

- **Los Contratos y otras Fuentes de las Obligaciones**

"Los elementos que integran todo contrato pueden ser divididos en dos grupos: esenciales o comunes a todos los contratos y elementos accidentales, que pueden existir o no en el contrato "

UNIDAD 8

LOS CONTRATOS Y OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

8.1.- NOCION DE CONTRATO

Ya señalamos que la fuente principal de las obligaciones es el contrato, entendido como el acuerdo de voluntades destinado a crear una o varias obligaciones sancionadas por una acción judicial. Vemos, pues, que en el fondo de todo, contrato existe siempre un pacto; esto es, el hecho de que dos o más personas se pongan de acuerdo respecto de un objeto determinado aunque no todo pacto va a convertirse siempre en contrato. Para que este simple acuerdo de voluntades tenga validez jurídica es necesario que esté sancionado por el legislador mediante una acción determinada.

En este orden de ideas, vamos a encontrarnos con que los diversos contratos que existen en el ámbito jurídico, todos ellos tendrán en común una serie de elementos generales o esenciales sin los cuales no podríamos hablar de uno u otro contrato. A través del desenvolvimiento histórico, en una época algunos de estos elementos han tenido una mayor importancia que otros; así, por ejemplo, en una primera etapa el formalismo en todo negocio jurídico era excesivamente estricto, pero con posterioridad el aspecto subjetivo va adquiriendo más relevancia.

8.2.- ELEMENTOS DEL CONTRATO

Los elementos que integran todo contrato pueden ser divididos en dos grupos: esenciales o comunes a todos los contratos, y elementos accidentales, que pueden existir o no en el contrato.

8.2.1.- Elementos esenciales del contrato

Estos elementos son cinco:

A.- Sujetos

B.- Consentimiento

C.- Objeto

D.- Causa

E.- Forma

A. Sujetos

Son las partes que intervienen en un negocio jurídico que por regla general coinciden con los sujetos de la obligación.

Nos encontramos aquí con el problema de si es posible que en un negocio jurídico pueda figurar un tercero como beneficiario, al lado de los dos sujetos.

Esta situación en principio no era posible, pues los efectos del negocio jurídico deben recaer sobre los propios sujetos.

Posteriormente se admitió que las partes que intervienen en un contrato pudieran tener interés en que los efectos del mismo recayeran en favor de una tercera persona, pero ésta carecía de una acción para reclamar, puesto que no había intervenido directamente en el negocio, situación que se obviaba, pactando una pena convencional en caso de incumplimiento. .

No es sino hasta el derecho justinianeo cuando, en casos especiales, se le concede al tercero acción para reclamar el beneficio del contrato en el que no ha intervenido.¹

Otro problema existente en relación con el elemento sujetos es el que se refiere a la representación jurídica, concepto perfectamente conocido por romanos, pero al que se mostraron muy reacios de llevar a su aplicación práctica, ya que lo normal es que el negocio jurídico produjera efectos sólo entre las partes que

¹ Esta situación del contrato a favor de terceros -que en la actualidad ha tenido gran desenvolvimiento-, implica una serie de problemas, pues desde el momento en que el tercero puede reclamar, ¿significa esto que los sujetos no puedan revocar lo contratado?

intervinieran de forma directa en él. Es precisamente la excepción a este principio lo que hizo necesaria la creación de la figura de la representación.²

La representación implica la intervención de una persona ajena los sujetos: Así, es menester contemplar cuáles pueden ser las posibles formas de actuación de esta persona, de modo que vamos a encontrarnos con que existen dos tipos de representación: una directa y otra indirecta.

En la representación directa el acto jurídico realizado por el representante produce consecuencias sobre el patrimonio del representado. En la indirecta, el representante realiza actos jurídicos de consecuencias para su propio patrimonio, pero las cuales con posterioridad repercuten sobre el patrimonio del representado.

Desde el punto de vista procesal, ya sabemos que el *sui iuris* podía ser representado por un *cognitor*, siendo todas las solemnidades del caso y en Presencia de la otra parte, v bien por un *procurator*, en cuyo caso, no sería necesaria la observación de tales solemnidades.

Por tanto, podía ser sujeto de contrato toda persona en goce de plena capacidad jurídica y que por disposición legal expresa no esté incapacitada para realizar un acto determinado.

Este primer elemento esencial en todo contrato puede estar viciado por determinado motivo, en relación directa con la capacidad o incapacidad, de la persona para poder realizar el negocio jurídico.

Las circunstancias que pueden limitar la capacidad de las personas tienen que ver con la edad, el sexo, la enfermedad mental y la prodigalidad.

En cuanto a los hijos de familia, éstos tienen capacidad para contratar en relación con sus peculios, y cuando lo hacen en nombre del *pater*, también podían obligarse, pero si es con miembros de la propia familia, dichas obligaciones carecían de acción para exigir su cumplimiento; constituyendo uno de los casos de las obligaciones naturales. Si se obligan con extraños, las obligaciones correspondientes podían ser exigidas al terminar la patria potestad, o proceder en

² En la actualidad, la representación es una de las figuras más utilizadas y puede emplearse prácticamente en todos los actos de la vida jurídica de una persona, excepto en aquellos actos personalísimos, como votar o testar.

contra del *pater*, dando lugar a una transposición de personas en la fórmula, en la *intentio* figuraría el nombre del hijo y en la *condemnatio* el del padre.*

B. Consentimiento

Hablaremos ahora del segundo de los elementos esenciales, que es el consentimiento, entendiendo por él la congruencia existente entre las voluntades declaradas por los sujetos, teniendo que existir por tanto una clara y lógica relación entre la voluntad de los sujetos y la declaración expresa de la misma. Dicha declaración expresa deberá referirse a los efectos más importantes del contrato.

El consentimiento puede estar viciado por distintas causas, que son:

- a. Error
- b. Dolo
- c. Intimidación
- d. Lesión

a. *Error*. Si partimos de la máxima del ilustre Ulpiano que reza "donde hay error no hay consentimiento" (D. 50, 17, 116, 2) nos encontraríamos prácticamente en un callejón sin salida, puesto que serían, dos conceptos que no podríamos avenir, situación por demás rígida, ya que se presentan múltiples circunstancias en que un error no anula el consentimiento.

Es posible hablar de errores propios y errores impropios y subdividir a los primeros en errores de derecho y de hecho.

Si el error es de derecho, el sujeto que lo comete no puede alegarlo para solicitar la invalidez del negocio jurídico, ya que la ignorancia de la ley no nos excluye de su cumplimiento y no podemos alegar éste tipo de error en nuestro favor.

Sin embargo; aún que este principio fue flexible ésa Roma, puesto que si error lo cometía, por ejemplo, un soldado o un campesino, a condición de que fuera alegado en su favor para evitarse un daño y no para obtener un beneficio, podía invalidarse el negocio del caso.

* Los esclavos también podían contratar por encargo del *pater*. Las acciones que el pretor otorgaba en conde éste para reclamarle las obligaciones contraídas por hijos y esclavos se conocen como acciones *adyecticias*, nombre, que por otro lado, no es romano sino que proviene de los glosadores.

En relación con los errores de hecho, podemos agruparlos de la siguiente manera.

1. Error sobre la naturaleza del contrato. Cuando ocurra que cada uno de los sujetos crea que está celebrando un contrato diferente, al ver cuál es la situación real, cada una de las partes recupera su aportación y el negocio no procede.
2. Error sobre la indicación del objeto. Si las dos partes no coinciden en su referencia sobre el objeto materia del contrato, este será nulo, pero si ambas pensaban en el mismo objeto, el error será irrelevante.
3. Error sobre las calidades del objeto. En este caso tendremos que analizar la naturaleza del objeto para ver si esas calidades específicas del mismo son esenciales; o bien accesorias.

Si el error es sobre calidades esenciales se anulará el contrato, pero si es sobre calidades accesorias, el negocio subsiste.

Las calidades esenciales o accesorias del objeto no podrán determinarse de antemano sino en cada caso específico.

4. Error en cuanto a la cantidad del objeto del contrato. En principio, esta clase de error es subsanable y no anula el contrato; no obstante, al igual que en el caso anterior, debemos analizarlo en cada situación específica, ya que podemos topar con situaciones en que, debido a la naturaleza del objeto sobre el cual recaen los efectos del contrato, una cantidad mayor o menor de él puede afectar de forma esencial los efectos deseados por una de las partes.
5. Error en la persona. Éste se dará en aquellos casos en que el contrato se celebra teniendo en cuenta determinadas cualidades de la otra parte; al no darse las mismas el contrato será nulo.
6. Error en la causa. Si una de las partes se equivoca sobre el motivo que impulsó a la otra a la celebración del contrato, en este caso el error será irrelevante.

Por lo que respecta a los errores impropios cuando existe falta de coincidencia entre lo que se dice y lo que se desea hacer, prevalecerá lo manifestado, pero si este error es tan obvio que la otra parte podía haberse dado cuenta, se invalida el negocio.

b. *Dolo*. Es toda astucia o maquinación efectuada por una de las partes para que la otra incurra en error. Citando a Servio Sulpicio, Ulpiano lo define como "cierta maquinación para engañar a otro, de, simular una cosa y hacer otra" (D. 4, 3 1,2).

Aunque la palabra dolo lleva ya intrínsecamente la idea de falsedad, de malicia, en Roma se hacía una distinción en el dolo; así, se hablaba de un dolo malo y de un dolo bueno, entendiendo por éste la, astucia de un individuo sobre todo cuando se planeaba algo contra de un ladrón o de un enemigo (Ulpiano, D. 4, 3, 1 3).

En el derecho apto no hubo remedio contra el dolo yo fue sino hasta finales de la época republicana que, siendo pretor Aquilio Galo, creó la *actio* y la *exceptio doli* como medios que permitieran al contratante, de buena fe obviar los perjuicios ocasionados en virtud del dolo de su contraparte.

