúa en la posesión por medio del arrendatario, de modo que puede incluso adquirir la propiedad por usucapión de la cosa dada en arrendamiento.

El derecho que tiene el arrendatario es solo un derecho personal, derivado del contrato, de usar y disfrutar de la cosa en el tiempo convenido; si el arrendador no cumple, el arrendatario tiene la *actio conducti* para exigirle el pago de una indemnización equivalente al interés del arrendatario en usar y disfrutar la cosa. En principio, el arrendatario no está limitado a usar de la cosa por sí mismo, de modo que puede subarrendarla, a menos que esto se excluya expresamente. Si el arrendador vende la cosa, el nuevo dueño puede oponerse al arrendamiento, y el arrendatario sólo podrá exigir la indemnización correspondiente al arrendador.

§ 295. *Obligaciones del arrendatario.*

El arrendatario debe pagar el precio o renta convenidos y restituir la cosa al término del contrato.

El precio lo debe pagar en la medida en que la cosa pueda ser usada; si ésta sufrió un deterioro por un caso fortuito, por ejemplo una inundación que impide el uso de una de las habitaciones de la vivienda alquilada, el precio se reduce proporcionalmente al uso que no puede hacerse.

La cosa debe restituirla en un estado igual, al que tenía cuando la recibió, salvo el deterioro ordinario por el uso. El arrendatario es responsable, por culpa, del mal uso de la cosa, lo que incluye que responderá del deterioro causado por su descuido o negligencia. En arrendamiento de cosas muebles, el arrendatario responde también por la custodia.

Los gastos de mantenimiento ordinario de la cosa son por cuenta del arrendatario, lo cual es algo implícito en su obligación de restituir la cosa en buen estado. Los otros gastos, son por cuenta del arrendador, como consecuencia de su deber de proporcionar el uso y disfrute de la cosa.

§ 296. *Atribución del riesgo de la cosa arrendada.*

Si la cosa se pierde por caso fortuito, la pérdida la sufre el arrendador (*periculum est locatoris*), lo que significa que el arrendatario queda liberado de su obligación de restituirla y de pagar la renta a partir del momento de la pérdida. Si la cosa se deteriora como consecuencia de un caso fortuito, por ejemplo un terremoto que arruina parcialmente la vivienda alquilada, el arrendador corre con el riesgo (*periculum est locatoris*), lo que significa que el arrendatario podrá reducir proporcionalmente el precio del alquiler en la medida que no puede usar de la vivienda, y restituirla en el estado en que se encuentre sin responsabilidad por ese deterioro.

§ 297. *Algunos tipos especiales de arrendamiento de cosa.*

Hay unas modalidades de arrendamiento de cosa que se caracterizan por ser arrendamientos de inmuebles, a largo plazo, que dan al arrendatario un derecho real sobre la cosa; son: *i*) el arrendamiento de tierras públicas o *conductio agri vectigalis*; *ii*) la enfiteusis; *iii*) la superficie.

Otras modalidades son: *iv*) el arrendamiento de almacenes, que se distinguen por generar en el arrendador un deber de prestar un servicio de custodia, y *v*) el arrendamiento de servicios de esclavo, del que deriva *vi*) el arrendamiento de servicios de una persona libre.

§ 298. *Arrendamiento de tierras públicas (conductio agri vectigalis).*

Consiste en el arrendamiento de terrenos rústicos pertenecientes a las ciudades, a largo plazo o a perpetuidad. El arrendatario puede usar y disfrutar plenamente del terreno arrendado y tiene la posesión pretoria del mismo; a cambio, debe pagar una renta llamada *vectigal*.

El hecho de que el contrato sea a largo plazo hace que el vectigalista tenga una posición más fuerte que la del arrendatario común de tierras. Puede el vectigalista ceder su derecho, pignorararlo y disponer de él por testamento, legado o fideicomiso.

El vectigalista, además de tener los interdictos posesorios (*uti possidetis, unde vi*) para retener y recuperar la tierra, es posible que tuviera, desde el siglo II d.C., una acción reivindicatoria útil, con la ficción de que era propietario civil.

§ 299. *Enfiteusis*.

El arrendamiento de tierras a perpetuidad se practica y desarrolla más en la época posclásica. Se practica incluso respecto de tierras de propiedad privada, y constituye, a favor del arrendatario, un derecho real llamado «enfiteusis» (*ius emphyteuticum*), semejante al derecho de propiedad. La ciencia jurídica medieval distinguió entre la propiedad o dominio «directo» del propietario y la propiedad o dominio «útil» del enfiteuta

El arrendatario o enfiteuta tiene la obligación de pagar una renta a la que se llama *canon*; puede disponer de su derecho, tanto por acto *inter vivos* como por acto *mortis causa*, pero el nuevo adquirente queda obligado a pagar el canon.

Si el enfiteuta quiere vender su derecho, debe previamente notificar al propietario para darle la oportunidad de consolidar su propiedad pagando al enfiteuta el mismo precio que le pagaría el comprador; si el propietario no quiere consolidar la propiedad, consiente la venta y tiene derecho a percibir el 2% del precio cobrado por el enfiteuta, o del valor de la operación, si la enajenación es gratuita. El enfiteuta pierde su derecho si no hace esta notificación al propietario, o por la falta de pago del canon en tres años.

