

DERECHOS DE OBLICACIONES

5.1.- TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES: Concepto e historia de la obligación romana.- Elementos de la obligación.- La prestación: Sus caracteres.- Clasificación de las obligaciones.- Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones.- Garantía de las obligaciones.- Transmisión de las obligaciones.- Extinción de las obligaciones.- Fuentes de las obligaciones

CONCEPTO E HISTORIA DE LA OBLIGACIÓN ROMANA

Dar un concepto jurídico de obligación requiere, en primer lugar, comprender su naturaleza jurídica y su progresiva evolución en el Derecho romano. Para ello, hay que comenzar por su significación etimológica y, en este sentido, podemos ver que la palabra “obligación” se corresponde con el término latino *obligatio*, es decir, “atadura”, “ligadura”. Relacionando este sentido con el mundo del Derecho vendría a significar este término “acción de responder de algo o frente a alguien”. De todas formas, el significado jurídico concreto va en función del momento o periodo histórico en que nos situemos:

- En los primeros momentos o etapa arcaica del Derecho romano, las obligaciones se regulaban por los *mores maiorum* bajo la autoridad del *paterfamilias* (si la obligación nacía entre miembros de una misma familia) o de los distintos *patresfamilias* (si las obligaciones se daban entre miembros de distintos grupos familiares, siendo el delito o el *nexum* como primitiva forma de contratación las primeras fuentes que hizo nacer la obligación).
- A partir del periodo preclásico y clásico, como consecuencia de la evolución que va sufriendo la familia y las progresivas limitaciones por parte del poder público al poder del *paterfamilias*, encontraremos en las fuentes romanas definiciones de obligación que se verán reflejadas y consolidadas en la Compilación Justiniana. Concretamente:
Paulo (D. 44,7,3pr.) nos dice que: “la esencia de las obligaciones no consiste en que uno haga nuestra una cosa o una servidumbre, sino en exigir a otra para que nos dé, haga o indemnice algo” (*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*).
Justiniano, en Instituciones 3,13pr la define diciendo: “La obligación es un vínculo de derecho por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad” (*obligatio est iuris vinculum, quo*

necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura).

Por consiguiente, el concepto de obligación puede expresarse, bien en un sentido restringido, esto es, como el *deber del deudor*, haciendo alusión sólo a una de las partes: al deudor; o bien en un sentido más amplio, es decir, entendiendo por obligación como el vínculo jurídico entre dos partes: El acreedor (*creditor*) y el deudor (*debitor*). Así, el **acreedor** estará facultado a exigir y **deudor** comprometido a cumplir un determinado comportamiento positivo o negativo que denominamos **prestación**.

ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN

El concepto de obligación encierra en su contenido dos elementos:

- *DEBITO* → deber de cumplir la prestación
- *RESPONSABILIDAD* → Si no se cumple la obligación debida, al deudor se le somete al sufrimiento de un perjuicio.

Los pandectistas alemanes (como es el caso de BRINZ) designaron tales elementos con las expresiones de “schuld” y “haftung”, correspondientes a los vocablos franceses “devoir” y “engagement”.

Primitivamente, se desarrollaron con independencia ambos elementos ya que, en caso de incumplimiento de la obligación, el deudor respondía con su propia persona ante el acreedor. Sin embargo, más adelante (a partir de la *lex Poetelia Papiria*, del siglo IV a.C.) el perjuicio que soportaría el deudor en caso de incumplimiento solo se admitiría que respondiese con sus propios bienes, acercando cada vez más ambos elementos en la medida que, desde el momento que nacía la obligación, el acreedor podía saber los bienes con los que respondería el deudor en caso de incumplimiento y, en consecuencia, veía garantizada la deuda que el deudor contraía. De ahí que, en la actualidad, el art. 1911 de nuestro Código Civil establezca que: *Del incumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.*

LA PRESTACIÓN: SUS CARACTERES

La prestación es el objeto de la obligación que consiste en *DARE* (traspaso al acreedor del objeto o un derecho real sobre la cosa), o bien en un *FACERE* (implica un comportamiento positivo, un hacer en el que podemos incluir un *dare*, o un comportamiento negativo, no hacer o dejar de hacer), o bien en *PRAESTARE* (ya fuese un *dare* o un *facere*, el *praestare* implica la diligencia que debe mostrar el deudor en el cumplimiento de la obligación, es decir, “responder de algo”, hablándose de *dolum, culpa, custodia, diligentia praestare*).

Requisitos de la prestación:

1º) La prestación debe ser POSIBLE → *Impossibilium nulla obligatio est*, es decir, la obligación de cosas imposibles es nula, según nos dice el jurista Celso en D. 50, 17, 185. Este requisito se refiere a la imposibilidad inicial, ya que la imposibilidad sobrevenida sólo libera al deudor cuando sucede por una causa en la que él no es culpable. En caso de que sea a él imputable, la obligación se perpetúa. Por tanto, el requisito de la posibilidad debe ser limitado al momento del nacimiento de la obligación.

2º) La prestación tiene que ser LÍCITA → La obligación debe consistir en la realización de un comportamiento que no sea contrario a la ley, a la moral y a las buenas costumbres (*mores maiorum*). En caso contrario, la obligación sería nula.

3º) La prestación tiene que ser DETERMINADA → o al menos que reúna los elementos objetivos suficientes para su determinación. Tanto el deudor tiene que saber cómo debe liberarse de su obligación y el acreedor tiene que saber qué debe exigirle al deudor. Ahora bien, se admite que pueda confiarse a un tercero (persona distinta del deudor y el acreedor y que cuenta con la confianza de ambos por ser una persona leal y justa) que decida según su libre arbitrio la determinación concreta del contenido de la obligación.

4º) La prestación debe tener carácter PATRIMONIAL → ello significa que la obligación tiene que estar evaluada en dinero. Ello es necesario para poder equiparar el valor de una obligación cuando ésta consista en un objeto distinto de dinero que, por causa no imputable al deudor, se destruyese y la única forma de liberarse el deudor sería entregando al acreedor la suma de dinero establecida para cada caso.

CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Las obligaciones se pueden clasificar desde distintos puntos de vista:

1º) En razón al OBJETO:

- a) Divisibles e indivisibles → Según si puede o no cumplirse la obligación por partes o fracciones.
- b) Genéricas y específicas → Son obligaciones genéricas las que recaen sobre objetos no determinados individualmente, sino tan sólo por sus rasgos generales (ejemplo: un kilo de manzanas). Mientras que las específicas hacen referencia a un objeto cierto, individual y concreto, insustituible por otra ya que ha sido elegida por sus cualidades especiales.
- c) Alternativas y facultativas → Son alternativas aquellas obligaciones en las que el deudor ha de cumplir una sola prestación entre dos o más disyuntivamente indicadas (ej: pagar en dinero, o con otro tipo de objeto). Son facultativas

cuando la obligación recae sobre un objeto determinado pero posteriormente el acreedor va a autorizar al deudor que cumpla con otro objeto que no era el debido en un principio.

2º) En razón a su EFICACIA:

- a) Obligaciones civiles u honorarias o pretorias → La primeras son las protegidas por acciones del *ius civile*, mientras las segundas son protegidas por acciones pretorias u honorarias, esto es, del *ius honorarium*.
- b) Obligaciones naturales → Son aquellas obligaciones que no están protegidas por ninguna acción dado que han nacido cuando el deudor tenía una merma en su capacidad de obrar provocando la imposibilidad de exigirle judicialmente su cumplimiento. Ahora bien, si voluntariamente el deudor cumple, la obligación estará bien cumplida, porque existía aunque no estuviese protegida y, en ningún caso, podríamos decir que el acreedor cobró indebidamente (*condictio indebiti*).

3º) En razón a los SUJETOS:

- a) Obligaciones ambulatorias, propter rem o con sujeto indeterminado → Son aquellas obligaciones en las que el acreedor o el deudor o ambos al mismo tiempo, no se encuentran determinados o concretados de forma individual en el momento de nacer la obligación, si bien encierran una prestación que debe ser realizada o puede ser exigida por la persona que se encuentre en cierta situación (por ej: la obligación de resarcir el daño causado por un animal, el responsable o deudor será quien sea en ese momento el dueño del animal aunque sea una persona desconocida para la víctima del daño que en este caso actuaría como acreedor).
- b) Obligaciones parciarias → Son aquellas en las que existiendo una pluralidad de sujetos principales, es decir, acreedores y deudores, cada uno de ellos se encuentra frente al otro en posición de independencia, es decir, cada acreedor tiene solamente derecho a exigir una parte de la prestación u obligación y a la inversa, esto es, cada deudor se halla obligado respecto de una cuota de la misma. Por ello, a este tipo de obligaciones se las conoce como obligaciones *pro parte, pro rata*.
- c) Obligaciones cumulativas → Son aquellas en las que un deudor se encuentra obligado por la entera prestación frente a varios acreedores, o cada uno de los varios deudores frente a un acreedor, produciéndose acumulación de obligaciones. (ej: las acciones penales son cumulativas porque su carácter penal permiten incrementar el valor de la obligación cuando existen pluralidad de sujetos).
- d) Obligaciones solidarias → Son aquellas en las que existe pluralidad de sujetos, acreedores o deudores, y cada uno de ellos puede exigir o debe realizar la entera prestación. En tal caso, se habla de solidaridad. En estas obligaciones nacen lo que conocemos como acciones de regreso, de manera que si un acreedor cobró

de un deudor, los demás acreedores pueden ejercitar una acción de regreso contra el acreedor que cobró y no repartió a los demás la parte de la deuda recibida. En el caso de los deudores, si un deudor es obligado a cumplir con la obligación, tendrá a su favor acción de regreso contra los demás deudores para exigirles la parte proporcional de la deuda cumplida por él.

CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Las obligaciones deben ser cumplidas desde el punto de vista del objeto, del lugar y tiempo que expresamente especifiquen las partes en su relación contractual. Ahora bien, desde que la obligación nace hasta que queda totalmente cumplida, el deudor ha de comportarse de tal manera que con su conducta no retarde o haga imposible o inadecuado el exacto cumplimiento de la obligación. De no ser así, la obligación no por ello dejará de existir porque es un vínculo coercitivo, pero resultará modificado en su contenido ya que la ejecución forzada de la prestación estrictamente igual a la que cumpliría voluntariamente el deudor no es posible conseguirla.

Por todo ello, es necesario precisar los términos de lo que sucede en el incumplimiento de las obligaciones, distinguiéndose a tal efecto: Dolo, culpa, custodia, caso fortuito, fuerza mayor y mora.

DOLO

En sentido general, es la conducta antijurídica, consciente y querida. En un sentido más concreto, es aquella conducta del deudor o bien provocada por el acreedor que, a sabiendas y voluntariamente, impide el exacto cumplimiento de la obligación o hace totalmente imposible la prestación que constituía su objeto.

Del dolo se responde siempre, incluso aunque las partes que intervienen en la obligación hubieran acordado no exigirse responsabilidad por tal conducta. De ahí que el pacto de *non petendo dolo* sea siempre nulo. Por tanto, la obligación en los casos de dolo subsiste aunque la conducta dolosa del deudor haya hecho imposible la prestación, ya que siempre está abierta la vía de sustituir aquella prestación por la indemnización y resarcimiento del daño causado al acreedor. De ahí que, en la actualidad, en el art. 1102 del C. Civil establece: *La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones, la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.*

CULPA: CLASES, GRADOS Y RESPONSABILIDAD POR CULPA AJENA

Culpa significa tanto la falta de cuidado como la negligencia. En concreto, cuando el deudor (o en algunos casos provocado por el acreedor) impide la realización de la prestación por no poner en su conducta la atención suficiente, llegando así a

consecuencias que pudo y debió prever y evitar. La diferencia con el dolo está en que aquí el deudor no actuó de mala fe, esto es, en ningún momento tuvo deseo de dañar, sino que únicamente hay descuido, falta de diligencia.