La *actio doli servia* para reclamar el valor del daño, la excepción la tenía la víctima del dolo que hubiera sido demandada del cumplimiento de los deberes contraídos.

En los casos previstos en el edicto, el pretor también podía otorgar, en contra del dolo, *una in integrum restitutio*.

c. *Intimidación*. Ésta se manifiesta en actos de violencia a sea física o moral, que traerán como consecuencia que, la persona sobre la que se ejerce no exprese libremente su intención.

Para que una persona pudiese alegar intimidación en su favor, esta tenía que ser verdadera, lógica, actual e ilegítima; en su contra o bien contra un miembro de su familia.

Basado en tales circunstancias, el pretor le concedería los beneficios de la *actio quod metas cuusa* lo cual traía como consecuencia que el negocio subsistiese, pero obligando al culpable a pagar al intimidado cuatro veces el valor del daño sufrido. Sin embargo, si la amenaza iba dirigida contra un menor o una mujer, éstos podían alegar en su favor una *in integrum restitutio*, anulándose el negocio en su totalidad.

Por último, si como consecuencia de la intimidación alguien obtenía una promesa y con posterioridad reclamaba su cumplimiento, el pretor concedía al afectado

tado una *excepto metus*, que paralizaba la acción mediante la cual el culpable exigía a su víctima el cumplimiento de la promesa dada.

d.- Lesión. Es el último de los vicios del consentimiento, y entendemos por ella el hecho de aprovecharse de la ignorancia o la difícil situación económica de la otra parte, diferenciándose del dolo en que no hay engaño alguno y de la intimidación debido a la circunstancia de que no este ninguna violencia, aunque sí una presión indirecta que es la que esta forzando a la otra parte a dar su consentimiento.

Así, por ejemplo, se considera nula toda compraventa efectuada por menos de la mitad del valor del objeto.

C. Objeto

Sabemos que el objeto de toda obligación es la realización de determinada conducta por parte de uno de los sujetos, consistente en un dar, hacer o prestar.

El objeto deberá ser:

a. lícito. Esto es lógico, puesto que si el derecho prohíbe las cosas ilícitas; no puede permitir las relaciones contractuales sobre algo viciado de ilicitud.

b. Posible. A la posibilidad debemos entenderla tanto física como Jurídica. A su vez, esta calidad de ser posible puede ser abstracta o concreta: es abstracta cuando en el momento de darse no existe aún la posibilidad de su realización (hace años lo sería, por, ejemplo, realizar un viaje a la luna). Será concreta cuando en el momento de darse es factible su realización (traducir un libro; por ejemplo).

Esta posibilidad en el objeto se debe dar en el momento de la celebración del contrato; ya que de no ser así el elemento que nos ocupa estará viciado, lo que traerá coceco consecuencia la nulidad del contrato respectivo.

c. Apreciable en dinero. Será indispensable que el objeto sea apreciable en dinero, en virtud de que si el mismo perece por algún motivo, dependiendo de su naturaleza, tendrá que ser sustituido por una cantidad de dinero.

d. Determinado. Por último, el objeto debe de ser claramente determinado, porque sólo de esa manera se estará en posibilidad de contraer obligaciones respecto a

él. Esto quiere decir que los deberes contraídos por las partes deben estar nítidamente definidos desde que se contrate, o que puedan definirse con posterioridad.

D. Causa

Se entiende por causa la motivación que tiene toda persona para realizar un negocio jurídico.

Esta motivación debe de ser confesable de acuerdo con la ley, ya que podemos encontrarnos con negocios jurídicos clara y evidentemente legales en cuanto a su apariencia, pero que van de manera notoria en contra del espíritu de la ley, o sea lo que conocemos como un fraude a la ley (*fraus legis*), por ejemplo, poner a nombre de otros las porciones de terreno que exceden la cantidad que se puede tener de acuerdo con la legislación agraria.

En relación directa con estos motivos de carácter subjetivo de las partes, está la figura de la simulación. En ella, el motivo que impulsa a las partes a la realización del negocio no coincide con el fin del negocio que pretenden celebrar. En esta simulación encontramos, pues, un negocio simulado, un negocio disimulado y un pacto entre las partes que tendrá validez para ellas en lo que respecta única y exclusivamente al negocio disimulado, como fingir una venta para ocultar una donación que esté prohibida, la venta será el negocio simulado y la donación el disimulado.

Ahora bien, el negocio disimulado no tendrá ningún efecto ante terceros, quienes se atenderán única y exclusivamente a los efectos del negocio simulado.

E. Forma.

Es el último de los elementos esenciales y consiste en aquellos requisitos a que debe sujetarse la relación contractual, en otras palabras, es el molde que configura cada contrato. Como consecuencia de esta forma, en caso de incumplimiento de las partes surgirán medios probatorios para ellas.

En Roma, en principio, el negocio jurídico era extremadamente formalista; pudiéndose decir que ésta era la parte más importante de la relación, situación que fue variando al darse una importancia cada vez mayor al elemento consentimiento.

8.2.2.- Elementos accidentales del contrato

Pueden aparecer o no en el contrato, pero éste tendrá validez sin su existencia, aunque en la practica vanos a encontrarnos con que siempre se dan. Estos elementos son:

- A. Condición
- B. Término
- C. Modo o carga

A. Condición

Es un acontecimiento futuro de realización incierta. Si de tal realización incierta depende que entre en vigor un negocio jurídico, estaremos en presencia de una condición suspensiva; ahora bien, si de esa condición depende la cancelación del negocio jurídico, estaremos ante una condición de carácter resolutorio.

Independientemente de su carácter suspensivo o resolutorio, la condición puede ser de tres tipos:

- a. Potestativa
- b. Casual
- c. Mixta

Será potestativa cuando su realización dependa única y exclusivamente de la voluntad de la persona que debe realizarla; casual cuando su realización sea independiente de la voluntad del interesado (normalmente dependerá de la realización de un hecho físico). Finalmente, estaremos ante una condición mixta cuando su realización esté sujeta a la voluntad de las partes afectadas, mas un acontecimiento ajeno a ellas; dicho acontecimiento puede depender de una tercera persona o de un hecho natural.

Todas estas condiciones pueden ser, a su vez, de carácter positivo o de carácter negativo. Las primeras dependen de la realización del acontecimiento futuro e incierto, y las segundas, de la no realización de ese acto futuro e incierto.

B. Término

Es un acontecimiento futuro de realización cierta del cual depende la entrada en vigor o la cancelación de los efectos de un negocio jurídico.

En el primer caso, el término es suspensivo y el negocio tiene efectos a partir de esa determinada fecha (*ex die*); en el segundo, estaremos ante un término resolutorio y el negocio tendrá efectos hasta esa determinada fecha (*in diem*).³

C. Modo o carga

Es un gravamen impuesto a una persona en un acto de liberalidad en una donación, un legado o una manumisión. El beneficiario de la liberalidad deberá realizar cierta prestación en favor del bienhechor o de un tercero. Un ejemplo puede ser la obligación impuesta al donatario de construir un monumento en honor del donante.

En principio, el cumplimiento del modo sólo dependía de la buena fe del beneficiario y no fue sino hasta el derecho justinianeo que se crearon diversas acciones para exigir el cumplimiento.

8.3.- NULIDAD Y ANULABILIDAD

Tratado ya lo relativo e los elementos del contrato, podemos encontrar causas por las cuales el negocio jurídico no surta los efectos deseados, trayendo como consecuencia la ineficacia del negocio.

Existirá nulidad cuando en el contrato falte un elemento esencial, por lo que no producirá efectos jurídicos de ninguna naturaleza. Por el contrario, hablamos de anulabilidad cuando, existiendo todos los elementos del contrato, alguno de ellos se encuentra afectado por un vicio determinado.

La nulidad podrá pedirla la parte afectada o bien un tercero, que no siendo parte en el negocio jurídico se viera afectado por alguna razón. La anulabilidad sólo podrá invocarla en su favor, la parte afectada.

El que un contrato sufra de anulabilidad no significa que no produzca consecuencias en el mundo del derecho, ya que el vicio existente puede subsanarse al producirse determinadas circunstancias previstas por la ley. Entonces, se dice que se realiza una convalidación, o sea una confirmación de un acto ya realizado.

³ Al hablar de fecha no tenemos forzosamente que señalar un día preciso, sino que se puede decir por ejemplo, el día del examen.

La convalidación se puede realizar:

1. Por dejar transcurrir determinado tiempo para impugnar el negocio:
2. Por ratificación.
3. Por desaparecer el vicio que afectaba el contrato.

En conclusión; la regla fundamental es que en el momento de la celebración del negocio jurídico; los elementos esenciales del contrato deberán estar completos y exentos de cualquier vicio.

8.4.- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

Si atendemos a una clasificación de los contratos, observamos que éstos se clasifican de acuerdo con diversos criterios. Por tal razón, un contrato en particular encaja dentro de varios de ellos.

De este modo, es posible efectuar una primera clasificación en contratos nominados y contratos innominados.

Contrato nominado será aquel que tiene nombre específico y particular contemplado por el derecho, por ejemplo: mutuo, depósito, compraventa, etcétera y tienen, cada uno, acciones específicas, individualmente denominadas, que los tutelan.

Contrato innominado era aquel que no formaba parte de los clásicos contratos nominados del Derecho romano. El término podía referirse a cualquier convención que quedara fuera de este grupo, pero por sus consecuencias se han reducido a cuatro clases:

- Doy para que des (*do ut des*).
- Doy para que hagas (*do ut facias*).
- Hago para que des (*facio ut des*).
- Hago para que hagas (*facio ut facias*).

Los contratos nominados, a su vez, y atendiendo a la forma en que se perfeccionan, se clasifican en verbales (*verbis*), escritos (*litteris*), reales (*re*), consensuales (*consensu*).

