

**LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN EL  
SISTEMA CLÁSICO ROMANO**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile**

CAROLA ALEJANDRA BLANCO MÉNDEZ  
FABIOLA ANDREA BUSTOS DÍAZ  
BEGOÑA JAVIERA FERNÁNDEZ ULLOA  
EVELYN ALEJANDRA MONTENEGRO URRUTIA  
ANDRÉS RUBÉN VALENZUELA DONOSO  
PÍA IGNACIA VÁSQUEZ OSORES  
FELIPE IGNACIO WESTERMAYER HÉRNADEZ  
MARÍA FERNANDA ZELADA GUZMÁN

Profesor Guía: Fidel Reyes Castillo

Santiago, Chile

2004

## **INTRODUCCIÓN.**

El presente trabajo da una mirada al tema de la responsabilidad en los contratos de arrendamiento, mandato, mutuo, depósito regular e irregular, secuestro, comodato, contratos innominados, prenda, acotada al sistema clásico Romano y la Lex Aquilia de daño, dando una perspectiva de lo que sucede en éstos, poniendo especial énfasis en la responsabilidad que cabe a los sujetos que intervienen. Para ello se ha intentado analizar y sistematizar las fuentes jurídicas que, directa o indirectamente, contemplan la institución, procurando constatar el estado actual de la cuestión en lo que la bibliografía se refiere.

El trabajo se ha estructurado en xx capítulos de contenido, en cada de uno de los cuales se aborda uno de los contratos señalados, y en los que se procura desarrollar el tema en cuestión, estudiando los sujetos de la relación y las obligaciones que ella comporta. Finalmente se intenta dar las conclusiones que este trabajo ha arrojado

### **1. JUSTIFICACIÓN.**

“Todos los caminos conducen a Roma”, reza el dicho popular acuñado desde tiempos inmemoriales, cuando todo giraba en torno a la capital del Imperio. Los siglos han pasado, sin embargo, el legado llega hasta nuestros días y a diario lo encontramos en los textos jurídicos contemporáneos, constituyéndose en uno de los pilares fundamentales de la civilización Occidental. El Derecho Romano es materia troncal de la cual se han ido formando las distintas ramas del Derecho Privado y constituye una base imprescindible para la formación del jurista.

El estudio de las instituciones romanas aporta la terminología jurídica utilizada en todos los países civilizados, además de presentar un sistema jurídico que se ha venido considerando como clásico o modelo.

De otra parte, la técnica y el método casuístico de los juristas romanos ofrece el ejemplo de un sistema abierto para resolver los problemas jurídicos mediante la creación y aplicación de acciones y medios procesales.

Sin ir más lejos, el Código Civil chileno no se puede concebir como algo impermeable, aislado a toda conexión o influencia pues, es fiel representante de la tradición jurídica romanística que se recibe por la doble vía del derecho francés y del derecho castellano, y si bien, jamás lograremos la perfección de este derecho, entendiendo por perfección la congruencia completa entre el derecho y las necesidades del momento, tomamos muchas de sus instituciones.

Haciendo nuestra la opinión de don Alamiro de Avila, el Derecho Romano ha sido y es actualmente la base científica de los estudios jurídicos en prácticamente todas las universidades de Occidente. El estudio de esta disciplina desde una perspectiva histórica, dando muestra de su mutación en el tiempo y en el espacio según las necesidades de cada época, es fundamental para la formación del jurista.

Es por lo expuesto que, este trabajo persigue comprender, analizar y apreciar la responsabilidad en el sistema contractual romano, buscando descubrir la gran relación que existe entre este Derecho y el Derecho Contemporáneo, permitiendo entregar las herramientas que permitan adentrarse en el estudio de la responsabilidad en cualquier rama del Derecho.

Por último, si estudiamos la institución de la responsabilidad en el derecho Romano, y no en la legislación nacional, o en el derecho comparado, es porque el

primero es un derecho de juristas, construido en base a la experiencia y la vida misma, lo que lo hace particularmente rico en soluciones.

Por otra parte, estudiar un derecho de carácter casuístico, construido sobre problemas y no sobre normas, nos impuso un desafío intelectual, y la necesidad de cambiar la metodología de trabajo. El romanista se caracteriza por emplear un método distinto al utilizado por el jurista de derecho contemporáneo, y es esta una de las principales ventajas que para nosotros, como estudiantes de pre grado, tuvo estudiar este tema en derecho romano.

Vale la pena recordar el carácter formativo que tiene para el abogado el estudio del derecho romano, y a este respecto, citamos las palabras pronunciadas por el profesor Francisco Samper Polo, en el VIII Congreso de Historia del Derecho y de Derecho Romano, respecto a que el derecho romano post clásico es una aproximación al actual sistema de derecho continental y el derecho romano clásico, es un acercamiento a lo que hoy en día es el sistema de derecho anglosajón.

## 2. **OBJETIVOS GENERALES.**

Este trabajo tiene por finalidad:

**Comprender** el carácter formativo que tiene el Derecho Romano para los estudios de la carrera, tanto en el ámbito del derecho privado como público.

**Contribuir** a un mejor conocimiento de las fuentes jurídicas romanas de la responsabilidad, comprobando su vigencia y utilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

**Analizar** la evolución de la responsabilidad en los diversos contratos en la época clásica y dar a conocer los elementos que llegan a configurarla, abordando el dolo, la culpa, la mora y la custodia.

Para este trabajo se realizará una investigación exhaustiva de la bibliografía publicada, haciendo hincapié justamente en la responsabilidad, desde la génesis de los contratos analizados.