Clases de culpa:

1º.- Desde el punto de vista del vínculo obligacional:

- a) Culpa extracontractual → Surge entre personas extrañas, no vinculadas previamente. Denominándose esta culpa por los comentaristas como *culpa aquiliana*.
- b) Culpa contractual → La que se da entre personas vinculadas por una relación contractual.

2º.- Desde el punto de vista del comportamiento del sujeto:

- a) Culpa *in abstracto* → Es aquella cuya apreciación y medida se hace confrontando la conducta del deudor con una abstracción, es decir, con la figura-patrón del hombre medio, el *diligens* o *bonus paterfamilias*. De ahí que, en la actualidad, por ejemplo el art. 497 del C. Civil exprese lo siguiente: *El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia*. O bien, el art. 1094: *El obligado a dar alguna cosa lo estará también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia*.
- b) Culpa *in concreto* → Cuando la conducta del deudor se confronta con la que él mismo acostumbra a seguir en sus asuntos.

3º.- Desde el punto de vista los actos:

- a) Culpa *in faciendo* → Cuando el deudor hace imposible la obligación por un acto suyo.
- b) Culpa *in non faciendo* o *in omittendo* → El que llega a tal resultado por dejar de hacer, por una omisión.

Grados de culpa:

En la época tardía del Derecho romano se hizo la distinción de grados de culpa, distinguiendo entre:

- *Culpa lata* → Supone un descuido extremado, consistente en no prever consecuencias que cualquier persona hubiera previsto.
- *Culpa levis* → Consiste en no usar aquella diligencia que una persona normal pone en sus asuntos.
- *Culpa levísima* → Los comentaristas del Derecho Común señalaron además este tipo de culpa para contemplar aquellos casos en los que no incurrir en culpa requiere un cuidado más meticuloso, con previsión de lo que sólo personas muy inteligentes o muy especialistas en determinados temas podían prever y evitar.

El Derecho romano no sólo admitió la responsabilidad del propio deudor, sino también la de terceros que por cualquier motivo están vinculados al deudor. Por ello, si en una relación jurídica, la culpa en el incumplimiento de una obligación se debe a una persona distinta del deudor pero dependiente de éste, el deudor responde por no haber hecho la elección de personas con el debido cuidado o no haberlas vigilado suficientemente a la hora del cumplimiento de la obligación.

CUSTODIA

Cuando la prestación a la que está obligado el deudor consista en conservar durante un cierto tiempo una cosa y luego devolverla, la conducta que debe observar puede decirse que se reduce a “custodiar”.

Su responsabilidad rebasa el campo de la culpa, ya que no se indaga si hubo o no por su parte falta de cuidado, sino que se le hace responder de los daños y de los riesgos indicados, sin más averiguaciones. Por consiguiente, por custodiar una cosa siempre se responde.

CASO FORTUITO (*casus*) Y FUERZA MAYOR (*vis maior*)

Es toda causa de imposibilidad no inicial de incumplimiento de la prestación, no imputable al deudor. Las fuentes designan con las expresiones *casus fortuitus*, *vis maior* (Gayo, D. 44,7,1,4) aquellas causas de imposibilidad del cumplimiento de la prestación por hechos o circunstancias imprevisibles (ej: un terremoto) o bien porque cualquier medida adoptada por el deudor para evitar sus consecuencias hubiera sido vana.

En general, si la imposibilidad de la prestación arranca del caso fortuito o fuerza mayor libera al deudor de responsabilidad por incumplimiento, pero también es verdad que no siempre ocurre así, como por ejemplo: Cuando las partes acuerden quién será responsable en cualquier circunstancia. También cuando la obligación consista en custodiar, ya que como -antes mencionamos- por custodia siempre se responde.

LA MORA

Se entiende por mora el retardo injustificado en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor (*mora debitoris*) o la obstaculización por parte del acreedor a recibir la prestación ofrecida por el deudor en el tiempo oportuno (*mora creditoris*).

Por tanto, hay dos tipos de mora:

1º) *MORA DEBITORIS*, siempre que se den los siguientes requisitos:

- a) Hace falta que la obligación sea civil, ya que la obligación natural no tiene *actio* para exigir su cumplimiento
- b) Que sea una obligación que pueda ser ya exigida en el tiempo.
- c) Que el retraso en el cumplimiento de la obligación sea imputable al deudor.

d) Que se realice un requerimiento (*interpellatio*) formulado por el acreedor al deudor invitándole o recordándole para el pago.

Los efectos que provoca este tipo de mora son: Por un lado, la *perpetuatio* de la obligación, es decir, que sigue vigente aunque el objeto de la obligación perezca. Por otro lado, el deudor deberá abonar los intereses por el tiempo del retraso en el cumplimiento de la obligación.

2º) *MORA CREDITORIS*, siempre que se den los siguientes requisitos:

- a) Que el deudor realice al acreedor oferta completa y dentro del plazo establecido el cumplimiento del objeto de la prestación.
- b) Que el acreedor no acepte injustificadamente la oferta del deudor, anteriormente mencionada, o no coopere para recibir dicha oferta.

Los efectos que provoca este tipo de mora son: Por un lado, elimina toda responsabilidad del deudor del deterioro que sufra el objeto. Por otro lado, el derecho del deudor para exigirle al acreedor los posibles gastos de conservación que ocasione el mantenimiento del objeto.

GARANTÍA DE LAS OBLIGACIONES

Muy variadas son las formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones, las cuales pueden ser garantizadas por el propio deudor o por un tercero.

Entre las modalidades que garantiza el PROPIO DEUDOR está:

- El Derecho de fiducia, prenda o de hipoteca que se desarrollan en los Derechos reales.
- La cláusula penal → Es un acuerdo adosado a la obligación, en virtud del cual el deudor promete pagar una prestación (generalmente, dinero) en el caso de que dicha obligación principal no sea por él cumplida. La ventaja que ofrecía al acreedor esta cláusula penal era que, además de poder exigir la obligación principal, también podría exigir la obligación nacida de esta cláusula, en caso de incumplimiento por parte del deudor.
- Pacto de *constitutum* → Acuerdo por el que una de las partes promete a la otra pagar en fecha determinada una deuda preexistente propia.
- El juramento → Una de las partes propone a la otra que “jure” en el transcurso de un proceso acerca de la existencia o no de una deuda.
- Las arras → Consiste en una cantidad de dinero u otras cosas que se entregan al acreedor y que, en caso de que el deudor no cumpla, éste no puede reclamar su devolución. Computándose de ordinario, cuando la obligación es cumplida, como un adelanto a descontar del total de la prestación que el deudor debe cumplir.

En cuanto a la garantía proporcionada por TERCEROS puede ser:

- Real → mediante la fiducia, prenda o la hipoteca, como derechos reales pero constituidos por persona distinta del deudor, esto es, por un tercero.
- Personal → Entre las formas más usuales, podemos señalar la fianza o *cautio*, es decir, cuando un extraño o tercero se sitúa como deudor accesorio al lado del deudor principal, comprometiéndose también a pagar y quedando así el acreedor protegido contra una posible insolvencia de dicho deudor principal. En este sentido, a la fianza se la denomina *adpromissio* que es un contrato verbal accesorio a otro principal, es decir, que tras la celebración de un contrato entre el acreedor y el deudor, se celebra otro contrato entre el acreedor y un fiador (*adpromissor*), prometiendo éste pagar lo mismo que acababa de prometer el deudor principal.

Concretamente se desarrollaba así: Después de haber preguntado el acreedor al deudor, por ejemplo: *Spondes centum?* Y de haber contestado el deudor: *Spondeo*. El acreedor pregunta ahora al fiador: *Idem dari spondes?* Respondiendo el fiador: *Spondeo*. Y, de esta forma, la deuda queda garantizada ya que el acreedor tiene frente a sí a dos deudores comprometidos con cumplir.

En un principio, cuando esta fianza se celebraba entre ciudadanos exclusivamente, se hablaba de *sponsio*, siendo la *fideipromissio* un tipo de fianza en la que una de las partes o las dos eran peregrinos. En época justiniana se unifican ambas formas de fianza en la denominada *fideiussio*.

El *sponsor* que pagó disponía de una *actio depensi* contra el deudor que no le reintegraba lo pagado en un plazo de seis meses.

TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Si bien, en la actualidad, se acepta con toda normalidad que el derecho de crédito sea un valor económico y que su titular pueda donar, vender o traspasar a otra persona de cualquier otra manera; sin embargo, en la concepción arcaica del Derecho romano, la *obligatio* sólo se admitía como un vínculo puramente personal que solo unía al deudor con el acreedor, excluyendo la intromisión de un tercero en dicha relación. Posteriormente, como consecuencia del desarrollo de la actividad comercial, dicha intromisión sí empezó a admitirse puesto que possibilitaba un enriquecimiento y agilidad en la actividad comercial y mercantil del mercado romano.

Entre las formas de transmitir las obligaciones, podemos destacar dos:

DELEGATIO NOMINIS

Es el acuerdo entre el acreedor y el deudor consistente en extinguir la obligación existente que les une para crear una nueva en la que el acreedor va a ser otra persona diferente. En consecuencia, lo que se realiza es la sustitución de un acreedor (cedente) por otro (cesionario) y con el consentimiento del deudor.

PROCURATIO IN REM SUAM

El acreedor cedente, sin pedir autorización ni consentimiento al deudor, nombraba a un cesionario *cognitor* o *procurator* para que entablase la acción contra el deudor con la finalidad de exigirle el cumplimiento de la obligación y lo dispensaba del deber de rendirle cuentas y de traspasarle lo obtenido por la sentencia. En consecuencia, el *cognitor* o *procurator* actuaba en el juicio realmente para sí y no en representación del acreedor.

En época posclásica se cometieron con esta institución muchos abusos por parte de compradores de créditos, ya que (adquiriendo estos por poco precio y concedores de los recursos procesales) obtenían por medio de litigios de los deudores demandados cantidades superiores a la primitiva deuda contraída. Por ello, el emperador Anastasio dictó una constitución en virtud de la cual el comprador de un crédito no podría obtener del deudor sino aquello que hubiese pagado como precio de la compra.

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

La obligación se extingue cuando tiene lugar uno de los hechos o actos jurídicos a los que el ordenamiento jurídico romano atribuye la virtud de hacer desaparecer el vínculo que unía al acreedor y al deudor. En este sentido, Paulo (en D. 50, 17, 153) nos dice: “*De ordinario, cualesquiera que sean los modos con que nos obligamos, nos libramos por los mismos actos contrarios (Fere, quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur)*”; en parecidos términos también se expresa Gayo (en D. 50, 17, 100) cuando habla de la forma de extinción del contrato: “*Todo lo que se contrata en derecho se extingue por derecho contrario (Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt)*”.

A estos hechos o actos jurídicos se les llama *modos de extinción de las obligaciones* y, a la extinción misma de la obligación, se la designaba con las expresiones: *solutio*, *solvere* que implicaba la idea de desatar, soltar o desligar.

Entre los modos de extinción más usuales, podemos señalar los siguientes:

PAGO

Es la forma más natural de extinguir la obligación, ya que “pago” significa el cumplimiento de la obligación. Ulpiano, en D. 50,16,176, nos dice: “*Se admite que con la palabra “solutio” <o pago> debe entenderse toda clase de satisfacción <de una obligación>; decimos que “paga” quien hace lo que prometió hacer*” (“*Solutionis” verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet; “solvere” dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit*).

Los **sujetos** que intervienen son el deudor o su representante (el que paga al acreedor o a su representante) y el acreedor (que recibe el pago del deudor o de su representante). En cualquiera de los casos, también podría intervenir un tercero tanto

por parte del deudor o del acreedor cuando se ha producido una cesión de las obligaciones.

El **lugar** de pago (*locus solutionis*) será acordado por las partes (acreedor y deudor) pero, a falta de acuerdo, se hará en el domicilio del deudor, salvo que se trate de una obligación de dar (entregar cosas), la cual se ejecutará donde las cosas se encuentren o debieran encontrarse. En el Derecho justiniano, este tipo de obligación también podía extinguirse depositando el deudor las cosas *in publicum* (C. 4, 32,19), en el supuesto de que el acreedor no esté presente en el lugar convenido para recibirlas.