Contrato verbal. Se perfecciona por la formulación de determinadas palabras, por ejemplo: la *stipulatio*.

Contrato escrito. Se perfecciona por el uso de la escritura. En este tipo de contrato tendrán que distinguirse dos épocas: en su forma arcaica, por ejemplo, la *nomina transcriptitia*, y posteriormente los sígrafos y quirógrafos.

Contrato real. Se perfeccionará por la entrega de la cosa, por ejemplo, mutuo y depósito.

Contrato consensual. Es aquel cuyo perfeccionamiento, depende única y exclusivamente del simple consentimiento de las partes. Este consentimiento puede recaer sobre cualidades del objeto materia del contrato, y así nos encontraríamos ante un contrato consensual de tipo *intuitu rei* como el caso de la compra-venta y del arrendamiento; o bien sobre las cualidades de la persona que realiza la actividad en el negocio Jurídico, lo que nos pondría frente a un contrato consensual de tipo *intuitu personae* como en el caso de la sociedad y del mandato.

Otra forma de clasificación será en atención a la forma de interpretarlos: de contratos de estricto derecho y contratos de buena fe.

De estricto derecho. Son aquellos en los cuales deberemos ajustarnos a lo convenido expresamente, sin posibilidad alguna de interpretación.

Contratos de buena fe. Serán aquellos en los cuales se puede interpretar la intención de las partes en atención al uso, la equidad o las especiales circunstancias de cada caso.

De acuerdo con los efectos que van a producirse sobre las partes, serán unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos.

Entendemos por contrato unilateral el que origina obligaciones para una sola de las partes. Por el contrario, será un contrato bilateral o sinalagmático cuando ambos contratantes quedan obligados recíprocamente el uno al otro.

A su vez, estos contratos pueden ser divididos en sinalagmáticos perfectos e imperfectos. Son perfectos aquellos en los que ambas partes se obligan desde la celebración del contrato, e imperfectos cuando una de las partes está obligada

desde el principio y la obligación de la otra depende de una circunstancia posterior que puede llegar a existir o no.

También podemos hablar de contratos gratuitos y onerosos.

Contrato gratuito. Será aquel en el cual una de las partes procura a la otra una ventaja por la que no va a obtener ninguna remuneración.

Contrato oneroso. Cada una de las partes se obliga a dar o hacer alguna cosa para beneficio de la otra de forma recíproca.

Por último, también es posible considerar a los contratos desde el punto de vista de si tienen existencia propia o si, por el contrario, dependen de otro contrato, estando entonces ante un contrato principal o un contrato accesorio.

Contrato principal. Es el que subsiste por sí mismo e independientemente de cualquier otro, por ejemplo el arrendamiento.

Contrato accesorio. El que fonda su existencia en la existencia de otro contrato y no puede subsistir sin él, como los contratos de garantía. .

8.4.1.- *Contratos nominados*

Teniendo en cuenta la primera clasificación llevada a cabo en párrafos precedentes, los contratos nominados pueden ser agrupados en cuatro categorías: *verbis, litteris, re* y *consensu*.

A. Contratos *verbis* o verbales

Sabemos que estos contratos se perfeccionan mediante la pronunciación de determinadas palabras solemnes a través de las cuales las partes quedaban obligadas. Se daba la situación de que si los sujetos se apartaban de dichas palabras, aunque fuese notoria su intención, no podía considerarse el contrato se realizaba jurídicamente; por lo tanto, no producía ningún efecto.

Los contratos *verbis* son los siguientes: los negocios *per aes et libram*, la *dictio ditis*, la *promissio iurata liberti* y la *stipulatio*.

a. Negocios per aes et libram mancipatio y nexum

Se trata, en realidad, de una forma de llevar a cabo diversos tipos de negocios jurídicos, mediante la cual durante los primeros tiempos de Roma y con el pronunciamiento de determinadas palabras solemnes, la utilización de una balanza (*libra*) y de un pedazo de bronce (*aes*), se efectuaba el negocio deseado por las partes. Dicho formalismo se realizaba en presencia de cinco testigos y del *libripens*, que sostenía la balanza.

Si el negocio deseado consistía en una transmisión de propiedad, estaríamos en presencia de una *mancipatio*: Por el contrario; si se trataba de un préstamo en dinero con la garantía de que un miembro de la familia quedase como rehén en poder de la otra parte; estamos en presencia de un *nexum*.⁴

b. Dictio dotis

Consiste en la promesa que efectúa un *paterfamilias* respecto de la dote que le entregará a su hija en el momento en que esta contraía matrimonio. Dicha promesa se lleva a cabo bajo las reglas de esta forma contractual, con el pronunciamiento de determinadas fórmulas.

c: Promissio iurata libero

Por medio de ella el esclavo manumitido se comprometía a determinadas cosas hacia su antiguo amo.

d. Stipulatio

Era el más importante de este grupo de contratos y tenía infinidad de aplicaciones, ya que sea objeto podía ser prácticamente cualquier prestación cubriendo, por tanto, la mayor parte de las necesidades contractuales de los romanos. Este es un contrato unilateral y de estricto derecho.

Consiste en la promesa efectuada por las partes sujeta a determinadas fórmulas y solemnidades, existiendo una congruencia entre la pregunta efectuada por uno de los sujetos y la respuesta dada por el otro, quedando así perfeccionado el contrato. Por ejemplo, una de las partes preguntaba: "¿prometes darme dos monedas de plata el día primer de los *idus* de marzo?", y la otra respondía "sí, te lo prometo" con lo cual quedaba formalizada la estipulación:

⁴ En este *nexum*, nudo o atadura, encontramos el primitivo sentido de la obligación, bajo la forma de unir o ligar dos cosas, que indica la sujeción del deudor al acreedor.

La congruencia existente entre pregunta y respuesta debía ser completa y absoluta, ya que de no ser así el contrato sería nulo. Por ejemplo, y volviendo al caso anterior, si la respuesta dada, por la parte obligada era en el sentido de: "sí, prometo darte una moneda de plata", o bien: "sí, prometo darte dos monedas de plata el día último de los *idus* de marzo", el contrato sería nulo.⁵

Los usos más frecuentes de la *stipulatio* fueron: la estipulación de intereses, la pena convencional de forma estipulatoria y la fianza estipulatoria.

En el primer supuesto, se podían fijar por medio de la estipulación los intereses que el deudor debía pagar en relación con un contrato de préstamo como el mutuo, por ejemplo. En este caso, la estipulación tendría el papel de contrato accesorio al de préstamo. La pena convencional por medio de la estipulación servía para garantizar el cumplimiento de un contrato, conviniendo por la estipulación el pago de una cantidad, en caso contrario.

La fianza estipulatoria era aquel contrato verbal por el cual una persona - prometía pagar una deuda propia o ajena; es así que la fianza estipulatoria servía de garantía en relación con el cumplimiento de una obligación; si el deudor no pagaba, el fiador debía pagar por él.

En atención al verbo que se usaba para concluir este contrato, la fianza estipulatoria tenía diferentes nombres: *sponsio*, *fideiussio* y *fidepromissio*, de *spondere*; *fideiubere* y *fidepromittere*, respectivamente.

Según el objeto de la *stipulatio*, el acreedor tenía diferentes acciones para reclamar su cumplimiento: la *condictio certae pecuniae* si le debían una cantidad determinada de dinero, la *condictio triticaria* si se le debía otra cosa, y la *actio ex stipulatu* que le servía para reclamar cualquier otra prestación.

B. Contratos *litteris* o escritos

Estos contratos, como ya sabemos, eran aquellos que se perfeccionaban mediante el uso de determinada forma escrita.

a. Nomina transcriptitia

⁵ Una vez celebrado el contrato, podía redactarse un escrito llamado *cautio*, en donde quedaban asentados los hechos. Ese documento serviría como prueba en caso de incumplimiento

Los de *nomina transcriptitia* son los más antiguos y eran aquellos, que se consignaban en los libros de contabilidad del acreedor, no siendo menester que el deudor también los transcribiese.

Eran contratos unilaterales y de estricto derecho, que tenían por objeto una determinada cantidad de dinero; por ello, estaban protegidos por la *condictio certae pecuniae* para exigir su cumplimiento.

b. Síngrafos y quirógrafos

Los síngrafos y los quirógrafos son contratos más recientes y probablemente tengan su origen en el derecho griego. Los primeros, es decir, los síngrafos se redactaban por partida doble quedándose una copia en poder del acreedor y la otra en poder del deudor; en cambio, los quirógrafos constaban en un sólo ejemplar, que permanecía en poder del acreedor.

C. Contratos re o reales

Estos contratos se perfeccionan mediante la entrega de la cosa, pues sólo después de entregado el objeto, quien lo recibe queda obligado a restituirlo.

Estos contratos son cuatro: mutuo, comodato, depósito y prenda.

a.- Mutuo

Es un contrato unilateral, gratuito⁶ y de estricto derecho al que también podemos llamar préstamo de consumo, por medio del cual la persona, llamada mutuante, le transfiere a otra, llamada mutuario, la propiedad de determinados bienes fungibles, obligándose éste a devolver una cantidad igual del mismo género y calidad. Pueden ser, por tanto objeto de este contrato aquellas cosas que se pesan, cuentan o miden, con la finalidad de que el mutuario devuelva aun objeto semejante como, por ejemplo, trigo, vino, dinero, etcétera.

El mutuante no tiene ninguna obligación para con el mutuario, pero deber de ser el propietario del bien en el momento de la celebración del contrato.

Muy relacionado con este contrato tenemos la figura conocida como *foenus nauticum*, esto es, el préstamo efectuado a los armadores para financiar empresas

⁶ El hecho de que este contrato sea gratuito no significa que no se puedan cobrar intereses, si éstos se establecen en un contrato adicional.

marítimas, en el que el mutuario no deberá nada, si el navío perece con el dinero y sólo debe devolver la cantidad prestada, si el viaje llega a feliz término.