§ 300. *Superficie*.

Es un arrendamiento, a largo plazo o a perpetuidad, de terrenos urbanos pertenecientes a las ciudades, con el fin de que el arrendatario edifique y disfrute lo construido (*superficies*), mediante el pago de una renta o *solarium*.

Es un contrato que está regido por el ordenamiento público (*lex locationis*), ya que se trata de tierras públicas cedidas a un particular, como una concesión actual.

El superficiario podía defender su derecho, respecto de otros superficiarios, por medio de un «interdicto de superficie»; además el pretor le daba, como

acción útil, cualquier acción que requiriera para la defensa de la superficie, comenzando con la reivindicatoria.

§ 301. *Arrendamiento de almacenes.*

Los almacenes podían arrendarse con un pacto que hacía que el arrendador respondiera por la custodia de las cosas guardadas en el almacén, aun cuando el arrendatario tuviera una llave del mismo. Con esta modalidad de contrato, el arrendador, además de la obligación ordinaria de prestar el uso y disfrute del almacén, adquiría la de proporcionar un servicio de vigilancia. No obstante que el arrendador se obligaba a prestar un servicio, el contrato se comprendió como un arrendamiento de cosa, quizá porque en el arrendamiento de obra quien se obliga a realizarla es el arrendatario o *conductor*, y en el arrendamiento de almacén es el mismo arrendador quien presta el servicio.

§ 302. *Arrendamiento de servicios de esclavo.*

Es un arrendamiento en el que la cosa arrendada no es un esclavo o esclavos, sino su trabajo, no determinado, que realiza durante cierto tiempo; puede decirse que la cosa arrendada son las horas de trabajo. El arrendador es el dueño del esclavo.

§ 303. *Arrendamiento de servicios de una persona libre.*

Cuando una persona libre, por ejemplo un liberto, ofrecía su trabajo a cambio de un precio (o *merces*, y de ahí que se le llame *mercenarius*), ya no se podía hablar de arrendamiento de cosa, por lo que se decía que era «arrendamiento de servicios» (*locatio conductio operarum*). En este contrato, el arrendador es la propia persona libre que trabaja, y su obligación es dar el trabajo (*dare operas*); puede cobrar el precio en proporción al trabajo efectivamente rendido.

La obligación de quien arrienda su trabajo (*dare operas*) se entiende como una obligación divisible, de dar una cantidad de horas de trabajo, y no de hacer una obra determinada, como es la obligación del arrendatario de obra (*conductor operis*).

§ 304. *Arrendamiento de obra.*

En este contrato el arrendador (*locator operis*) entrega una cosa al arrendatario (*conductor operis*) para que haga una obra con ella en beneficio del primero. Lo que «coloca» el arrendador no es solo la cosa sino la obra que ha de hacerse en ella, y por la cual se obliga a pagar un precio.

§ 305. *Obligación del arrendador de obra.*

El arrendador se obliga a pagar el precio por la obra terminada, y no por el tiempo de trabajo (a «destajo» se dice comúnmente), si bien se puede convenir que el pago del precio se fraccione en determinadas unidades.

Tiene además la obligación de indemnizar los perjuicios que hubiera causado por su culpa al arrendatario, por ejemplo por entregarle materiales de mala calidad que hubieran dañado las herramientas.

§ 306. *Obligación del arrendatario de obra*

La obligación del arrendatario es entregar la obra terminada, de ahí que no es necesario que él mismo la ejecute, salvo que así se convenga. Del cumplimiento de esta obligación responde por su culpa o negligencia, y si se trata de cosa mueble, responde por custodia, lo que también implica que debe indemnizar los perjuicios que sufra la cosa a causa del descuido o impericia de las personas a quienes encomiende la realización de la obra.

Es esencial que el arrendatario ejecute la obra en cosa que le entregó el arrendador, pues si hace una obra con sus propios materiales, se trata en realidad de un contrato de compraventa de una cosa que se le encargó fabricar.

§ 307. *Atribución del riesgo.*

En principio el riesgo es del arrendador (*periculum locatoris*), que sufre la pérdida o deterioro por caso fortuito de la cosa entregada y de la obra que se realiza con ella; si por ejemplo, por un incendio fortuito, se quema el traje que el sastre ya había confeccionado con la tela del arrendador, éste no podrá exigir al arrendatario que lo entregue, pero deberá pagar el precio por la ejecución de la obra.

§ 308. *Escisión del arrendamiento de obra en diversos contratos.*

En principio, la operación que debe hacer el arrendatario puede ser muy variada: construir, reparar, transportar, vigilar, alimentar, instruir, hospedar, etcétera. De ahí que el contrato de arrendamiento de obra tienda a dividirse en contratos especiales sobre operaciones determinadas, como contrato de transporte, contrato de hospedaje, contrato de reparación, contrato de construcción, etc.