El **tiempo** en que se ha de efectuar el pago dependerá siempre de la expresa voluntad de las partes. Si bien el acreedor no puede exigirle al deudor que pague antes del tiempo estipulado, el deudor sí podría liberarse de su obligación antes de la fecha concertada, salvo que previamente entre las partes se hubiese prohibido tal supuesto. Si en el momento de nacer la obligación no se especifica el momento exacto de su pago o extinción, habría que deducirla en función de las características del objeto de la prestación y de la caducidad o prescripción de las acciones que tienden a exigir el cumplimiento de la obligación mediante el pago.

En cuanto a la **manera** de exigir el pago, habrá que estar a la plena y exacta realización de la prestación debida. Sin embargo, a veces, esta regla sufre modificaciones por tres circunstancias:

1. *Datio in solutio*: Cuando el deudor, aunque solvente, carece de aquellas cosas con las que debe efectuar el pago (ej: carece de dinero) y se le admite que abone su deuda con otras cosas que no sean dinero.
2. *Beneficium competentiae*: Cuando a un deudor, después de demostrar su buena fe o bien por disposición legal, se le dispensa de hacer un pago total si con ello va a quedar sin los medios necesarios para su subsistencia.
3. *Pactum ut minus solvatur*: Cuando existen varios acreedores frente a un deudor, se acuerda realizar una rebaja en el montante de la deuda que tiene pagar éste, con el fin de que todos los acreedores puedan cobrar al menos una parte de la misma ante la imposibilidad del deudor de cumplir con la totalidad de la prestación.

COMPENSACIÓN

Es la cancelación de un crédito cuando el acreedor está, a su vez, obligado respecto a su deudor. Por ello, Modestino nos dice, en D.16,2,1: “*La compensación es*

la contribución de una deuda y de un crédito entre sí (*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*)”. Distinguiéndose entre:

- a) Compensación convencional: Cuando la acuerdan libremente quienes son recíprocamente acreedor y deudor el uno del otro.
- b) Compensación judicial: Es aquella que el juez puede establecer en la sentencia cuando así lo pida alguna de las partes, aunque la otra no la quiera.
- c) Compensación legal: Aquella que se establece por decisión de una norma jurídica, prescindiendo de la voluntad de las partes.

NOVACIÓN

Hay novación cuando una obligación queda extinguida al ser reemplazada por otra en la que resulta variado algún elemento de la anterior. Dice Ulpiano en D. 46,2,1pr.: “*La novación es la transfusión y traslación de una deuda anterior a otra obligación, o civil o natural, esto es, cuando por virtud de una causa precedente se constituye una nueva, de modo que se extinga la primera; porque la novación recibió su nombre de la palabra “nueva” y de obligación “nueva”*”. El efecto de la novación, no es otro, que extinguir una obligación existente para hacer nacer otra nueva.

Por consiguiente, para que exista novación hace falta que se cumplan los siguientes requisitos:

- 1) Existencia de una obligación anterior.
- 2) Que la nueva obligación creada tenga un valor similar que sea merecedora de sustituir a la anterior
- 3) Que la nueva obligación tenga algo distinto en comparación con la anterior: Bien porque varíe alguno de los sujetos (acreedor o deudor); o bien, varíe la naturaleza de la obligación

ACCEPTILATIO

Forma oral de extinción de las obligaciones contraídas oralmente mediante una *stipulatio* en la que el acreedor le preguntaba al deudor si se comprometía y, éste, con su aceptación hacía nacer la obligación. Ahora, para extinguir dicha obligación, se hacía la misma pregunta pero formulándola el deudor al acreedor para formalizar su eliminación. Es, por tanto, un acto contrario a la *stipulatio* que dio lugar al nacimiento de dicha obligación y que, en sus últimas consecuencias, implica un perdón de la deuda que hace el acreedor al deudor.

Concretamente, Gayo, en *Instituciones* 3,169 nos dice: “*La obligación también se extingue por acceptilatio. La acceptilatio es como un pago ficticio. En efecto, lo que yo te debo en virtud de una obligación verbal, si quieres perdonármelo, se puede hacer permitiéndome tú que pronuncie estas palabras: ¿HAS RECIBIDO LO QUE YO TE*

PROMETÍ?, y tu respondes: HE RECIBIDO” (Item per acceptilationem tollitur obligatio. Acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio; quod enim ex verborum obligacione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM?, et tu respondeas: HABEO.

PACTUM DE NON PETENDO

Pacto creado por el Pretor, en virtud del cual el acreedor promete al deudor no exigirle el pago de la obligación. A diferencia de la *acceptilatio*, con este pacto la obligación no se extingue desde el punto de vista del *ius civile*, sino que se hace inexigible, ya que ante la acción del acreedor puede responder el deudor con una *exceptio* alegando este *pactum*. Además, este pacto podía referirse a la totalidad de la obligación o bien sólo a una parte.

Por otro lado, este pacto podía beneficiar al deudor pero no siempre a su heredero. Así, Paulo en D. 2,14,17,4 al decir: “Si yo hubiere pactado que no se me pida a mí, ni a Ticio, no aprovechará a Ticio, aunque hubiere sido mi heredero” (Si pactus sim, ne a me, neve a Ticio petatur, non proderit Ticio, etiam si heres extiterit).

IMPOSIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

La obligación se extingue también cuando se hace imposible su cumplimiento. Imposibilidad que puede ser:

- Material → Cuando el objeto de la obligación se ha destruido por causa no imputable al deudor, siempre y cuando la obligación del deudor no consista en custodiar.
- Legal → Dándose los siguientes supuestos:
 - Cuando con posterioridad al nacimiento de la obligación el objeto de la misma sea declarado ilícito.
 - Por prescripción, es decir, porque el acreedor ha dejado transcurrir el tiempo legal necesario para poder exigir, mediante el ejercicio de una *actio*, el debido cumplimiento de la obligación.
 - Por muerte del deudor, cuando la obligación es personal e intransferible.
 - Por *capitis deminutio maxima* en el supuesto de que el acreedor o el deudor caen en esclavitud y no lograsen en ningún momento de sus vidas recobrar la libertad.

CONFUSIÓN

Se da en los casos en que viene a reunirse en una sola persona las cualidades de acreedor y deudor (ejemplo: Cuando un sujeto pertenece a dos sociedades enfrentadas en un litigio).

CONCURSO DE CAUSAS LUCRATIVAS

Partiendo del principio de que no se puede dar a una persona lo que ya es suyo, se puede comprender este modo de extinción en el sentido de que tiene lugar cuando el objeto de una obligación de “dar cosa cierta y determinada” pasa a ser dicha cosa propiedad del acreedor con anterioridad al cumplimiento de la prestación (ejemplo: Cuando el arrendatario de un objeto no cumple con la obligación de devolverlo al arrendador ya que antes de que finalizase el contrato de arrendamiento el arrendatario se ha convertido en propietario de dicho objeto).

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Según Gayo (en *Institutiones* 3,88) considera que toda obligación nace del contrato o del delito (*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*). Esta bipartición fue posteriormente considerada insuficiente ya que, si bien todo contrato requiere un acuerdo de voluntades y un delito intención de hacer daño, en la práctica se observaron determinados comportamientos que generaban obligaciones que no siempre eran fruto de un acuerdo de voluntad (contrato), ni el *ius civile* reguló todos los actos ilícitos susceptibles de una pena ya que también los reguló el *ius honorarium*, distinguiéndose para los primeros como acto doloso y, para los segundos, acto culposo.

De ahí que, el mismo Gayo en *libri rerum cottidianarum sive aureorum* (D. 44,7,1pr.) junto al contrato y al delito hable también de otras causas: “*Las obligaciones nacen o de un contrato, o de un delito, o por cierto derecho propio, según las varias especies de causa*” (*Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*). En consecuencia, la bipartición anterior se convierte en una tripartición al incluir un tercer supuesto para reconducir en el mismo todos aquellos supuestos que no se correspondían exactamente con un contrato o con un delito.

Por su parte, Modestino (en D.44,7,52pr), amplió los supuestos mencionados y añadió la ley como fuente de obligación, estableciendo: “*Quedamos obligados o por recibir una cosa, o por unas palabras, o por las dos cosas a la vez, o por el consentimiento, o por la ley, o por derecho honorario, o por necesidad, o por una falta*”

Finalmente, en época justiniana (I., 3,13,2) se realizó una ordenación de los distintos casos y, en base al resto de fuentes mencionadas, los juristas medievales concluyeron que las obligaciones nacen del:

- Contrato → Acto lícito basado en un acuerdo de voluntades
- Cuasicontrato → Acto lícito nacido sin acuerdo de voluntad entre las partes

- Delito → Acto ilícito sancionado con una pena, como acto doloso
- Cuasi delito → Acto ilícito sancionado con una pena, como acto culposo
- Por la ley → comportamiento regulado por una norma jurídica generadora de obligación

Si bien en la actualidad, los actos ilícitos tienen su regulación específica en la rama del Derecho penal, esta clasificación nacida de la legislación romana tuvo su supervivencia en nuestro Código Civil al establecer en el artículo 1089: “*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*”.

5.2.- SISTEMA CONTRACTUAL ROMANO: Concepto de contrato.- Elementos del contrato.- Efectos.- Clasificación de los contratos.

CONCEPTO DE CONTRATO

En Derecho romano no hay una teoría concreta sobre el concepto de contrato. Las fuentes sí nos informan de las fuentes generadoras de obligaciones, mencionando al contrato como una de ellas, tal y como vimos en el apartado anterior. Ahora bien, Gayo, en *Institutiones* 3, 89 nos habla de los distintos tipos de contratos: reales, verbales, literales y consensuales. Serán los intérpretes posteriores constituidos por los pandectistas los que procedan, en base a las fuentes romanas, a la elaboración de la teoría del contrato como la del negocio jurídico. Por consiguiente, en base a las fuentes romanas, se puede deducir que el contrato es *un acto lícito consistente en un acuerdo de voluntades entre dos o más personas reconocido y amparado por la ley y encaminado a crear una o varias obligaciones*.

¿Qué diferencia hay entre el contrato en Derecho romano y en el Derecho actual? Mientras que en el Derecho actual el mero consentimiento perfecciona el contrato, cualquiera que sea la forma de celebrarlo (arts. 1258 y 1278 del C. Civil); sin embargo, en Derecho romano, además del acuerdo de voluntad o consentimiento, es necesario una *causa civilis*, es decir, determinadas formalidades o solemnidades necesarias para que el mero consentimiento adquiriese la categoría de contrato y al menos una *actio* dirigida a proteger el derecho o derechos para hacer cumplir la obligación u obligaciones que nazcan del contrato.