En el caso de que el barco se perdiese por causa de fuerza mayor, el mutuario se liberaba automáticamente de su obligación.⁷

También muy vinculado con este contrato tenemos el caso de los préstamos de dinero hechos a un *filiius familias*, regulados y prohibidos en el *Senadoconsulto Macedoniano*, ya que no daban la posibilidad de ejercer una acción en contra el deudor incumplido.

Para pedir que se devuelva lo prestado, el mutuante tiene la *condictio certae pecuniae* o la *condictio triticaria*, según se trate de mutuos de dinero o de otras cosas.

b. Comodato

También llamado préstamo de uso, es un contrato sinalagmático imperfecto,⁸ gratuito y de buena fe; por medio del cual una persona, llamada comodante, le entrega una cosa no fungible a otra, llamada comodatario, para que ésta la use para determinado fin y la devuelva dentro del plazo fijado.

Para que este contrato se perfeccione es necesario que el comodante entregue la cosa, conservando tanto la propiedad como la posesión del bien, teniendo el comodatario una simple detentación.

El objeto del comodato puede recaer tanto sobre bienes muebles como inmuebles, pero en cualquiera de los casos deberán de ser objetos perfectamente determinables.

Las obligaciones del comodatario se reducen básicamente a dos: la utilización del objeto sólo para el uso convenido y el devolverlo al término del plazo establecido. Dicha devolución se hará con los productos que se hayan obtenido, debiendo en todo momento cuidar la cosa para su buena conservación, siendo

⁷ Tomando en consideración los riesgos elevados que implicaba dicho préstamo, se permitió cobrar una tasa de interés más alta que la ordinaria

⁸ En el momento de la celebración del contrato se obliga únicamente el deudor (comodatario), pero con posterioridad pueden surgir obligaciones para el acreedor (comodante).

responsable de los daños que la misma sufiere, salvo que éstos proviniesen de causas ajenas a él; esto es, por causa de fuerza mayor.

Por su lado, las eventuales obligaciones que pudieran surgir para el comodante se reducen en realidad a una: indexar al comodatario de los gastos extraordinarios que hubiese realizado para conservar la cosa,⁹ así como aceptar el objeto materia del contrato cuando le sea devuelto por el comodatario.

Tanto el comodante como el comodatario tienen derecho de reclamar el cumplimiento, de las obligaciones de la otra parte mediante las acciones respectivas.

El comodante tendrá en su favor la *actio commodati directa*, la cual se podrá ejercer para que le sea devuelto el objeto dado en comodato y para reclamar los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado. Por su parte, el comodatario tendrá en su beneficio la *actio commodati contraria*, para reclamar los gastos extraordinarios surgidos con motivo de la conservación de la cosa, así como los daños y perjuicios ocasionados, con la ventaja de poder retener el objeto, en tanto el comodante no cumpla con su obligación.

c. Depósito

Otro de los contratos reales es el depósito, mediante el cual una persona —el depositante—, entrega a otra —el depositario— una cosa mueble para su guarda, que debe ser, devuelta a su requerimiento. Este es entonces un contrato sinalagmático imperfecto, gratuito y de buena fe.

El depositario tiene la obligación de restituir la cosa depositada, ya que es responsable por la pérdida o deterioro que sufiere el objeto, salvo que fuese por causas ajenas a él. Puede, si se da el caso, solicitar al depositante una indemnización por los gastos que hubiera tenido que realizar para conservar el objeto en la debida forma e incluso retener el bien en su poder y ejercer una *actio depositi contraria*.

En el supuesto de que el depositario utilice el objeto depositado en su beneficio,¹⁰ deberá pagar los intereses correspondientes más los daños y perjuicios que el depositante sufiere, teniendo éste en su favor una *actio depositi directa*, en el caso de que el depositario no cumpla sus obligaciones.

⁹ No así los gastos normales.

¹⁰ Si esta utilización del objeto depositado se hiciese de mala fe, se le podría acusar, inclusive de robo por parte del.

Pasemos ahora a examinar los casos especiales de depósito:

En primer lugar figura el secuestro, en aquellos casos en que existiendo un bien cuyo propietario es una persona incierta, es entregado provisionalmente a un tercero, mientras se resuelve quién tiene el derecho de propiedad sobre la cosa. El secuestro puede presentarse de dos formas: una, ordenado por un juez el secuestro judicial; otra, cuando las partes se ponen de acuerdo libremente: el condicional.

El primero se dará en relación con un objeto litigioso, el segundo podrá darse en el caso de una apuesta, por ejemplo.

En segundo lugar figura el llamado depósito irregular, en el cual encontramos la característica de que pueden ser depositados bienes fungibles, dándose el caso de que se permita al depositario consumirlos o inclusive venderlos, ya que por la naturaleza misma del objeto este se puede sustituir por otro equivalente.¹¹

Existe el llamado depósito miserable o necesario, en el cual nos vemos forzados a efectuar el depósito de un objeto, la mayor parte de las veces por causa ajena al depositante, en cuyo caso, si el depositario no cumple con sus obligaciones, se ejercerá en su contra una *actio in duplum*, una acción hasta por el doble del valor del objeto depositado.¹²

d. *Prenda*

El último de los contratos reales es la prenda; por medio del cual un deudor o una tercera persona entrega una cosa a un acreedor, al que llamaremos acreedor prendario, para que la guarde en garantía de un derecho que éste tuviese en contra del primero.

Es, por tanto, un contrato sinalagmático imperfecto, de buena fe, que sirve para garantizar el cumplimiento de otra obligación.

En una primera etapa, los objetos que podían ser motivo de este contrato fueron exclusivamente bienes muebles; pero con posterioridad se amplió a inmuebles.

¹¹ Esta variante del depósito tiene gran semejanza con el contrato de mutuo; la diferencia fundamental estriba en que el mutuo es un contrato de estricto derecho y el depósito irregular es de buena fe.

¹² Lo mismo ocurriría cuando un viajero deposita su equipaje en una posada y el propietario o persona dependiente de él comete un abuso sobre el objeto depositado.

El acreedor prendario se obliga a restituir la cosa dada en prenda en el momento en que el deudor cumpla con su obligación, así como a pagar intereses y daños, si el objeto llegara a sufrirlos por haberlo utilizado en su beneficio, ejerciendo el dueño de la prenda, en caso de incumplimiento, una *actio pignoratitia directa*. Por su lado, el acreedor quedará obligado a reembolsar al acreedor prendario los gastos que hubiese efectuado para la conservación de la cosa; de no hacerlo, el acreedor prendario tendrá la facultad de ejercer una *actio pignoratitia contraria* para hacerse reembolsar los gastos efectuados, gozando además del derecho de retención de la prenda.

Al igual que en otros contratos reales, en el caso de la prenda vamos a encontrarnos con figuras especiales, tales como la anticresis y el *pignus Gordianum*. En la anticresis, el acreedor prendario puede utilizar el objeto dado en prenda, con la facultad de percibir sus frutos hasta que con su importe se pague la deuda. La prenda Gordiana, que data del año 239, consiste en que el acreedor prendario tiene la facultad de retener el objeto dado en prenda una vez que el deudor hubiese cumplido con la obligación principal e la cual la prenda era accesoria, siempre y cuando tuviese otros créditos con el mismo deudor; esto es, sirve para garantizar créditos diversos a aquel para el cual fue constituida.

D. Contratos *consensu* o consensuales

Estos contratos se perfeccionan por el simple acuerdo de las partes. El elemento consentimiento, visto desde un punto de vista subjetivo, es lo más importante en ellos y puede ser manifestado verbalmente, por escrito o de forma tácita.

Son contratos consensuales la compraventa, la *locatio conductio*, el mandato y la sociedad; todos son contratos bilaterales y de buena fe y se reagrupan en los *intuitu rei* (compraventa y *locatio conductio*) y los *intuitu persone* (mandato y sociedad).

En los primeros, lo que más interesa es el objeto material del contrato, que o compre o venda; mientras que en los segundos lo más importante son las cualidades de las personas con las cuales se celebra el contrato; es decir, con quien voy a asociarme para hacer algo, o bien, qué cualidades tiene la persona a, quien voy a encomendarle algo.

a. *Compraventa*

Vemos, pues, que la *compraventa (emptio, venditio)* puede ser definida como aquel contrato de buena fe por medio del cual una persona llamada vendedor se obliga a transferir a otra llamada comprador, la posesión libre, completa y

duradera de una cosa determinada, mediante el pago de una cantidad cierta y en dinero. Basándonos en ésta definición, observamos que el acuerdo de las partes debe recaer sobre dos cosas fundamentalmente: la cosa vendida y el precio pagado por ella. Respecto de la primera, todas las cosas que se encuentran en el mundo del comercio (*res in commercium*) y, por ende, forman el patrimonio de un individuo, pueden ser objeto de compraventa, tanto cosas corporales como incorporales.¹³

Por lo que se refiere al precio, éste deberá de ser en dinero, justo, fijo y verdadero. En dinero, ya que de no ser así por ejemplo, si fuera en bienes o servicios estallamos ante otra figura contractual. Justo, pues si la venta se hacía por menos de la mitad del valor del objeto, el vendedor podía rescindir el contrato, salvo que el comprador completase la diferencia; fijo, esto es determinado o fácilmente determinable.

Además, el precio deberá ser verdadero, en relación con el valor real del objeto (si se vendía una casa por una moneda, por ejemplo, estaríamos en presencia de una donación y no de una venta).