ELEMENTOS DEL CONTRATO.- EFECTOS

Basándonos en las interpretaciones de los pandectistas, podemos distinguir los siguientes elementos constitutivos del contrato:

- a) *Capacidad de los contratantes*: Los sujetos que celebren el contrato deben tener capacidad de obrar suficiente para obligarse o bien actuar mediante sus representantes, con el fin de complementar la falta de capacidad que alguna de las partes sufra en un momento determinado.
- b) *Consentimiento de los contratantes*: Los sujetos que realicen el contrato deben tener voluntad interna, es decir, intención o *animus* de realizarlo y, además, esa voluntad interna debe ser exteriorizada o manifestada, ya sea de forma activa o pasiva, es decir, el silencio en ocasiones puede servir como una forma más de manifestar la voluntad (ejemplo: “Si no me llamas diciendo lo contrario, considero aceptado el contrato”). Ahora bien, tiene que darse una plena concordancia entre la voluntad interna y la exteriorizada, ya que si no hay dicha correspondencia el contrato nacería con un vicio que impediría desarrollar sus efectos jurídicos o bien anularlos (ejemplos de discordancia entre voluntad interna y voluntad manifestada o exteriorizada, podemos señalar: Declaraciones realizadas en broma, simulación, las realizadas por error, o como consecuencia de emplear violencia o intimidación).
- c) *El objeto del contrato*: Hace referencia al contenido de la obligación y, por tanto, tiene que ser posible, lícito, determinado o determinable y evaluado en dinero, tal y como vimos cuando tratamos los requisitos de la prestación.
- d) *Causa civilis*: Todo contrato debe respetar unas formalidades mínimas que, junto con el acuerdo de voluntad, den lugar al nacimiento del contrato y de las acciones en orden a su protección

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Los contratos se pueden clasificar atendiendo a distintos puntos de vista

- A) Desde el punto de vista de la prestación:
 - Contratos **onerosos**→ Aquellos en los que hay contraprestación entre las partes que celebran el contrato (ej: contrato de compraventa)
 - Contratos **lucrativos**→ Son los contratos gratuitos y, por tanto, no hay contraprestación (ej: contrato de mandato)
- B) Desde el punto de vista de su eficacia:
 - Contrato de **derecho estricto**→ Con estos contratos, en los *iudicia stricta* o *stricti iuris*, la misión del juez se reduce a decidir con un sencillo “sí” o “no” sobre la existencia o inexistencia de la pretensión del actor, concretada en la *intentio* de la fórmula.
 - Contrato de **buena fe**→ Con estos contratos, en los *iudicia bonae fidei* el juez tiene mayor capacidad de actuación ya que puede valorar las

particularidades y circunstancias del caso, teniendo en cuenta todo aquello que se puede exigir a personas justas y leales.

C) Desde el punto de vista de los sujetos:

- Contratos **unilaterales** → Las obligaciones surgen en el contrato para una sola de las partes contratantes.
- Contratos **bilaterales o sinalagmáticos** → Las obligaciones surgen en el contrato para todas las partes contratantes. Distinguiéndose entre:
 - a) Bilaterales o sinalagmáticos **perfectos**: La obligaciones para las partes surgen desde el mismo momento que nace el contrato (ej: en el contrato de compraventa está claro que desde que surge el contrato, las partes que lo celebran asumen obligaciones: el comprador pagar el precio y vendedor entregar el objeto)
 - b) Bilaterales o sinalagmáticos **imperfectos**: Son contratos que nacen como unilaterales pero, si se dan determinadas circunstancias, se convierten posteriormente en bilaterales (ej: el contrato de mandato nace como unilateral, ya que la obligación con la que nace es que el mandatario ejecute o cumpla la orden formulada por el mandante; pero se puede convertirse en bilateral porque si el mandatario ha tenido que efectuar algún gasto para cumplir con el mandato, dicho gasto tiene que asumirlo el mandante. Ahora bien, esta circunstancia puede que se dé o no ya que no todos los contratos de mandato generan gastos para el mandatario).

D) Desde el punto de vista de la *causa civilis*:

- Contratos **formales** → Son los que exigen gran solemnidad formal, dado que son los más arcaicos. Entre ellos se encuentran: el *nexum*, los contratos verbales (*stipulatio*, *iusiurandum liberti*, *dotis dictio*), los contratos literales (*chirographa*, *syngrapha*).
- Contratos **reales** → Son aquellos que la *causa civilis* consiste en una *datio rei*, es decir, en la entrega de un objeto. Entre ellos se encuentran los contratos de: Mutuo, comodato, depósito, fiducia y prenda
- Contratos **consensuales** → Son aquellos que la *causa civilis* consiste en el consentimiento de cualquier forma manifestado, incluso, valdría el silencio u omisión como forma de manifestación de la voluntad. Entre ellos se encuentran los contratos de: Compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato.
- Contratos **innominados** → Son aquellos que la *causa civilis* consiste en la realización de una prestación para que, a cambio de ella, se pueda obtener otra. Entre ellos se encuentran los contratos de: *aestimatum*, *permutatio*, *precarium*.

5.3.- CONTRATOS FORMALES: Manifestaciones arcaicas de la contratación solemne: el *nexum*.- El contrato verbal: *stipulatio, iusiurandum liberti, dotis dictio*.- Acciones de los contratos verbales.- Contratos literales: *chirographa, syngrapha*.- *Querella non numeratae pecuniae*

MANIFESTACIONES ARCAICAS DE LA CONTRATACIÓN SOLEMNE: EL NEXUM

Entre las manifestaciones arcaicas de contratación solemne en el Derecho romano, podemos distinguir el *nexum* como una forma arcaica de contratación, conocido principalmente a través de referencias, breves y precisas, de algunos escritores latinos no juristas (Varron, Festo) y por una alusión a la *nexi liberatio*, como modo de extinguir las obligaciones contenidas en la *Institutiones* de Gayo.

Esta escasez de fuentes sobre la verdadera naturaleza del *nexum* ha producido la aparición de diversas hipótesis sobre el contenido de este contrato:

- Para algunos autores, el *nexum* sería originariamente un préstamo para pasar a ser después un contrato formal por el que una persona quedaba obligada, prescindiendo de la causa, a entregar a otra una cantidad de dinero u otros bienes y convirtiendo este derecho del acreedor (dada la formalidad de su celebración) en un crédito totalmente ejecutivo por *manus iniectio*.
- Para otro sector doctrinal, el *nexum* sería solo un acto solemne de autopignoración del propio deudor, o del deudor y su familia, en favor del acreedor.
- Y, para otros autores, los *nexi* serían individuos que habiendo enajenado por *mancipatio* cosas que no les pertenecían, resultaban obligados a pagar el doble del precio al adquirente.

EL CONTRATO VERBAL: *STIPULATIO, IUSIURANDUM LIBERTI, DOTIS DICTIO*.- ACCIONES DE LOS CONTRATOS VERBALES

En los contratos verbales la *causa civilis* en los mismos es la solemnidad y formalidad de las palabras pronunciadas, muy influenciados por la profunda conexión que el mundo jurídico tenía con el religioso en las etapas más antiguas del Derecho romano. Entre los más importantes, podemos destacar los siguientes:

STIPULATIO

Es un contrato formal que se celebra *verbis*, es decir, mediante una pregunta del acreedor y una respuesta congruente del deudor.

En un principio solo era accesible para los ciudadanos romanos, celebrándose mediante una *sponsio: spondes?* (preguntaba el acreedor) *spondeo* (respondía el deudor), según el *ius civile*. Más tarde, también pudieron celebrarlo los extranjeros pero exigiendo el *ius gentium* la utilización de otros términos: *dabis? Dabo; promittis? Promitto*; etc.

En cualquier caso se exigían unos requisitos:

- a) Oralidad → Acreedor y deudor necesariamente tenían que pronunciar las palabras exigidas, por lo que no podían celebrar este contrato los que tuviesen una merma en su capacidad de obrar por causa de una enfermedad: mudos, sordos. La posibilidad de que intervenga un intérprete sólo es posible en el Derecho posclásico.
- b) Unidad de acto → Significa que la respuesta debe seguir inmediatamente a la pregunta.
- c) Congruencia → Entre la pregunta y la respuesta ha de mediar correspondencia, es decir, hay que responder en la forma exigida a la pregunta formulada
- d) Presencia de las partes → No es válida la *stipulatio* contraída entre ausentes. Por ello, no se admite su celebración por medio de representante.

IUSIURANDUM LIBERTI

Es la obligación surgida por la promesa jurada que realizaba el liberto comprometiéndose a prestar determinados servicios al patrono por haberle otorgado la libertad.

DOTIS DICTIO

Es la promesa solemne de dote, cuya obligación nace de los *verba* pronunciados por el constituyente, siempre y cuando se llegue a contraer matrimonio o que, ya contraído, no se declare su nulidad.

ACCIONES DE LOS CONTRATOS VERBALES

En todos los contratos verbales las acciones serán según sea la pretensión de *dare* o *facere*. Pudiendo distinguir las siguientes:

- Cuando consista en un *dare*:
 - *Condictio certae pecuniae* → Si la estipulación trata sobre una suma de dinero.
 - *Condictio triticaria* → Si el objeto es una cantidad determinada de cosas.
 - *Condictio certa rei* → Si se trata de un objeto individualizado.

- Cuando consista en un *facere*: *Actio ex stipulatu* → Cuando la prestación prometida no consistiese en un *dare*, sino en la realización de un acto o gestión distinto de dar una cosa o cosas.

CONTRATOS LITERALES: *CHIROGRAPHIA, SYNGRAPHIA*.- *QUERELLA NON NUMERATAE PECUNIAE*

Los contratos literales son aquellos cuya *causa civilis* es una determinada formalidad escrita de la que surge la *obligatio*. Su origen hay que buscarlo en la costumbre que todo *paterfamilias* tenía a la hora de llevar la contabilidad de la economía familiar. En concreto, realizaba anotaciones (*transscripticiis*) en su libro de cuentas (*codex accepti et expensi*) en el que, en dos páginas o columnas separadas, se anotaban mensualmente las entradas (*acceptum*) y las salidas (*expensum*); la verificación de tales anotaciones es lo que daba lugar al nacimiento del contrato literal. Así, Gayo, en *Inst.*, 3,128 nos dice: “*La obligación por los documentos escritos surge, por ejemplo, con las transferencias de crédito. (Litteris obligatio fit veluti in nominibus transscripticiis)*”.

Ahora bien, la *transscriptio* era propia de los ciudadanos romanos, los peregrinos o extranjeros no podían valerse de ella y, dada la expansión territorial así como el gran número de peregrinos en el mercado romano, el ordenamiento jurídico romano admitió otras formas de obligación o contrato literal como fueron los: *chirographa* y *syngrapha*. Los primeros eran reconocimientos de deuda hechos únicamente por el obligado, los cuales quedaban en poder del acreedor; mientras que, los segundos, consistían en una doble redacción suscrita por ambas partes figurando los sellos de los contratantes y de los testigos.

Al extenderse la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio, en virtud de la Constitución de Caracalla (212 d.C.), tales contratos quedaron relegados a meros documentos de prueba, susceptibles de ser anulados por el deudor mediante la *querella non numeratae pecuniae* o procedimiento concedido a partir de Caracalla al deudor que afirma no haber recibido la cantidad o suma de dinero de la que figura como deudor en un contrato literal y demuestra la falsedad de dicho contrato.

Este procedimiento debía presentarse ante el magistrado en un plazo variable de uno, dos o cinco años (C. 4,30,4; 4,30,9; 4,30,10; 4,30,14). Si deja pasar el plazo señalado por la ley para ello, no podrá intentarse dicha *querella* y el que aparezca como deudor en el documento (contrato literal) tendrá que pagar.

5.4.- CONTRATOS REALES: El mutuo: Concepto, contenido y acciones.- El *Foenus nauticum*. El senadoconsulto Macedoniano.- El comodato: Concepto, Contenido y acciones.- El depósito: Concepto, contenido y acciones. Figuras especiales de depósito: Depósito necesario, secuestro y depósito irregular.- La fiducia: Concepto, contenido y acciones.- La prenda: Concepto, contenido y Acciones.

En todos estos contratos, la *causa civilis* de los mismos es una *datio rei*, esto es, la entrega de un objeto. El mero acuerdo entre las partes no era suficiente para que naciera el contrato, hacía falta que una de las partes contratantes traspasase a la otra parte una cosa para que naciera la obligación y, como resultado, el contrato real (*re contrahitur obligatio*). Pudiendo distinguirse los siguientes contratos reales, según aparecen en Digesto (44,7,1) y en Instituciones (3,14):

EL MUTUO: CONCEPTO, CONTENIDO Y ACCIONES.- EL *FOENUS NAUTICUM*.- EL SENADOCONSULTO MACEDONIANO

El mutuo (*mutuum*) se puede definir como un contrato real, unilateral y gratuito en virtud del cual una persona llamada mutuante (*mutuo dans*) entrega a otra llamada mutuario (*mutuo accipiens*) una determinada cantidad de cosas fungibles, con la obligación por parte de ésta de devolver otro tanto del mismo género y calidad (*tantundem*).