Por ser la compraventa un contrato sinalagmático van a existir deberes para ambas partes. Por lo que se refiere al comprador, en primer lugar éste tendrá que pagar el precio convenido; el retraso en el pago¹⁴ causaría los intereses moratorios correspondientes. Además, tenía la obligación de recibir el objeto comprado en el momento en que se hubiese determinado; de no ser así, incurriría en un caso de *mora creditoris*.

Estas obligaciones estaban sancionadas por la *actio venditi*.

Si la cosa perece por causa de fuera mayor entre el momento de la compraventa y el de la entrega, el riesgo lo soportaría el comprador, o sea que él sufre la pérdida. En este caso se contradice el principio general de derecho de que las cosas perecen para su dueño, pues el comprador todavía no lo es, pero pareció justo que él soportase los riesgos; ya que también obtendrá los beneficios de la cosa, esto es, lo que ella hubiese producido.

¹³ Ejemplo de cosas corporales lo serán una mesa, una casa, etc., de cosas incorporales, un crédito, una servidumbre, etcétera.

¹⁴ En relación con el pago, tenemos el principio establecido por la *lex commissoria*, cláusula que se insertaba generalmente en todo contrato, y que le concedía al vendedor la facultad de rescindir el contrato cuando no se pagaba en tiempo.

Por lo que se refiere al vendedor, su obligación principal consiste en la entrega de la cosa comprada, a efectos de que el comprador goce de sus pleno disfrute. No se habla en ningún momento del hecho de transferir la propiedad de la cosa vendida, sino únicamente la entrega de la cosa vendida, pero como consecuencia de esta entrega el comprador adquiere el goce completo de ella; siendo por lo tanto la compraventa una causa justa de adquisición. De aquí que la principal obligación del vendedor consiste en hacer todo lo posible a efecto de que el comprador disfrute del objeto materia del contrato. Por tanto, este contrato no es traslativo de dominio; sino que mediante él se transfiere la posesión del bien, la entrega material de la cosa no es una simple detentación, sino, que debe ser una sesión libre y duradera, para lo cual estará obligado a proteger al comprador en caso de una evicción: esto es, protegerlo contra el despojo o amenaza de despojo de la cosa comprada. Si no puede evitar la evicción, tendrá que indemnizarlo.

El comprador puede exigir el cumplimiento de esta protección ante un tercero, o la indemnización en su caso, mediante la *actio empti*, la cual podrá ser utilizada cuantas veces el comprador sea molestado en la libre posesión del objeto comprado.

Finalmente, el vendedor responderá también de los vicios ocultos de la cosa, que al ser descubiertos podrá traer como consecuencia el ejercicio de la *actio quanti minoris*, para obtener una disminución en el precio¹⁵ o bien una *actio redhibitoria*, para solicitar la nulidad del contrato. Esta acción se podía ejercer durante un lapso de seis meses.

Debemos mencionar dos casos especiales del contrato de compraventa: la compra de esperanza (*emptio spei*) y la compra de una cosa esperada (*emptio rei speratae*). En ambos casos, el objeto del contrato es una cosa que todavía no existe pero que se supone existirá en el futuro. En la compra de esperanza el contrato se perfecciona desde un principio y el comprador debe pagar el precio aunque la cosa futura no llegue a existir; por ejemplo; una cosecha. En la compra de una cosa esperada, el perfeccionamiento del contrato se condiciona a que la cosa exista y sólo entonces el comprador pagará el precio; por ejemplo, la compra de una cría no nacida, sujeta a que sea macho o hembra.

Anexo al contrato de compraventa que hemos visto, podemos encontrar gran serie de figuras o pactos especiales, que son:

¹⁵ Este acción se podrá ejercer cuantas veces fuese necesaria durante el lapso de un año a partir de la fecha de la celebración del contrato.

- a. Las arras. Consisten en una cantidad de dinero que uno de los contratantes entrega al otro para demostrar así el interés que tiene en la celebración del negocio.

Están también las llamadas arras penales o pena convencional, para los casos en que alguno de los contratantes se retractase de la celebración del contrato.

- b. *La addictio in diem*: Por este pacto se estipulaba que el vendedor podía rescindir el contrato sin pena alguna, si antes de determinada fecha se le ofrecía una mejor oportunidad de venta.
- c. *El pactum displicintiae*. En él el comprador podía rescindir la compra venta dentro de un plazo determinado si el objeto no le satisfacía por alguna justa causa.
- d. *El pactum de retroemendo*. Mediante este pacto se permite al vendedor reservarse el derecho de volver a comprar el objeto en un plazo determinado, y siempre y cuando se den determinadas condiciones preestablecidas.
- e. *El pactum de retrovendendo*, similar al anterior concede la facultad al comprador de volver a vender el objeto al vendedor.
- f. *La protimesis*. Es el derecho de preferencia que tiene el vendedor de volver a comprar la cosa si el comprador quisiera venderla.
- g. *El pactum commisorium*. Es aquel mediante el cual quedan en suspenso los efectos del contrato hasta que se pague totalmente el precio establecido en el mismo.

b. *Locatio conductio*

Otro de los contratos consensuales es la *locatio conductio*, que es un contrato sinalagmático y de buena fe, por el cual una persona se compromete a proporcionar a otra el goce temporal de una cosa no consumible, o bien a ejecutar en favor de ella un determinado trabajo mediante una retribución periódica y en dinero.

La persona que se compromete a proporcionar la cosa o a efectuar el trabajo se llama *locator* (equivale al concepto de arrendador); el que paga el precio del alquiler se llama *conductor* (arrendatario o inquilino).

El *locator*, en caso de incumplimiento deja otra parte; esto es, del *conductor*, puede ejercer en su favor una *actio locati*. A su vez el conductor ejercerá una *actio conducti* en caso de incumplimiento del *locator*.

Este contrato consensual cuyo objeto material puede ser de muy diversa naturaleza, tiene cuatro modalidades diferentes:

1. *Locatio conductio rerum* (arrendamiento).
2. Aparcería.
3. *Locatio conductio operarum* (contrato de trabajo).
4. *Locatio conductio operis* (contrato de obra).

1. *Locatio conductio rerum*

Es un contrato consensual, bilateral y de buena fe; el objeto material sobre el que puede recaer será siempre cosas no consumibles y que se encuentren en el mundo del comercio. Su duración estará limitada a la voluntad de las partes, y a cambio del objeto dado en arrendamiento, se recibirá periódicamente un precio determinado en dinero.

Las obligaciones del *locator* (arrendador) pueden resumirse en los siguientes puntos:

- a. Entregar la cosa arrendada.
- b. Responder de daños y perjuicios en caso de evicción o de vicios ocultos del objeto
- c. Responder de los daños perjuicios que él, o personas que estén, bajo su autoridad, causen al conductor (arrendatario).
- d. Pagar las reparaciones necesarias de importancia del objeto dado en arrendamiento.

Por lo que respecta a las obligaciones del conductor (arrendatario), serán:

- a. Pagar la renta estipulada; cubriéndola en periodos vencidos, salvo pacto en contrario.
- b. Servirse del objeto de acuerdo con el uso normal para el que fue arrendado.
- c. Hacer arreglos por su cuenta las reparaciones pequeñas ocasionadas por el uso normal del objeto.¹⁶
- d. Devolver el objeto al término del contrato.

¹⁶ Si se tratase de un predio rústico, cultivarlo de acuerdo con las costumbres agrícolas establecidas.

Si al término del contrato las partes no hacían ninguna manifestación para concluirlo, éste se tenía por prorrogado en las mismas condiciones, pero por tiempo indefinido.¹⁷

A esta prórroga se le designa como una *relocatio tacita* (reconducción tácita).

2. Aparcería

En lo que concierne a la aparcería; o arrendamiento de un predio rústico, dentro del contrato *locatio conductio* nos encontramos con la modalidad de que en ella el arrendamiento se transmite a los herederos y que además, las consecuencias de una mala cosecha las sufrían ambas partes.

Este contrato; en sus dos formas de *locatio conductio rerum* y de aparcería, podía darse por terminado a raíz de las siguientes causas:

- a. Voluntad de ambas partes (o de una de ellas en caso de no haber señalado un término previamente, o de existir prórroga).
- b. Cumplimiento del término previsto.
- c. Pérdida del objeto.
- d. Incumplimiento en el pago de la renta por un periodo de dos años.
- e. Deterioro del objeto arrendado por culpa del arrendatario.
- f. En los casos en que el propietario tuviese necesidad del objeto arrendado.

3. *Locatio conductio operarum*

Esta figura corresponde al moderno contrato de trabajo y en Roma no tuvo una gran importancia. Como situación indispensable para su existencia; encontramos en él la dependencia económica y la dirección técnica. Quedan fuera de esta relación contractual todos los servicios artísticos o de profesiones liberales.

4. *Locatio conductio operis*

Equivale al contrato de obra, diferenciándose de la *locatio conductio operarum* por el hecho de que el objeto en este contrato es la prestación del servicio y en la *locatio conductio operis* es el resultado de un trabajo.

En este contrato el *locator* es el que encarga la obra y es responsable de los vicios que pudiesen existir en el material entregado, y el *conductor* es el que ejecuta el trabajo; por lo tanto, nos encontramos con que en esta modalidad la re-

¹⁷ Si se trataba de un predio rústico esta prórroga se entenderla por un periodo de un año.

muneración será a la inversa: el *locator* pagará por la obra que realice el *conductor*.

c. *Mandato*

El mandato es también un contrato consensual; además, es un contrato sinalagmático imperfecto y de buena fe.

Podemos definirlo como el contrato en virtud del cual una persona -el mandante- le encarga a otra -el mandatario- que realice determinado acto por cuenta y en interés de aquél.

El mandato se caracterizó como un contrato esencialmente gratuito, aunque en algunas ocasiones se llegó a admitir que el mandatario recibiese una remuneración, como en el caso de los médicos y los abogados, que no se consideraban como locadores.

Además, para que el mandato llegara a existir, la gestión encomendada debía ser lícita y conforme con la moral y las buenas costumbres, y hacerse en interés del mandante.

Los deberes del mandatario eran los siguientes:

- a. Llevar a cabo el mandato según las instrucciones recibidas o de acuerdo con la naturaleza del negocio.
- b. Rendir cuentas al mandante y restituir los intereses de los capitales colocados y todas las adquisiciones que fueran consecuencia del mandato.
- c. Responder de los daños y perjuicios ocasionados por su dolo o culpa grave y leve.

Los deberes que eventualmente podían surgir para el mandante son los siguientes:

- a. Pagar al mandatario los gastos que hubiese hecho en la ejecución del encargo.
- b. Responder de los daños que como consecuencia de dicha gestión hubiese sufrido.
- c. Para la reclamación Judicial de los deberes mencionados el mandante tenía la *actio mandati* directa el mandatario la *actio mandati*: contraria.

El contrato finalizaba por las siguientes causas:

- a. Cumplimiento del encargo o imposibilidad de realizarlo.
- b. Llegada del término establecido.
- c. Por voluntad de ambas partes.
- d. Por revocación del mandato por parte del mandante.
- e. Por renuncia del mandatario.
- f. Por muerte de las partes, excepto en el caso del mandato *post mortem*.

Como casos especiales del mandato figuran el mandato remunerado que ya conocemos; el mandato *post mortem*, que surte efectos después de la muerte del mandante, como en el caso de que éste le encargara al mandatario que construyera un sepulcro en su honor y, finalmente, el mandato de crédito o mandato calificado. En, este caso, el mandante encargaba al mandatario que restase una suma determinada de dinero a un tercero, encargo que surtía los efectos prácticos de una fianza, en la que el mandante- fiador ordena al mandatario- acreedor que preste al tercero- deudor, siendo responsable el mandante frente al mandatario, ya que debía responder por los daños que el encargo pudiera ocasionarle.

d: Sociedad

La sociedad es el último de los contratos consensuales. Además es, un contrato sinalagmático y. de buena fe, por el cual dos o más personas, llamadas socios se obligan recíprocamente a aportar bienes o trabajo, para alcanzar un fin lícito de utilidad común. Para que se perfeccione el contrato es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

1. Las partes deben manifestar expresamente su intención de constituir una sociedad (*affectio societatis*); esto es para distinguir este contrato de una simple indivisión de bienes.
2. Las partes deben hacer aportaciones recíprocas, que podían ser de diferente naturaleza y valor, pero que debían ser efectuadas por todos los socios.
3. El objeto de la sociedad debe ser de interés común Y lícito. Una banda de ladrones, por ejemplo, no es una sociedad así como tampoco se concibe la sociedad cuando algún socio sólo comparta las pérdidas y no las ganancias, circunstancia que recibe el nombre de sociedad leonina pero sí es válido que se acordara que alguno de los socios sólo participa de las ganancias.

En atención a la naturaleza de las prestaciones efectuadas, las sociedades podían clasificarse en:

1. *Rerum*, si el aporte lo constituían bienes.
2. *Operarum*, si la aportación estaba representada por el trabajo o actividad de los socios.
3. Mixtas, si se aportaban bienes y trabajo.

En relación con el fin perseguido por los contratantes, las sociedades podían clasificarse en:

1. Sociedades lucrativas, si los socios perseguían un lucro.
2. Sociedades no lucrativas, si se perseguía; una finalidad, exenta de lucro.

Teniendo en cuenta los bienes comprendidos en la sociedad, éstas podían clasificarse como:

1. Universales, si la sociedad comprendía todos los bienes que tuvieran los socios; por, ejemplo, las que podían formar los hijos de familia que no querían dividir la herencia de su padre, o si la sociedad comprendía todas las adquisiciones obtenidas por el esfuerzo propio de los socios; esto es, todas sus ganancias.
2. Particulares, si estaban constituidas por cosas determinadas; podían tener por objeto la realización de una operación determinada o la realización de una serie de operaciones del mismo género.

Eran deberes de los socios:

- a. Efectuar la aportación convenida.
- b. Cada uno de ellos respondía por la evicción y los defectos ocultos de las cosas aportadas.
- c. Cada socio respondía de su dolo y hasta de culpa leve en concreto.

Los socios tenían los siguientes derechos:

- a. Cada uno de los socios tenía derecho a dirigir los asuntos sociales, pero generalmente se designaba a uno de ellos para administrar la sociedad.
- b. Participar en las ganancias. Si no se hubiere- convenido-cómo se-repartirían las ganancias, se consideraría que los socios tenían derecho a partes iguales; las pérdidas se soportaban en la misma proporción en que se participaba de los beneficios, salvo pacto en contrario.

Para proteger el contrato de sociedad; tenemos la *actio pro socio*, que permitía hacer efectivas las obligaciones recíprocas de los socios y que también servía para pedir la disolución de la sociedad. Sin embargo, para la división del patrimonio social, una vez disuelta la sociedad, se debía ejercer la *actio communi*

dividundo, que es una de las acciones divisorias, precisamente la que servía para pedir la división de la cosa común.

La sociedad no tuvo gran desarrollo en Roma, probablemente porque el *paterfamilias* acostumbraba administrar sus bienes a través de la división que de ellos hacía en peculios, entre sus hijos o entre sus esclavos, limitando así su responsabilidad hasta el importe del peculio.

Sólo en tres casos reconoció el Derecho romano a la sociedad -*societas*- como persona jurídica, con capacidad de goce y de ejercicio, independientemente de la personalidad y de la capacidad de cada uno de los socios: Estos casos se refieren a las sociedades que explotaban: minas, salinas y también a aquellas que se formaban para arrendar el *cobro* de los impuestos: las llamadas sociedades de publicanos.

Lo anterior probablemente, se debe a que en los tres casos mencionados el interés social trascendía al de un grupo de personas y afectaba también a la comunidad en su totalidad.

Para los romanos, la disolución de la sociedad podía obedecer a cuatro causas distintas y así; decían que la sociedad se disuelve por las personas (*ex personis*), por las cosas (*ex rebus*), por la voluntad (*ex voluntate*) y por la acción (*ex actione*).

Se disolvía la sociedad por las personas, por la muerte o la *capitis deminutio* de uno de los socios, ya que la sociedad, al igual que el mandato, es un *contrato intuitu personae*; esto es, que se realiza en atención a las cualidades específicas de los contratantes. No es posible que continúe con los socios sobrevivientes ni con los herederos del socio fallecido; para lograr tal efecto había que formar una nueva sociedad:

La sociedad se disolvía por las cosas cuando llegaba el término convenido, se realizaba el fin perseguido o se hacía imposible su realización; y también en el caso de que perecieran las cosas que constituían la sociedad.

Se disolvía por voluntad de los socios si todos, o uno, o varios de ellos presentaran su renuncia y, finalmente, la sociedad se disolvía *ex actione* cuando alguno de los socios demandaba su disolución mediante el ejercicio de la *actio socio*.

2-. Contratos innominados

Los contratos innominados aparecieron con el reconocimiento de determinadas convenciones que no figuraban en la lista tradicional de los contratos. Son figuras que se apartan de los contratos típicos del derecho clásico y que, en atención a la naturaleza de la prestación y contraprestación, se agrupan en cuatro clases distintas:

1. *Do ut des*: Doy para que des. Se presenta cuando las prestaciones de cada una de las partes consistieran en dar alguna cosa.
2. *Do ut facias*: Doy para que hagas. Aquí, una parte se compromete a dar alguna cosa y la otra a prestar cierto servicio.
3. *Facio ut des*: Hago para que des. Esta categoría es igual a la anterior, pero observada en sentido inverso.
4. *Facio ut facias*: Hago para que hagas. Es un intercambio de servicio.

Como ejemplos más frecuentes de los contratos innominados es posible nombrar los siguientes:

A. Permuta

Contrato por el cual un contratante transfería al otro la propiedad de una cosa; para que éste, le transmitiera la propiedad de otra.

B *Aestiratum* (contrato estimatorio)

Contrato por el cual el propietario de una cosa, después de valuarla o estimarla, la entregaba a otra persona con el fin de que la vendiera y le entregara un precio, o se la devolviera si la venta no se realizaba.

C. Precario

Una persona, a petición de otra, le concedía el uso de una cosa, para que la devolviera en el momento en que se la reclamara.

Este contrato se parece al de comodato, pero es diferente en que para su existencia es necesario que el precarista la solicite al concedente y en que éste puede revocar el precario en el momento en que lo desee, incluso habiéndose fijado plazo.

D. Transacción

Las partes, haciéndose concesiones recíprocas, terminaban una controversia presente o evitaban una futura.

La transacción debía reunir los siguientes requisitos:

Primero que existiere un derecho incierto y segundo, que hubiera concesiones recíprocas.

La transacción sólo se podía anular si sobre el asunto ya había una sentencia anterior y ésta no fuese conocida por las partes.

Los contratos innominados se perfeccionaban cuando cualquiera de las partes cumplía con su prestación. La parte que cumpliera primero con la prestación convenida tenía a su favor la *actio praescriptis verbis*¹⁸ para reclamar la contraprestación debida, y también la *condicho causa date causa non secuta*, para exigir la restitución de la cosa cuando la prestación cumplida hubiera consistido en un dare.

V. LOS PACTOS

Ya habíamos mencionado a los pactos como una de las fuentes adicionales de las obligaciones; ahora estudiaremos algunos ejemplos concretos, que incluimos justamente después de los contratos por su semejanza con esta figura, pues los pactos son también convenciones; es decir, acuerdos de voluntades pero desprovistos de forma. Al principio, sólo daban origen a obligaciones naturales. Estos eran los pactos nudos pero, con el tiempo, tanto el pretor como la legislación imperial los dota de eficacia procesal -pactos vestidos.