Por tanto, de este contrato se desprende el siguiente contenido:

1. Es un contrato real porque exige la entrega de una cosa.
2. El objeto de entrega tiene que ser fungible ya que el mutuario se compromete a devolver al mutuante, no la misma cosa, sino otro tanto del mismo género y calidad (*tantundem*). Es, en consecuencia, un préstamo de consumo ya que la naturaleza del objeto entregado es fungible o que puede ser consumido o sustituido por otro del mismo género y calidad (ej: préstamo de dinero).
3. Es un contrato unilateral ya que las obligaciones nacen solo para el mutuario, es decir, la de devolver la misma cantidad de un objeto del mismo género y calidad
4. Es un contrato gratuito, se presta a cambio de nada, por lo que es un contrato basado en la amistad y la confianza.
5. Los intereses (*usurae*) sólo pueden ser reclamados cuando exista una estipulación especial (*stipulatio usurae*) que se anexe como una cláusula al contrato, ya que dichos intereses en estos contratos de préstamo de consumo nunca se presumen, hay que acordarlos expresamente.

Al ser un contrato unilateral, las acciones nacen solo a favor del mutuante, tales como:

- *Actio certae creditae pecuniae* → Si el préstamo se trata de dinero

- *Condictio certae rei* o *condictio triticaria* → Si el préstamo se trata de una cosa o conjunto de cosas fungibles o consumibles

Como negocios análogos al mutuo, tenemos el *FOENUS NAUTICUM*, conocido como préstamo marítimo o a todo riesgo que consistía en el préstamo de una suma de dinero que se entregaba al armador de un barco para que las transportarse por mar y, a la vuelta del viaje, devolviera el valor de dicha suma de dinero transformadas en mercancías. El riesgo de la pérdida del dinero o de las mercancías, corría a cargo del mutuante. Era un contrato muy útil para suministrar mercancías de territorios lejanos a los comerciantes romanos que, de esta forma, evitaban tener que adquirirlas viajando ellos personalmente, aunque tuvieran que soportar algunos riesgos.

Una regulación especial en el contrato de mutuo se adquirió a partir del SENADOCONSULTO MACEDONIANO (47 d.C.) que estableció la protección de los *filiusfamilias* menores de edad en el sentido de que, si concertaban por ellos mismos y sin la asistencia de un tutor un préstamo, no podían ser obligados los menores a devolverlo ni aún después de su emancipación.

EL COMODATO: CONCEPTO, CONTENIDO Y ACCIONES.

El comodato (*commodatum*) se puede definir como un contrato real, bilateral imperfecto y de buena fe, por el que una persona, llamada comodante, entrega a otra, llamada comodatario, una cosa para que la use gratuitamente durante un cierto tiempo, al cabo del cual deberá restituirla.

De esta definición se desprende el siguiente contenido:

1. Es un contrato real ya que exige como *causa civilis* una *datio rei*, es decir, la entrega de un objeto.
2. El objeto es una cosa no consumible, por ello el comodatario la recibe solo para usarla y devolver la misma cosa (no otra), pues estamos ante un contrato de préstamo de uso (no de consumo).
3. Es un contrato bilateral imperfecto porque nace como unilateral, ya que en principio solo tiene obligaciones el comodatario que es la de usar el objeto respetando su naturaleza y características y devolverlo al comodante en el tiempo estipulado. Ahora bien, si en el tiempo que esté usando el objeto el comodatario ha tenido que efectuar gastos de conservación, dichos gastos pueden ser exigidos por el comodatario al comodante convirtiéndose, entonces, este contrato en bilateral. Por ello, se dice de este contrato que es bilateral imperfecto, porque nace como unilateral pero en algunas ocasiones (si se producen gastos de conservación) puede concluir como bilateral.
4. Es un contrato de buena fe porque está protegido por acciones de buena fe.
5. Es un contrato gratuito, ya que es un préstamo y como tal se entrega el objeto a cambio de nada al estar basado en la confianza o la amistad. Los intereses en este contrato no se presumen y, de existir, hay que estipularlos expresamente.

Las acciones que protegen a este contrato son:

- La *actio commodati* → a favor del comodante para exigir la devolución del objeto prestado
- La *actio commodati contraria* → a favor del comodatario para exigir al comodante el pago de los gastos de conservación, si es que ha tenido gastos de conservación ya que no todos los contratos de este tipo tienen que crear gastos.

EL DEPÓSITO: CONCEPTO, CONTENIDO Y ACCIONES.

El depósito (*depositum*) es un contrato real, gratuito, bilateral imperfecto y de buena fe, en virtud del cual una persona, llamada deponente, entrega a otra, llamada depositario, un objeto mueble para que la custodie y la devuelva en el momento estipulado.

El contenido de este contrato sería:

1. Es un contrato real ya que exige como *causa civilis* una *datio rei*, es decir, la entrega de un objeto.
2. Es un contrato gratuito ya que está basado en la confianza o la amistad.
3. Es bilateral imperfecto porque nace como unilateral y puede concluir como bilateral. Concretamente, en principio solo nace con obligaciones para el depositario que son:
 - Custodiar o guardar el objeto pero en ningún caso usarlo ya que si lo usa cometería un delito: *furtum usus*.
 - Devolver el mismo objeto en el tiempo determinado.

Ahora bien, puede convertirse este contrato en bilateral si, por custodiar el objeto el depositario ha tenido que efectuar gastos de conservación, dichos gastos serían abonados al depositario por parte del deponente.

4. Es un contrato de buena fe porque está protegido por acciones de buena fe.
5. El objeto susceptible de depósito tiene que ser mueble y, principalmente, un objeto no fungible. Si fuese un objeto fungible, tendría que estar dispuesto de manera que fuese apreciable su identificación.

Las acciones que protegen a este contrato son:

- La *actio depositi directa* → a favor del deponente
- La *actio depositi contraria* → a favor del depositario ante los posibles gastos de conservación por la guarda, vigilancia o custodia del objeto depositado.

FIGURAS ESPECIALES DE DEPÓSITO: DEPÓSITO NECESARIO, SECUESTRO Y DEPÓSITO IRREGULAR.

Como figuras especiales del contrato de depósito, podemos señalar las siguientes:

DEPÓSITO NECESARIO O MISERABLE

Tiene lugar en caso de calamidad pública o privada (ej: incendio, catástrofes naturales,..), que no permiten elegir libremente a la persona a quien confiar las cosas en custodia. Contra el depositario infiel se le concede al deponente una acción *in duplum*, es decir, conseguiría el doble del valor del objeto depositado.

DEPÓSITO IRREGULAR

Es un tipo de depósito surgido en el periodo posclásico y que, como consecuencia de la vulgarización del derecho, se confunde con el contrato de mutuo ya que consiste en la entrega en depósito de dinero o bien otras cosas fungibles, que puede consumir el depositario, obligándose a restituir otro tanto del mismo género y calidad. Algunos autores encuentran la diferencia con el mutuo en cuanto que en el depósito irregular, a diferencia del mutuo, se pueden exigir intereses aún no pactados.

SECUESTRO

Se entiende por secuestro cuando dos o más personas confían a otra la custodia de una cosa, con la obligación del depositario o secuestratario de devolverlo a un individuo previamente señalado, o bien a quien llegue a encontrarse en cierta situación. Para conseguir la restitución, se concede la *actio depositi sequestrataria*.

LA PRENDA: CONCEPTO, CONTENIDO Y ACCIONES

La prenda o *pignus*, es un contrato real ya que consiste en la entrega de una cosa por parte del propietario o poseedor del objeto que a un acreedor, en garantía de una obligación propia o ajena. Además es un contrato bilateral imperfecto, al nacer como unilateral (solo tiene obligaciones el acreedor pignoraticio) pero puede convertirse en bilateral (eventualmente puede contraer obligaciones el deudor pignoraticio o pignorante)

El contenido de este contrato es:

- El acreedor pignoraticio tiene la obligación de conservar la cosa y de restituirla una vez cumplida la obligación garantizada, pero no puede usar el objeto entregado en garantía.
- El deudor pignorante, eventualmente, puede también asumir la obligación de abonar los gastos de conservación del objeto o de los daños causados por el objeto, en ambos caso, al acreedor pignoraticio por la guarda y custodia del objeto.

Las acciones que protege a este contrato son:

- El deudor pignorante o pignoraticio dispone de la *actio pignoraticia*
- El acreedor pignoraticio dispone de la *actio pignoraticia contraria*

LA FIDUCIA: CONCEPTO, CONTENIDO Y ACCIONES

La fiducia es un contrato real, bilateral imperfecto, por el que una persona (llamada fiduciante) transmite a otra (llamada fiduciario) la propiedad de una cosa, mediante la *mancipatio* o *in iure cessio*, con el fin de garantizar un deuda (*FIDUCIA CUM CREDITORE*) o por cualquier otro motivo distinto del anterior (*FIDUCIA CUM AMICO*), añadiendo en ambos supuestos un *pactum fiduciae* consistente en devolver dicha propiedad cuando la deuda sea satisfecha (en el supuesto de la *fiducia cum creditore*) o bien cuando se acuerde por las partes (*fiducia cum amico*).

El contenido de este contrato es:

- El fiduciario tiene la obligación de respetar el *pactum fiduciae* y, en consecuencia, devolver la propiedad al fiduciante en los casos mencionados
- El fiduciante, eventualmente, tendría que pagar los gastos de conservación del objeto al fiduciario u otros perjuicios.

Las acciones que protege a este contrato son:

- El fiduciante tiene a su favor la *actio fiduciae*, con el fin de recuperar la propiedad del objeto
- El fiduciario tiene a su favor la *actio fiduciae contraria*, ante los posibles gastos de conservación del objeto u otros perjuicios y que debe pagarlos el fiduciante.

5.5.- CONTRATOS CONSENSUALES: La compraventa (*emptio venditio*): Concepto, requisitos referentes a la cosa y al precio, obligaciones del vendedor y del comprador, acciones y cláusulas adicionales.- El arrendamiento (*locatio conductio*): Concepto y tipos de arrendamiento: *locatio conductio rei, operarum, operis faciendi*; obligaciones de las partes, acciones y la *lex Rhodia de iactu*.- El contrato de sociedad: Concepto, contenido y acciones.- El contrato de mandato: Concepto, contenido y acciones.

Los contratos consensuales se caracterizan porque la *causa civilis* de los mismos es el propio consentimiento o voluntad de las partes. En este sentido, son los más parecidos a la concepción del contrato que se da en el Derecho positivo, ya que alcanzaron un alto grado de perfección gracias a la actividad del pretor y de los ediles

curules en la concreción de las cláusulas que acompañaban a algunos contratos, como es el caso del contrato de compraventa.

LA COMPRAVENTA (*EMPTIO VENDITIO*): CONCEPTO, REQUISITOS REFERENTES A LA COSA Y AL PRECIO, OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR, ACCIONES Y CLÁUSULAS ADICIONALES

Es un contrato consensual, bilateral o sinalagmático perfecto, por el que una parte (vendedor, *venditor*) transmite a otra (comprador, *emptor*) la **posesión de una cosa** y se asegura de su **pacífico goce** (*habere licere*), mientras que la parte compradora asume la obligación de entregar la **propiedad de una suma de dinero** (*pretium*).

REQUISITOS REFERENTES A LA COSA Y AL PRECIO

La cosa que puede ser objeto de compraventa es cualquier cosa que esté dentro del ámbito comercial, es decir, que no sea declarada ilícita para negociar en torno a ella. Por lo demás, puede tratarse de una cosa corporal o incorporea (como son los derechos), presente o futura, ya sea con la condición de que nazca o incondicionalmente.

En cuanto al precio, si bien los sabinianos interpretaban que cualquier cosa servía para que fuese precio; por el contrario, los proculeyanos estimaban que el precio debía consistir en dinero. Finalmente, la postura de estos últimos fue aceptada por Justiniano exigiendo, además, de que el precio debía ser: cierto, verdadero y justo.

OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR

Obligaciones del vendedor:

1. Transmitir al comprador la pacífica posesión del objeto (*habere licere*), pero nunca la propiedad.
2. La pacífica posesión (*habere licere*) significa que el vendedor respondería (responsabilidad por evicción) si por causa justa (sentencia condenatoria) se le priva al comprador de la cosa comprada y poseída, o se le produce un límite en el disfrute del objeto como consecuencia de tener que soportar un *iura in re aliena* o porque aparezca otro comprador con un título más justo.
3. El vendedor también responde por los vicios o defectos físicos que se aprecien en el objeto entregado al comprador, pudiendo éste exigir en un plazo de dos meses la devolución del objeto comprado y la recuperación del dinero en concepto de precio (por medio de la *actio redhibitoria*), o bien no devolver el objeto pero sí exigir una rebaja en el precio en el plazo de seis meses (por medio de la *actio quanti minoris*).

Obligaciones de comprador:

1. El comprador está obligado a pagar un precio (*pretium*) por la cosa comprada. Precio que, para los sabinianos, cualquier cosa podía servir como precio; mientras que, para los proculeyanos, debía de consentir en una suma de dinero. Opinión, ésta última, que fue acogida por Justiniano, exigiéndose además que fuese un precio cierto (es decir, determinado), verdadero (para que no se considerase una compra simulada) y justo (que se diera una proporción equitativa o equilibrada entre el valor del objeto y el dinero entregado por el mismo).
2. Debe abonar los intereses sobre el precio debido y desde el día en que la cosa fue entregada o puesta a su disposición.
3. Debe soportar el *periculum emptoris*, es decir, si el objeto no fue cogido por el comprador una vez que el vendedor lo puso a su disposición y si dicho objeto - por cual circunstancia- se deteriorase o destruyese, el comprador no podría dejar de pagar el precio por el objeto.

ACCIONES

A favor del comprador: *actio empti* (acción contra el vendedor ante cualquier incumplimiento de sus obligaciones), *actio auctoritatis* (acción contra aquel que recibió la posesión del objeto ante posibles reivindicaciones de un tercero que reclame la propiedad o un *iura in re aliena*, con el fin de reforzar la posición del comprador como poseedor justo), *actio redhibitoria* (acción para exigir la devolución del precio y objeto), *actio quanti minoris* (acción para pedir una rebaja en el precio ante el defecto o vicio que presente el objeto).

A favor del vendedor: la *actio venditi* (ante cualquier incumplimiento de las obligaciones del comprador).

CLÁUSULAS ADICIONALES

Al contrato de compraventa pueden añadirse algunos acuerdos o pactos con el fin de respetar la autonomía de la voluntad de las partes y que se pueden hacer valer por las acciones propias de este contrato. Estos pactos fueron creados por los ediles curules, como magistrados que, a pie de mercado, podían resolver los conflictos entre vendedores y compradores, evitando en muchos casos que el conflicto desencadenase en un litigio o procedimiento judicial. Entre los pactos más frecuentes, podemos mencionar los siguientes:

1. *Lex commissoria* → Pacto que consiste en no considerar celebrado el contrato cuando el comprador deja de pagar el precio dentro del tiempo señalado, exigiéndole al comprador que devuelva el objeto al vendedor con los frutos percibidos.

2. *In diem addictio* → Pacto por el que el vendedor se reserva la facultad de rescindir el contrato si, dentro de un plazo de tiempo determinado, se presenta otra persona como comprador ofreciéndole mejores condiciones y el primer comprador no esté dispuesto a ofrecerlas también. Transcurrido el plazo fijado, la primera compraventa se vería confirmada, no admitiéndose a partir de ese momento nuevas ofertas de otros compradores.
3. *Pactum displicentiae* → Pacto por el que el comprador se reserva la facultad de rescindir el contrato si la cosa comprada no resulta de su agrado, o bien deja en suspenso la validez de contrato hasta que le confirme al vendedor que el objeto cumple con sus expectativas.
4. *Pactum de retrovendendo* → Pacto por el que el vendedor se reserva la facultad de recuperar el objeto vendido, en un plazo de tiempo determinado, mediante la restitución o reintegro del precio al comprador.
5. *Pactum de retroemendo* → Pacto por el que el comprador puede exigirle al vendedor que adquiere de nuevo el objeto y le devuelva el dinero entregado en concepto de precio, dentro de un plazo determinado.

Todos los plazos mencionados en estos pactos debían acordarse y concretarse voluntariamente entre las partes contratantes; sin embargo, cuando ello no se fijaba, el Edicto de los ediles curules solía presumir el periodo de 60 días.

EL ARRENDAMIENTO (*LOCATIO CONDUCTIO*): CONCEPTO Y TIPOS DE ARRENDAMIENTO: *LOCATIO CONDUCTIO REI, OPERARUM, OPERIS FACIENDI*; OBLIGACIONES DE LAS PARTES, ACCIONES Y LA *LEX RHODIA DE IACTU*

A pesar de constituir un contrato que encierra en su contenido tres contratos diferentes, los juristas romanos clásicos lo regularon de manera unitaria bajo un único contrato, esto es, el contrato de arrendamiento.

Su naturaleza jurídica parte de las concesiones del *ager publicus* que realizó la *civitas* romana a los particulares, desarrollándose de ese modo la primera forma de contrato: la *locatio conductio rei*. Más tarde, como consecuencia del desarrollo del comercio en el ámbito de la economía romana, este tipo de contrato se desarrolló además para los bienes muebles que, unido al incremento de manumisiones de esclavos y el progresivo ofrecimiento de los libertos de su trabajo como forma autónoma de subsistencia así como de otros sectores de la sociedad romana carentes de otros recursos inmobiliarios, provocó que este contrato fue adaptado por los juristas a las nuevas

circunstancias ampliando su esfera de aplicación y propiciando la aparición de la *locatio conductio operarum*, como arrendamiento de servicios, y la *locatio conductio operis*, como arrendamiento de obra.

Así las cosas, en líneas generales, podemos definir a este contrato como: Un contrato consensual, bilateral o sinalagmáticamente perfecto, en virtud del cual una parte, a cambio de una remuneración o merced (*merx*), se compromete a ofrecer a la otra parte el uso o el uso y disfrute de una cosa (*locatio conductio rei*), o bien a prestarle determinados servicios (*locatio conductio operarum*), o bien a entregarle un resultado u obra realizada (*locatio conductio operis*).

Objeto de este contrato puede ser cualquier cosa que esté considerada *intra commercium* y los sujetos que actúan como partes del contrato se denominan arrendador (*locator*) y arrendatario (*conductor*), defendiéndose y haciendo cumplir cada uno sus obligaciones mediante la *actio locati*, para el primero, y la *actio conducti*, para el segundo. Ahora bien en cuanto a las obligaciones de las respectivas partes, varían según el tipo de arrendamiento que se trate:

LOCATIO CONDUCTIO REI (arrendamiento de cosa)	<ul style="list-style-type: none">• LOCATOR: Entrega la cosa• CONDUCTOR: Posesión natural usando la cosa + paga la <i>merx</i>
LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM (arrendamiento de servicios)	<ul style="list-style-type: none">• LOCATOR: Ofrece sus servicios• CONDUCTOR: Recibe servicios + paga <i>merx</i>
LOCATIO CONDUCTIO OPERIS (arrendamiento de obra)	<ul style="list-style-type: none">• LOCATOR: Encarga la obra + suministra los materiales + paga <i>merx</i>• CONDUCTOR: Entrega un resultado u obra

De lo expuesto se deduce que:

En el ARRENDAMIENTO DE COSAS (**LOCATIO CONDUCTIO REI**), el *locator* tiene la obligación de entregar al *conductor* el objeto para que lo use y disfrute, implicando también la obligación por parte del *locator* de reparar el objeto y asumir los gastos necesarios y útiles para su conservación. Por ello, en este tipo de arrendamiento, el objeto debe ser también no consumible. Por su parte, el *conductor*, asume la obligación de pagar la *merx* convenida y en el tiempo señalado; debe usar la cosa de acuerdo a su propia naturaleza y destino y, finalmente, restituir el objeto al término del contrato.

Este contrato se extingue cuando llegue el término acordado por las partes. Si no se hubiese acordado una fecha concreta, cualquiera de las partes podría pedir en

cualquier momento la extinción del contrato. Por otro lado, pueden darse otras causas de extinción:

- Por parte del arrendador: cuando el arrendatario no le pague la renta o *merx* durante dos años; cuando la cosa es usada indebidamente por parte del arrendatario; o cuando demuestre el arrendador la necesidad de recuperar el objeto para su propio uso.
- Por parte del arrendatario: Cuando el objeto presenta tales defectos que impide su uso adecuado o bien el objeto presenta por su deterioro un riesgo para la propia persona del arrendatario.

Salvo pacto en contrario, este tipo de arrendamiento no se extingue por la muerte de alguna de las partes contratantes, dado que sus herederos podrían situarse en el lugar de la parte fallecida y asumir sus obligaciones y derechos. De igual manera que, salvo pacto en contrario, se admitía subarriendo en este tipo de contrato.

En el ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS (*LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM*), el *locator* se compromete a prestar personalmente al *conductor* unos servicios reiterados, por un plazo de tiempo determinado. Por su parte, el *conductor* está obligado al pago al *locator* una remuneración o renta (*merx*) por los servicios recibidos. Al ser un contrato personalísimo, si muere el *locator*, el contrato se extinguiría; sin embargo, no ocurría lo mismo si muere el *conductor*, dado que el pago de la *merx* pueden asumirla los herederos y podrían seguir beneficiándose del trabajo personal del *locator*.

En el ARRENDAMIENTO DE OBRA (*LOCATIO CONDUCTIO OPERIS*), el *locator* asume la obligación de realizar el encargo de una obra o trabajo terminado, suministra los materiales para su realización y paga la remuneración o *merx*, una vez concluido y entregada la obra ejecutada. Por su parte el *conductor*, se compromete a entregar un resultado, una obra ya ejecutada. A diferencia del contrato anterior, no es un contrato personalísimo en la mayoría de los casos, por lo que la muerte de alguna de las partes no tendría que extinguir el contrato hasta la fecha prevista para su extinción, ya que los herederos de ambas partes podrían ocupar la posición y asumir los compromisos estipulados.

LA LEX RODHIA DE IACTU

Es una ley, surgida en época republicana, reguladora del contrato de transporte marítimo, consistente en obligar a los pasajeros o propietarios de mercancías celebrar un contrato de arrendamiento con el armador del barco, con el fin de que durante el viaje el armador o el capitán del barco tenga plena capacidad de decidir qué bienes hay arrojar al mar, en caso de necesidad y para aliviar la carga del barco.

Ahora bien, los propietarios de las mercancías arrojadas al mar deben ser indemnizados. Dicha indemnización la soportan entre el armador del barco y por aquellos pasajeros o propietarios que no vieron peligrar sus mercancías porque no fueron arrojadas al mar. Concretamente, el ejercicio de las acciones sería así:

Los que han perdido sus mercancías ejercitan la *actio locati* contra el armador del barco y éste ejercita la *actio conducti* contra aquellos propietarios de mercancías que no perdieron las mismas por el viaje. Todo ello con el fin de compartir entre el armador del barco y los propietarios de mercancías no perdidas la responsabilidad de pagar la indemnización a aquellos propietarios que sí las tuvieron que perder durante el viaje.

EL CONTRATO DE SOCIEDAD: CONCEPTO, CONTENIDO Y ACCIONES.

La sociedad (*societas*) es un contrato consensual por el que dos o más personas (*socii*) se obligan recíprocamente a poner en común bienes o actividades de trabajo, para alcanzar un fin lícito de utilidad común.