Los pactos vestidos se dividen en:

1. Pactos adyectos

Son aquellos que podían anexarse a un contrato de buena fe, al momento de su celebración, para modificar sus efectos; como los ya mencionados en relación con el contrato de compraventa.

2. Pactos pretorios

Entre los pactos pretorios figuran los siguientes:

¹⁸ La acción *praescriptis verbis* se llama así porque debía incluirse como *praescriptio* es la fórmula, en la que el actor expresaba con palabras de su elección, los hechos en los que fundaba su demanda.

- A. *Constitutum*. Servía para formalizar una prórroga de un contrato existente.
- B. *Receptum argentarii*. Era el pacto mediante el cual un banquero se comprometía con su cliente a pagar una deuda que éste tuviera con tercero.
- C. *Receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*. Es el pacto por el cual los navieros, posaderos o dueños de establos se hacían responsables de mercancías confiadas a su custodia.
- D. *Receptum arbitrii*. Pacto por el cual una persona aceptaba ser árbitro en un pleito.
- E. *Pacto de juramento*: Las partes convenían en que una futura controversia fuera decidida mediante juramento.

3. Pactos legítimos

Eran aquellos cuya obligatoriedad fue dada por constituciones imperiales y entre los que tenemos la promesa de dotar, el pacto de compromiso, por el cual se convenía someter eventuales pleitos a la decisión de uno o varios árbitros y, el más importante, la promesa de donar.

A. Donación

Se entiende por donación todo acto de liberalidad por el cual una persona, el donante, se empobrecía voluntariamente en favor de otra, el donatario.

La donación debía reunir los siguientes requisitos:

1. Empobrecimiento del donante; esto es, que en virtud de la donación se opere una disminución en su patrimonio.
2. Consecuente enriquecimiento del donatario.
3. Que el donante obrara con *animus donandi* es decir, tuviera realmente la intención de realizar un acto de liberalidad.
4. Consentimiento del donatario, excepto en el caso del pago hecho por el donante a un acreedor del donatario.

La donación se podía hacer mediante entrega o promesa y por medio, del perdón de una deuda que le hacía el donante al donatario.

La donación, al ser un negocio bilateral no podía en principio ser revocada; es decir, cancelada unilateralmente por el donante; sin embargo se admitieron algunos casos de revocación:

- a. Por ingratitud del donatario.
- b. Cuando el donatario no cumpliera con el modo señalado.
- c. Tratándose de donaciones entre patrones y libertos, cuando le nacía un hijo al patrón.

Las donaciones podían presentar distintos matices, dieron lugar a las siguientes figuras especiales:

Donación universal. Es la donación de todos los bienes presentes del donante. en este caso, el donatario respondía del pago de las deudas del donante existentes al momento de la donación.

Donación remuneratoria. Tenía por objeto recompensar al donatario por servicios que hubiese prestado al donante. Esta clase de donación era irrevocable.

Donación sub modo. Es aquella en la que el donante imponía al donatario una carga *-modus-* que debía realizar.

Donación mortis causa. Producía sus efectos después del fallecimiento del donante. Por su vinculación con el derecho hereditario se estudiará en el capítulo relativo a las sucesiones.

Como figuras especiales de la donación también se consideran las donaciones entre cónyuges; que fueron prohibidas por el Derecho romano; y las donaciones patrimoniales, hechas por el hombre a la mujer; antes y durante las *iustae nuptiae -ante y propter nuptias-* que sí fueron permitidas y llegaron a considerarse como contrapartida de la dote.

Con el fin de evitar que las donaciones excesivas pudieran perjudicar a los herederos del donante, una *Lex Cincia* del año 204 a.C. prohibió hacer donaciones superiores a una determinada cantidad, que no conocemos.

Esta ley pertenecía a la categoría de las leyes imperfectas; ya que carecía de sanción, no anulaba las donaciones excesivas ni castigaba al infractor.

Sin embargo, el pretor otorgaba la *exceptio Legis Cinciae* para paralizar la acción del donatario que reclamara una donación excesiva.

En el derecho posclásico la Ley *Cincia* cayó en desuso y fue sustituida por una nueva restricción, la *insinuatio*, o inscripción en registros públicos de aquellas donaciones que excedieran de cierto límite (quinientos sueldos en la época de Justiniano).

VI. DELITOS PRIVADOS

Los delitos, como ya sabemos, son una de las cuatro fuentes principales de las obligaciones, según Justiniano.

El derecho romano distinguió entre los delitos públicos –*crimina*– que afectaban el orden social, se perseguían de oficio y se castigaban con penas públicas, y los delitos privados –*delicta*– perseguidos a iniciativa de la parte ofendida, castigados con una multa privada otorgada a favor de la víctima Y que ésta podía reclamar a través de un juicio ordinario.

Los delitos privados daban lugar a una relación de tipo obligacional, en la que la víctima figuraba como acreedor (de la multa privada) y el delincuente como deudor.

Los delitos privados fueron tipificados tanto por el derecho civil como por el derecho honorario.

1. Delitos privados del derecho civil

A. Robo

El robo (*furtum*) estaba configurado por todo acto, que implicara un “aprovechamiento doloso de una cosa, con el fin de obtener una ventaja, robándose la cosa misma, o su uso, o su posesión” (Paulo, D. 47, 2,1, 3).

Como se desprende de la definición anterior, el concepto de robo era muy amplio, ya que no sólo se refería al acto de apoderamiento de una cosa ajena, sino a todo aprovechamiento ilegal de un objeto: abuso de confianza, estafa, fraude.

Para que se configurara el delito de robo debían concurrir dos elementos: uno de carácter objetivo -el aprovechamiento ilegal- y otro de carácter subjetivo: la intención dolosa;

El robo daba lugar a dos acciones: una penal, la *actio furti*, por la cual la víctima lograba la multa privada, y otra reipersecutoria para recuperar el objeto robado. Estas acciones no sólo correspondían al propietario de la cosa robada sino a cualquiera interesado en que el objeto no fuera robado, como el poseedor de buena fe, el usufructuario o el usuario, etc. En cuanto a la responsabilidad de los herederos del ladrón, no se extendía a la multa privada; sólo respondían de cualquier ventaja, que hubieran obtenido como consecuencia del delito.

La cantidad que el ofensor debía pagar como multa privada variaba según se tratara de delito flagrante o no flagrante de robo (*furtum manifestum* o *nec manifestum*). En el primer caso, la multa sería de cuatro veces el valor del objeto; en el segundo, del doble. En el caso de delito no flagrante también se castigaba a aquellos que escondieran objetos robados por otros. En el derecho antiguo el delito flagrante –también considerado como más grave– se castigó con pena de muerte.

B. Daño en propiedad ajena, (*damnum iniuria daturn*)

El acto ilícito realizado por una persona, con o sin intención, y que ocasionara un perjuicio a otra, configuraba el delito de daño en propiedad ajena. La reparación del daño injustamente causado a cosas ajenas fue prevista por la *Ley de las XII Tablas*, pero fue una ley posterior –la *Lex Aquilia*– la que sistematizó las normas aplicables a los diferentes casos de daño en propiedad ajena.

Así, dicha ley castigaba la muerte dada a esclavos y animales ajenos, con una multa igual al mayor valor alcanzado por el esclavo o animal en el último año y con una multa igual al valor de la cosa en los treinta días últimos, en relación con los daños experimentados en cosas del patrimonio, por haber sido quemadas, rotas o desgarradas por otra persona.

Producido el daño la reparación era exigida por una acción especial de carácter penal, creada por la misma ley, la *actio Legis Aquiliae*.

C. Lesiones (*iniuria*)

La palabra injuria se empleó en dos sentidos: uno amplio, para designar todo acto contrario a derecho; y otro restringido, que aludía a todo acto que implicara una lesión física o moral a la persona humana.

En la *Ley de las XII Tablas* las lesiones graves eran castigadas con la pena del talión, a menos que las partes acordaran una composición voluntaria. Las lesiones leves eran castigadas con penas pecuniarias que variaban según la importancia de aquéllas. Más adelante, el pretor comenzó a fijar la indemnización para cada caso concreto. *Una Lex Cornelia* dio a la víctima la facultad de escoger entre el ejercicio de la *actio iniuriarum* y el procedimiento previsto para delitos públicos. Finalmente, con Justiniano, el delito de lesiones pasó al campo de los delitos públicos; tendencia general en relación con todos los delitos, ya que se consideró que también los delitos privados afectaban la paz pública y que el Estado debía perseguirlos.

2. Delitos privados del derecho honorario

Al lado de las figuras ras consagradas por el derecho civil existieron aquellas creadas por el derecho honorario. Entre ellas encontramos la rapiña, la intimidación, el dolo y el fraude a acreedores.

A. Rapiña

Se entendía por rapiña un robo cometido con violencia. Inicialmente, este delito se castigaba igual que el de robo no manifiesto; sin embargo, el pretor Lúculo (76 aC.) creó una acción especial, la *actio vi bonorum raptorum*; por la cual la víctima podía reclamar una multa privada del cuádruplo del valor del objeto.

Dicha acción era de carácter penal, pero el derecho justiniano estableció que una cuarta parte de la sanción se considerara como indemnización, y tres cuartas partes, como multa privada; dándole así el carácter de acción mixta, ya que servía tanto para reclamar una indemnización como para lograr una multa privada.

B. Intimidación

La intimidación ya fue estudiada como vicio del consentimiento. Aquí agregaremos que la acción que se tenía para pedir la correspondiente indemnización, la *actio quod metus causa*, era de carácter penal, y servía para pedir el cuádruplo del valor

del daño sufrido si se ejercía dentro del año y transcurrido ese plazo, por el valor del perjuicio.

C. Dolo

También la *actio doli* era una acción penal, por el simple importe del daño.