El contenido de este contrato sería:

A diferencia de la asociación, la sociedad no es una persona jurídica, sino una simple relación contractual privada que no trasciende al exterior como si de una única persona se tratase. Es una relación interna o privada consistente en un simple contrato en el que varias personas puede aportar a una caja común bienes o actividad dando lugar, en todo caso, a una situación de condominio de todos los socios con respecto a los bienes que integran la caja de la sociedad y mientras ésta esté vigente. Se admite el nombramiento entre los socios de algún gestor o socio que también pueda actuar en nombre de los demás y aportar a la caja común todos los bienes adquiridos en la gestión o representación realizada. Entre ellos, se rendirán cuentas mediante el ejercicio de la *actio pro socio*.

Hay dos tipos de sociedad: *societas omnium bonorum* (cuando los socios aportan todo su patrimonio para perseguir distintas actividades o fines) y la *societas unius rei* (cuando los socios apartan bienes específicos en función de la actividad concreta y única que se quiera realizar). En cualquier caso, la relación contractual entre los socios está basada en la confianza y en la *affectio societatis* constante y duradera; de ahí que, en caso de decisión acordada por todos o por alguno de los socios podría extinguirse este contrato, así como por muerte y *capitis deminutio*.

Las acciones que se dan en este contrato son:

- *Actio pro socio* → para exigirse entre los socios rendirse cuentas de las gestiones o actuaciones realizadas para la sociedad.
- *Actio communi dividundo* → Una vez extinguida la sociedad, cada socio solicita la adjudicación de los bienes que le corresponda de la caja social.

EL CONTRATO DE MANDATO: CONCEPTO, CONTENIDO Y ACCIONES.

El mandato (*mandatum*) es un contrato consensual, bilateral imperfecto, en virtud del cual una persona, llamada mandatario (*procurator*), se compromete a efectuar gratuitamente el encargo o gestión u orden encomendado por otra persona, llamada mandante (*mandator, dominus negotii*), y que dicha orden o gestión la realiza en interés del mandante o de un tercero.

El contenido de este contrato sería:

- Es un contrato consensual porque la *causa civilis* del mismo es el consentimiento de cualquier modo manifestado.
- Es bilateral imperfecto porque nace como unilateral, ya que las obligaciones siempre las asume el mandatario, pero puede convertirse en bilateral si al mandatario le han ocasionados gastos el realizar la gestión u orden y, por tanto, le exigiría al mandante el pago de los mismos. Este contrato se extingue cuando la orden o gestión ha sido ejecutada satisfactoriamente, por acuerdo voluntario de ambas partes, por muerte de cualquiera de las partes, por revocación del mandante o por renuncia del mandatario.

Obligaciones del mandatario: Ejecutar en la forma exigida la orden emitida por el mandante y rendir cuentas a éste por la gestión realizada entregándole los beneficios que se hubiesen obtenido.

Posibles obligaciones del mandante: Pagar al mandatario los gastos de la gestión u orden ejecutada, si es que se han producido gastos.

Las acciones que protegen a las partes son:

- *Actio mandati directa* → acción a favor del mandante
- *Actio mandati contraria* → acción a favor del mandatario

5.6.- CONTRATOS INNOMINADOS: Concepto e historia de los contratos innominados.- Principales contratos: *Aestimatum, permutatio, precarium*

CONCEPTO E HISTORIA DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS. ELEMENTOS ESENCIALES

Son aquellos contratos cuya *causa civilis* es el intercambio de prestaciones recíprocas entre los contratantes, es decir, una de las partes realizará una prestación de distinta índole (*dare, facere*) quedando el otro contratante obligado a realizar otra.

Hasta el período posclásico, estos tipos de acuerdos no eran considerados como contratos, al no nacer de ellos una *actio* dirigida a forzar el cumplimiento de la prestación a la parte que no cumpliese. Sólo adquirieron dicha categoría de contratos cuando con la compilación justiniana aparece la *actio praescriptis verbis*, dirigida a aquella parte que no hubiese cumplido con la prestación exigida.

En el texto de Paulo (D.19,5,5) se clasifican cuatro tipos de contratos innominados:

- *do ut des*, doy para que des.
- *do ut facias*, doy para que hagas
- *facio ut des*, hago para que des
- *facio ut facias*, hago para que hagas

PRINCIPALES CONTRATOS: *PERMUTATIO*, *AESTIMATUM*, *PRECARIUM*

La *permutatio* (permuta) es un contrato por el cual ambas partes se comprometen a entregarse recíprocamente la propiedad de los objetos que se intercambien. Es un contrato antiguo, anterior a la compraventa y que, a diferencia de esta, se transfieren de inmediato la propiedad de los objetos; mientras que en la compraventa el vendedor está obligado a transferir la pacífica posesión de la cosa. Por otro lado, a diferencia de la compraventa no existe un “precio”, sino el intercambio de los objetos.

La *aestimatum* es un contrato entre dos sujetos en virtud del cual uno entrega al otro determinadas mercancías, acordando el valor de venta; mientras que, el que recibe las mercancías, se compromete a venderlas a terceros y a pagar a la otra parte el valor convenido en el momento en que se estipule, devolviendo las mercancías no vendidas.

El *precarium* es un contrato por el que una persona (*precario dans*) concede a otra (*precario accipiens*), tras la súplica de éste, el uso gratuito de una cosa o el ejercicio de un derecho, con la facultad de revocárselo a su arbitrio en cualquier momento.

5.7.- LOS CUASICONTRATOS: *Negotiorum gestio*. *Communio incidens*. El enriquecimiento *sine causa*: La doctrina de las *condictiones*.

Los cuasi-contratos son aquellas relaciones jurídicas generadoras de obligaciones pero que, a diferencia de los contratos, dichas obligaciones no nacen de un acuerdo de voluntad (*conventio*), sino de un acto unilateral. Esta institución jurídica tuvo su configuración a partir del período posclásico, siendo los más importantes:

NEGOTIORUM GESTIO

Se entiende por *negotiorum gestio* cuando alguien, sin haber mediado encargo y sin estar obligado a la misma por razón de su oficio, emprende, por propia iniciativa y en

interés de otros, la gestión de uno más negocios ajenos. De tal actividad unilateral surge una relación obligatoria entre el que hace la gestión (*negotiorum gestor*) y aquel en cuyo interés el primero hace dicha gestión (*dominus rei gestae, dominus negotii*).

Las obligaciones recaen principalmente en el gestor, puesto que tiene la obligación de llevar a término la gestión iniciada en interés del *dominus negotii* y conforme a la naturaleza del negocio; así como de transferirle los efectos de dicho negocio y rendirle cuentas de lo realizado. Por su parte el *dominus negotii*, tendrá que resarcir al *negotiorum gestor*, por los gastos que haya tenido como consecuencia de la gestión, así como de liberarle de las obligaciones asumidas.

En cuanto a las acciones, el *dominus negotii* tiene a su favor la *actio negotiorum gestorum directa*, mientras que el *negotium gestor*, dispone de la *actio negotiorum gestorum contraria*.

COMMUNIO INCIDENS

Con la expresión *communio incidens* los romanos designaban el condominio que surge, no en base a un acuerdo de voluntad, sino por:

- Por un hecho material (v.gr. *confusio, conmixtio*).
- Por un acto de liberalidad de un tercero (por donación o por un acto *mortis causa*)
- Por una disposición legal.

La acción que regula este cuasi-contrato es la *actio communi dividundo*.

ENRIQUECIMIENTO SINE CAUSA: LA DOCTRINA DE LAS CONDICTIONES

El enriquecimiento *sine causa* o conocido también como *indebiti solutio*, se da cuando alguien, creyéndose erróneamente obligado, efectúa una prestación encaminada a hacer que cese una relación obligatoria que en realidad no existe, o que existe en relación con sujetos distintos de aquellos que realizan o reciben la prestación.

Para los juristas romanos, parecía claro, que cualquier persona que recibiera algo de alguien sin acuerdo previo de voluntad y sin ninguna otra causa que justificase dicha entrega, nacía -en el que recibía- la obligación a devolverla, porque si no fuese así el que recibe algo que no se le debe se produce en él un enriquecimiento injustificado. Por ello, se denominó como cuasi-contrato a la *indebiti solutio*, dado que la obligación nacía sin previo acuerdo de voluntad, tal y como sí se exige en el contrato.

Este cuasi-contrato está protegido por la *condictio indebiti* o llamada también en Derecho justiniano *condicticia actio*, que se ejercita contra quien no devuelve aquello que recibe sin causa justificada y habiendo conseguido un enriquecimiento injustificado.

Ahora bien, podían darse distintas circunstancias que llevasen a este enriquecimiento injusto, es decir, los juristas romanos regularon algunas relaciones obligatorias que

surgían de la realización de un acto, y no de un contrato, y que provocaban el nacimiento de obligaciones. De ahí las distintas *condictiones*:

a) *Condictio causa data causa non secuta o ob causam datorum*

Se produce cuando alguien ha dado dinero, u otra cosa, a otro sujeto para que éste realice una determinada actividad (v.gr., que haga una donación a una asociación). Si dicha actividad no se realiza y tampoco devuelve el dinero que recibió, entonces se produce en éste un enriquecimiento injustificado.

b) *Condictio sine causa*

Es cuando alguien da dinero, u otra cosa, para un fin que no existe o que no puede conseguirse (v.gr., para constituir una dote a una difunta) o bien para un fin que después dejó de existir (v.gr. indemnizar a alguien por el valor de unos bienes en la creencia de que se han destruido o perdido, si luego resulta que dichos bienes aparecen), si no se devuelve dicha indemnización se produciría un enriquecimiento injustificado.

c) *Condictio ob turpem causam*

Se da cuando alguien hace una prestación a un sujeto para que éste no realice un acto inmoral o para que cumpla con un deber jurídico (v.gr., para que el juez juzgue según justicia). El que ha hecho la prestación puede reclamarla.

d) *Condictio ob iniustam causam*

Se da con el fin de reclamar la restitución de una cosa cuando alguien tiene un derecho sobre ella frente a quien la ha adquirido por causa ilícita, es decir, prohibida por el derecho (v.gr., contra el poseedor de mala fe por los frutos que hubiere consumido).

5.8.- LOS PACTOS: Concepto y clases de pactos: *Pacta adiecta, pacta praetoria y pacta legitima*. El compromiso

Con los términos *pactum, conventio*, se viene a indicar la noción de “pacto”, es decir, el acuerdo de voluntad entre dos o más personas que, a diferencia del contrato, no está provisto de *causa civilis*, de tal forma que del mero pacto no se generarían obligaciones exigibles.

Sin embargo, hubo pactos que, sin dejar de ser llamados pactos y no dándoles nunca el nombre de contratos, sí estuvieron protegidos de una *actio* y que los comentaristas dieron el calificativo de “pactos vestidos” en oposición a todos los demás convenios, carentes de eficacia por la vía procesal, denominados “pactos nudos”.

La existencia de unos pactos u otros dependía de la consideración que les diera: o bien la jurisprudencia, o bien el pretor, o bien los emperadores. Por otro lado, en época clásica se podía apreciar una clara diferencia entre unos pactos y otros; sin embargo, en el Derecho justiniano la concepción *nudum pactum* fue paulatinamente

perdiendo interés e importancia frente a la fuerte corriente del principio de que toda convención lícita fuese obligatoria. Por ello, en la práctica, pronto se perdió la distinción doctrinal de dichos pactos. Con todo, y mientras estuvo en vigor dicha distinción, había que señalar los siguientes pactos vestidos:

PACTA ADIECTA

Son acuerdos complementarios que se añaden a un contrato con el fin de poder modificar en un momento determinado sus resultados, bien en el sentido de paliar las obligaciones del deudor (*ad minuendam obligationem*); bien para agravarlas (*ad augendam obligationem*).

PACTA PRAETORIA

El pretor, en base a su poder de *dare et denegare actionem*, concedió acción para pedir lo convenido en ciertos pactos, lo que dio lugar a que ellos fuesen generadores de obligaciones. Concretamente, tales pactos fueron los siguientes:

- a) El *CONSTITUTUM*: Acuerdo en el que una de las partes promete a la otra pagar en fecha determinada una deuda preexistente, propia o ajena.

- c) El *RECEPTUM*: Deriva de *recipio* (acepto), consistía en la aceptación de una deuda. Comprendiendo tres tipos o clases de convenciones:
 - *Receptum argentarii*: Pacto en el que un banquero se compromete a pagar una deuda ajena. Pacto que fue refundido por Justiniano con el *constitutum*.
 - *Receptum arbitrio*: Pacto en el que una persona se compromete a decidir como árbitro una cuestión.
 - *Receptum nauticum, cauponum, stabulariorum*: El pretor concederá acción contra los armadores de barcos, posaderos y dueños de cuadras, siempre que no restituyan las cosas que se les hubieren confiado para guardarlas.

- d) El JURAMENTO NECESARIO: Consiste en que una persona propone a otra que jure acerca de la existencia o inexistencia de una circunstancia o alegación controvertida.

PACTA LEGITIMA.- EL COMPROMISO

Son pactos impuestos por los emperadores en las constituciones imperiales. En la época posclásica llega a ocupar una posición intermedia el *pactum ex compromisso*, es decir, el acuerdo de aceptar la decisión emitida por un árbitro de una contienda. Solo nacerá de tal acuerdo una *actio* si el *laudo* ha sido firmado por las partes o no es impugnado en un plazo de 10 días a partir de su pronunciamiento.

5.9.- OBLIGACIONES EX DELICTO: Origen histórico y delitos privados del *ius civile*: *furtum*, *rapiña*, *iniura*, *damnum iniura datum*.- Otros actos ilícitos fuente de obligaciones: el *fraus creditorum* y la acción Pauliana.- Obligaciones *quasi ex delicto*.

En Derecho Romano existían dos tipos de delitos: los públicos y los privados. Los primeros, denominados *crimina*, eran comportamientos que infringían normas de importancia e interés social (v.gr. el delito de alta traición), sancionados con penas públicas (pena capital, lesiones corporales) y eran perseguidos de oficio por el poder público. Mientras que los segundos, llamados *delicta* o *maleficia*, regulaban conductas que infringían normas de derecho privado, con penas pecuniarias y perseguidos a instancia del interesado.

Por otro lado, sus fuentes de regulación también podía ser o del *ius civile* (*furtum*, *rapina*, *iniuria damnum iniuria datum*) o del *ius honorarium* (como la intimidación causada por violencia y los actos fraudulentos en perjuicio de los acreedores).

FURTUM

Según Gayo, el *furtum* no es solo la apropiación de la cosa ajena, sino también es el uso de la cosa ajena, como si fuera propia y en contra de la voluntad de su dueño.

Con la Ley de las XII Tablas se distinguió entre:

- a) *Fur manifestus*: Consistía en sorprender al ladrón en flagrante delito, estableciéndose como agravantes si se cometía de noche o a mano armada. En tales casos, se le podía dar muerte al ladrón en el mismo lugar del robo, para lo cual no tenía que intervenir el magistrado. Era, en definitiva, la influencia de la venganza privada que se desarrolló normalmente antes de la legislación decemviral y que se reflejaba todavía cuando surgió la misma.
- b) *Fur nec manifestus*: Cuando el ladrón no era sorprendido en el instante de cometer el delito, se castigaba de forma más suave. Concretamente, el ladrón era castigado al duplo, esto es, debe entregar a la víctima del robo el doble del valor de lo robado.

A partir del período clásico y consolidado todo ello en la época justiniana, se produce una ampliación del *furtum* distinguiéndose tres tipos:

- *furtum rei*: hurto o robo de una cosa o conjunto de cosas

- *furtum usus*: hurto o robo del uso de cosas (v.gr. cuando el depositario usa la cosa que le ha sido entregada para que la guarde y custodie)

- *furtum possessionis*: hurto o robo del uso de un objeto por el que es propietario del objeto, pero que no podría utilizarlo porque el objeto tenía que estar en manos o en posesión de otra persona (v.gr., el nudo propietario que usa o posee el objeto del usufructo en contra de la voluntad del usufructuario).

LA RAPINA

A finales de la época republicana, el pretor peregrino Terencio Lúculo, en el año 76 a.C., introdujo la llamada acción de los bienes arrebatados con violencia: *actio vi bonorum raptorum*, sancionando el robo con violencia, reclamándole al ladrón el cuádruplo del valor del objeto robado, siempre y cuando la acción se ejercitara antes del año desde que se cometió el delito; pues, después del año, sólo se podía reclamar el valor simple de la cosa robada.

INIURIA

Con la palabra *iniuria* se designa a los atentados a la persona, ya sea en su integridad física, ya sea en su integridad moral (honor).

En época de la Ley de las XII Tablas, esta institución hacía referencia a los atentados contra la integridad sólo física de las personas y, en concreto, los casos más importantes eran:

- *Membrum ruptum*: Consistía en la mutilación de un miembro corporal o la inutilización de un órgano. El ofendido podía optar entre aplicar la ley del Talión o por una compensación pecuniaria.

- *Os fractum*: Cuando se trataba de la fractura de un hueso, se sancionaba al agresor con la pena de 300 ases (si la víctima era un hombre libre) o de 150 ases (si la víctima era un esclavo).

- Injurias puras y simples: Las lesiones menores o violencias ligeras, eran castigadas con penas de 25 ases.

En el *ius honorarium*, gracias a la actividad del Pretor, surgió la *actio iniurandum aestimatoria*, en virtud de la cual se perseguirían toda clase de atentados contra la integridad física y, además, se contemplan también los daños u ofensas morales, facultando al ofendido exigir una cantidad de dinero al ofensor. Esta acción era penal y sólo se podía ejercer en el plazo de un año.

En cuanto a las conductas que atentaban a la moral, las más contempladas por el Pretor fueron mediante los siguientes edictos:

- a) Edicto sobre *convicium*: Este término procede de *cum voce*, es decir, “vocería”, “reunión de varias voces en una”; por ello, sancionaba las palabras infamantes e insultos emitidas a voces o ante público por una o varias personas, sancionando no sólo al que vociferó sino también al que incitó a otros para que vociferasen e insultasen.
- b) Edicto de *adtemptata pudicitia*: Se castigaba el ultraje al pudor de ciertas personas.
- c) Edicto *nequid infamando causa fiat*: Con este edicto se sancionaba a la persona que dijera o hiciera algo ofensivo al honor de otro, al menos que probase la veracidad de lo que se estimaba como ofensa.

Algunos delitos de injurias fueron sancionados por la *lex Cornelia de iniuriis*, del año 81 a.C., como delitos públicos, lo que significaba que serían sometidos a un tribunal criminal llamado de las *quaestiones perpetuas*, estando la víctima facultada para elegir entre la acción privada o la persecución pública. Esta regulación continuó vigente en épocas posteriores.

DAMNUM INIURIA DATUM

Puede definirse como la lesión o destrucción de la cosa ajena debida a dolo o a culpa. Difiere del *furtum* en que no encierra provecho para el agente o ladrón, mientras que se diferencia de la *iniuria*, en que se trata de un perjuicio patrimonial y no de una ofensa personal.

Este delito tiene su regulación con la *lex Aquilia de damno iniuria dato*, de fecha incierta (probablemente del 286 a.C.), propuesta por el tribuno Aquilio que sirvió para unificar diversas figuras vigentes hasta el momento y cuyo contenido principal era el referente a los casos de daños en las cosas (v.gr. matar injustificadamente a un esclavo ajeno).

OTROS ACTOS ILÍCITOS FUENTES DE OBLIGACIONES: *FRAUS CREDITORUM* Y LA *ACTIO PAULIANA*.

Además de las conductas anteriores tipificadas como delitos, existieron otras muchas reguladas por el Pretor, como: la violación de sepulturas, amenazas, corrupción de un esclavo ajeno,..., pero probablemente entre las más destacadas hay que mencionar el *fraus creditorum* o, lo que es lo mismo, el fraude de acreedores. El cual consistía en la enajenación dolosa por el deudor de su propio patrimonio para agravar su situación de insolvencia, provocando de esta manera un perjuicio directo a los acreedores. Así, el Pretor empezó a reprimir estos comportamientos fraudulentos decretando:

- O bien, la *restitutio in integrum ob fraudem*, es decir, deshaciendo o anulando las enajenaciones que hubiese realizado el deudor

- O bien, concediendo al acreedor perjudicado por dichas ventas o enajenaciones un *interdictum fraudatorum* contra aquellos que hubiesen adquirido dichos bienes o estuviesen en posesión de ellos, obligándoles a restituir todo aquello que hubiesen adquirido del deudor.

Finalmente, en la compilación justiniana aparece la *actio Pauliana* en un texto atribuido a Paulo (D.22,1,38,4) con la finalidad de sancionar las conductas dolosas del deudor e reintegrar en el patrimonio del mismo aquellos bienes que hubiesen sido vendidos a terceros para defraudar a acreedores.

OBLIGACIONES *QUASI EX DELICTO*

Son aquellos que, originariamente, estuvieron protegidos por las acciones pretorias *in factum* que no entraban dentro de la categoría de delitos. Por ello, la razón de considerarlos como cuasidelitos es porque, como tales, aparecen de tal modo en la legislación justiniana. Entre los más conocidos tenemos:

- *Iudex litem suma fecerit*: Contra el juez que obra dolosamente al pronunciar sentencia.
- *Effusum et deiectum*: Cuando de un edificio caía algo que causase algún destrozo o hiriese o matase a alguna persona o a un animal. El que habitaba la casa o edificio estaba obligado a pagar una indemnización (tuviese o no culpa de dicho daño) consistente, en general, en el doble del perjuicio ocasionado.
- *Positum et suspensum*: Contra el habitante de una casa que coloca o suspende algún objeto de manera que, con su caída, podría causar daño a cualquier transeúnte. No es necesario que el perjuicio se produzca.
- *Nautae, caupones, stabularii*: Son responsables los dueños de las naves, albergues o establos de aquellos hurtos y daños que cometen sus dependientes o personas que están bajo su servicio.

BIBLIOGRAFÍA:

- ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano*, vol. I y II, Madrid (1974).
- CAMACHO EVANGELISTA, F., *Curso de Derecho Romano*, vol. I y II, Granada (2005); *El negocio jurídico* (Granada 1996); *Casos, supuestos y textos de Derecho romano*, Granada (1995); *Derecho Privado Romano*, Granada (2016).
- CANTARELLA, E., *Instituciones e historia del Derecho romano. Maiores in legibus*, trad. María Isabel Nuñez Paz y Carla Rubiera Cancelas, Valencia (2017).
- DAZA, J.,-RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho privado romano*, Valencia (2009).
- D'ORS, J.A., *Derecho privado romano*, Pamplona (2008).

- FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de Derecho privado romano*, Madrid (2017).
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A.; GARCÍA CAMIÑAS, J.; RODRÍGUEZ MONTERO, R., *Cuestiones de Jurisprudencia romana*, Santiago de Compostela (2007); *Técnica jurisprudencial romana*, Santiago de Compostela (2009)
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Madrid (2016).
- FUENTESECA, P., *Historia del Derecho Romano*, Madrid (1987).
- GARCIA GARRIDO, M.J., *Instituciones y casos prácticos de Derecho Romano*, Ediciones Academia (2011).
- IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e Instituciones*, Madrid (2010).
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano*, Málaga (2010); *Práctica jurisprudencial en Derecho romano y código civil*, Málaga (2003).
- PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia (2008).
- RASCÓN GARCÍA, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Tecnos (2011).
- RODRÍGUEZ MONTERO, R., *Responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho romano. Una aproximación con perspectiva histórica*, Andavira, editora (2015).
- SCHULZ, F., *Principios del Derecho Romano*, ed. Civitas, Madrid (1990); *Derecho Romano Clásico*, Bosch (1960)
- TORRENT, A., *Manual de Derecho Público Romano y sistema de fuentes*, Madrid (2003); *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza (2008).
- VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Daza Martínez, J., ed. Civitas, Madrid (1986).