La víctima tanto del dolo como de la intimidación, tenía a su favor las excepciones correspondientes y en su caso, la *in integrum restitutio*, .

D Fraude de acreedores

Este delito comprendía aquellos actos realizados intencionalmente por el deudor para caer en insolvencia.

El acreedor perjudicado podía pedir la revocación de tales actos a través del *interdictum fraudatorum* o de una *in integrum restitutio*. En el derecho justinianeo se funden estos dos remedios en una acción revocatoria llamada *actio Pauliana* esta acción no daba lugar a una multa privada, se trataba de una acción revocatoria y no era infamante:

VII. CUASICONTRATOS

Entre las cuatro fuentes principales de las obligaciones tenemos también al cuasicontrato, ya que el Derecho romano consideró que aquellas obligaciones que no provenían propiamente de un contrato pero que tampoco derivaban de un delito, podían provenir, de una figura afín al contrato y decía que se originaban *quasi ex contractu*.¹⁹

Algunos de los casos más conocidos de cuasicontratos son: la gestión de negocios, el enriquecimiento ilegítimo, y el caso previsto en la *Lex Rhodia de iactu*.

1. Gestión de negocios

El acto de administración de intereses ajenos sin encargo de su titular constituía la gestión de negocios.

¹⁹ Los diferentes casos de cuasicontratos se configuran a partir de algún contrato con el que mostraban semejanza; del mandato, por ejemplo, se forma la gestión de negocios.

Era necesario que el gestor obrara por propia iniciativa, que supiera que el negocio gestionado era ajeno y que realizara la gestión en interés del patrimonio del titular, ya fuera para beneficiarlo o para evitarle un perjuicio.

Si el dueño del negocio ratificaba posteriormente lo que el gestor había hecho, la gestión se convertía en un mandato.

Los deberes del gestor eran:

En primer lugar, ejecutar el negocio hasta su terminación; y en segundo, rendir cuentas de su gestión y entregar lo que hubiera obtenido como resultado de ella

A su vez, el dueño del negocio debía resarcir los gastos que el gestor hubiera efectuado.

Para reclamar el cumplimiento de los mencionados deberes, el dueño del negocio contaba con la *actio negotiorum gestorum directa* y el gestor, a su vez, con la *contraria*:

2. Enriquecimiento ilegítimo

El enriquecimiento ilegítimo se daba cuando una persona obtuviera una ganancia a costa de otra sin que mediara una causa jurídica; es decir, cuando dicha ganancia proviniera de una relación jurídica injustificada.

El derecho clásico otorgó diversas acciones para que el perjudicado lograra una indemnización por el perjuicio sufrido.

Las principales acciones eran las siguientes.

Primera: *condictio indebiti soluti*. Esta acción se concedía a la persona que había entregado algo a otra pensando que lo debía (pago de lo indebido), en el caso, por ejemplo, de que pagara cuando la obligación ya se hubiera cumplido, como si otro hubiera pagado en su nombre, sin su conocimiento.

Segunda: *condictio, ob turpem causam*. Fue la acción para exigir la devolución de algún valor entregado en vista de una causa deshonrosa para quien lo recibió. Por ejemplo, el actor había entregado algo al demandado con el fin de que no cometiera un delito.

Tercera: *condictio causa data causa non secuta*. Esta acción servía para pedir la restitución de una cosa entregada en virtud de un contrato innominado.

Cuarta: *condictio sine causa*. Esta acción se relacionaba con aquellas entregas que, aunque justificadas en el momento mismo en que se efectuaron, posteriormente dieron lugar a un enriquecimiento ilegítimo, como, por ejemplo, si se hubiera constituido dote y el matrimonio no se pudo realizar por existir un impedimento.

3. *Lex Rhodia de íactu*

Esta ley regulaba el comercio marítimo y disponía que la pérdida ocasionada por la echazón de mercancías fuera soportada proporcionalmente por todos los interesados. El armador y los dueños de las mercancías salvadas debían indemnizar a los propietarios de las mercaderías que el capitán había ordenado arrojar, considerándose que el origen de esta obligación era un cuasicontrato.

VIII. CUASIDELITOS

Los cuasidelitos son la última de las fuentes de las obligaciones consideradas por Justiniano dentro de las cuatro más importantes: Sin embargo, entre delito y cuasidelito no existe, en el Derecho romano, ninguna diferencia esencial. De esta manera, cuando los compiladores dicen que existen obligaciones que nacen *quasi ex delicto*, se refieren en realidad a nuevas figuras delictivas, creadas por el derecho honorario y que no habían quedado incluidas en la lista tradicional de los delitos.

Las cuatro figuras de cuasidelito mencionadas en el *Corpus iuris* son las siguientes:

1. Torpeza o deshonestidad d Judicial

El juez que "hacía suyo el proceso"; es decir, que dolosa o negligentemente dictaba una sentencia injusta, quedaba obligado a pagar a la parte perjudicada una indemnización.

2. *Effusum et de ictum*

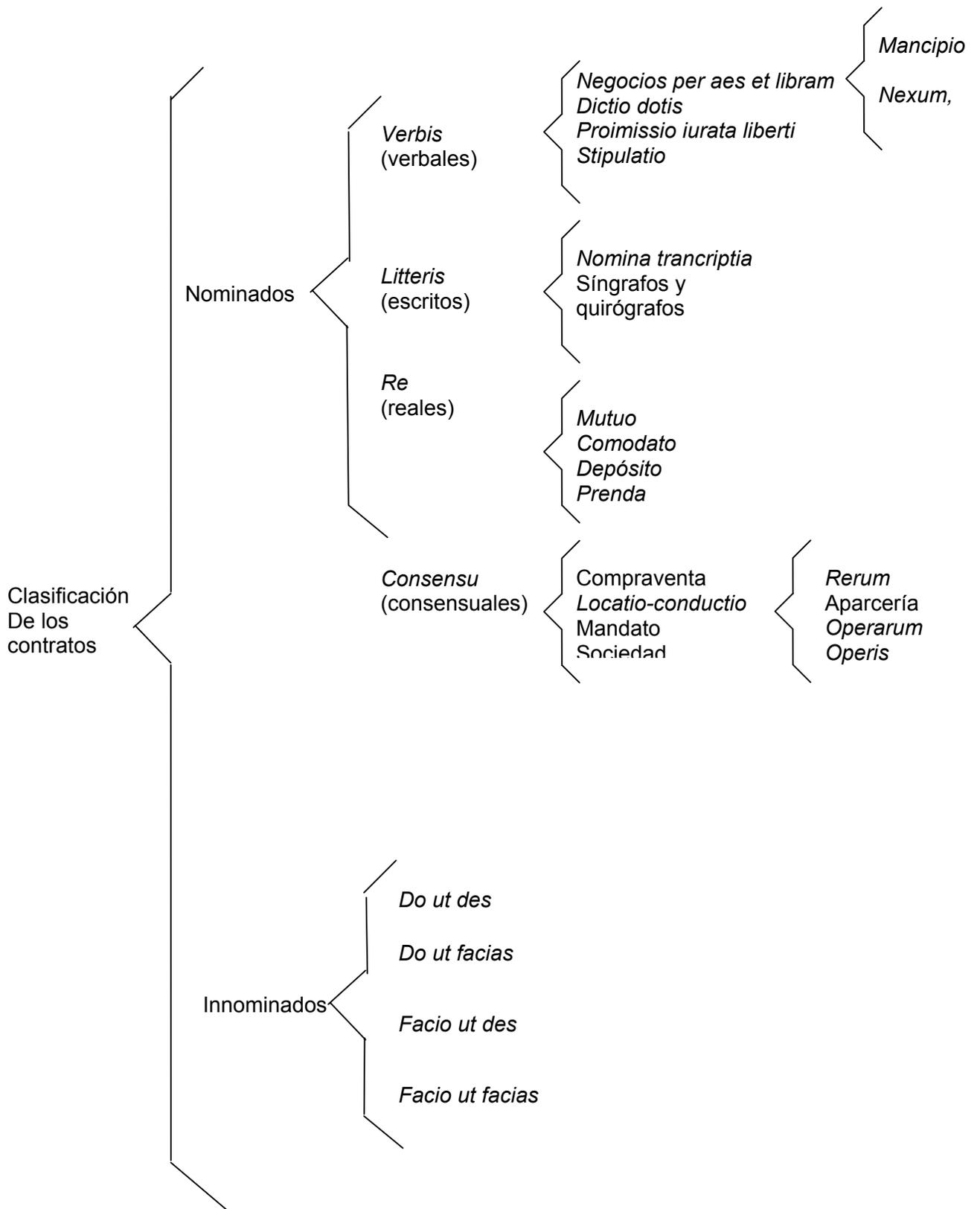
El habitante de una casa desde la cual se arrojara algo a la vía pública ocasionando un daño, respondía por el doble del valor de éste.

3. *Positum et suspensum*

También era responsable el habitante de una casa que colocara o suspendiera algún objeto que con su caída pudiera causar un daño. La acción respectiva era una acción popular y sancionaba un posible daño, ya que no era necesario que el perjuicio se hubiera producido.

4. *Responsabilidad de navieros, posaderos y dueños de establos*

Al estudiar los pactos, vimos que por uno de los de *receptum*, las citadas personas se hacían responsables por los objetos dejados bajo su custodia; pero si sus dependientes cometían robos o daños, también quedaban, obligados, *quasi ex delicto*, a pagar una indemnización.



Clasificación de las sociedades

Según la aportación hecha por las partes

- Rerum* – bienes
- Operarum* – Trabajo
- Mixtas – bienes y trabajo

Según el fin perseguido

- Lucrativas
- No lucrativas

Según la extensión de las aportaciones

- Universales
 - De todos los bienes
 - De todas las ganancias
- Particulares
 - Para realizar una operación determinada
 - Para realizar una serie de operaciones del mismo género