### **Objetivos específicos.**

- **Conocer** la génesis, naturaleza de los contratos señalados.
- **Describir** los aspectos fundamentales de cada contrato
- **Explicar** los supuestos en que se configura la responsabilidad.
- **Precisar** los límites de la responsabilidad.
- **Mostrar** la importancia y actualidad que tiene el Derecho Romano en la formación profesional y científica del abogado.

### **3. MARCO CONCEPTUAL.**

Ya que la responsabilidad es tratada en cada uno de los informes particulares elaborados por los miembros del grupo, en las conclusiones y en la introducción, este marco conceptual cumple con la labor de señalar sólo algunas ideas matrices que están implícitas en todo este informe y que no son mayormente desarrolladas, dado que son por todos conocidas, y ésta es una memoria de investigación y no se pretende hacer una reiteración de lo que ya hay.

En Roma no existía un principio general de responsabilidad, sin embargo, los jurisconsultos y también los pretores a través de los casos previstos (método casuístico) en los textos legales van a extender sus soluciones a otros no previstos.

La primera etapa del Derecho Romano que comprende desde el año 753 a. de C. con la fundación de Roma hasta años antes de la expedición de las XII tablas, es un período donde se viven dos formas de gobierno como la Monarquía (753 - 509 a. de C.) y la República (509 a. de C. hasta 451 a. de C. la Ley de las XII tablas) La normatividad de este período se basaba en la costumbre (*more*), que constituyó el derecho no escrito (*ius non scriptum*), también conocido como derecho consuetudinario (*mos majorum consuetudo*) En ésta época existía una institución, el *nexum* o *necto* (encadenar), fue un acto *per aes et libram* por el cual una persona que pedía dinero prestado quedaba ligada físicamente si no cancelaba la deuda. También se tiene conocimiento de la existencia de otra institución llamada *sponsio*; en la cual existía una especie de fiador llamado *sponsor* que garantizaba al acreedor que el prominente principal pagaría la deuda; esta institución buscaba evitar que el deudor fuera ligado, a cambio, tendría un fiador garante de lo prometido. Si el deudor pagaba la deuda, se extinguía su obligación, pero no sucedía lo mismo con el *sponsor*; este tendría que solicitar al acreedor satisfecho realizar una ceremonia solemne que lo liberará de la obligación.

Ya en la etapa de la república el pueblo romano tiene la finalidad de unificarse política y civilmente; para tal fin conformó una comisión de tres patricios que fueron enviados a ciudades de Grecia donde las leyes de Solón y de Licurgo estaban en vigor, por lo que podemos decir que muchas disposiciones de la Ley de las XII tablas están inspiradas por las leyes griegas. A raíz de la investigación realizada por los tres patricios fueron nombrados diez magistrados encargados de hacer la Ley, es así como inicialmente queda plasmada en diez tablas o codificación decenviral. Posteriormente, se redactan dos tablas más a manera de apéndice dando origen a la Ley de las XII tablas (451 a 440 a. de C.) Fue de tal importancia que el historiador latino Tito Livio,

nacido en Padua en 64 o 59 a. de C - 17 d. de C. la consideró como "Fuente de todo el Derecho Romano, tanto público como privado".

En lo que corresponde al pago de deudas en el derecho arcaico, el deudor debía responder su incumplimiento obligacional con su cuerpo, quedando sometido al dominio del acreedor, perdiendo su libertad. El acreedor conducía al deudor ante el pretor y hacía una declaración solemne del incumplimiento del deudor en el pago de la obligación adquirida. El pretor pronunciaba la *addictio* con la que le entregaba el deudor al acreedor a título de responsabilidad. El acreedor quedaba autorizado de aprehender físicamente al deudor (*manus iniectio*) y llevarlo a su casa y encarcelarlo. Según lo estipulado en la Ley de las XII tablas el acreedor podía mantener encadenado al deudor por sesenta días y presentarlo en el mercado una vez cada veinte días, esperando que alguna persona pagara la deuda; si pasados los sesenta días no era pagada, el acreedor podía disponer de su vida ya sea ejecutándolo, descuartizándolo (*in partes secanto*), o venderlo como esclavo.

En la crisis de la República se inicia el período clásico del Derecho Romano que comprendía tres etapas. En la primera etapa clásica ya se identifica la relación de deuda (*debitum*) como *obligatio*. Se consideraba que la obligación presentaba una estructura con dos elementos: la prestación (*debitum*) que era libre, y la responsabilidad (*obligatio*) que era coercible. En los comienzos de esta etapa la jurisprudencia era rudimentaria y no se conoce mayor desarrollo de la *obligatio*. Se sabe que la *obligatio* indicaba al deudor "ligado" (*obligatus o nexus*) en el derecho absoluto.

Como la esclavitud se estaba convirtiendo en una traba para el desarrollo de las fuerzas productivas, los plebeyos reclaman sobre el rigor de la ley Romana, lo que desata la expedición de la Ley Poetelia Papiria (año 457), que prohíbe la prisión y el encadenamiento, la muerte y la venta del deudor y hace posible, por parte de éste, el pago en especie o en trabajo, debido a que la obligación civil había surgido en el

derecho Romano sobre la base de un vínculo material que ataba al deudor al acreedor con las características propias del derecho real. La ley dispuso que el deudor tiene una responsabilidad patrimonial por su incumplimiento (responde con los bienes) y no personal (pagar con su propio cuerpo las deudas contraídas) Declaró libres a los deudores que estaban encadenados y prohíbe el encadenamiento por deudas con excepción de las obligaciones que surjan por causa del delito (*obligationes ex delicto*) Siendo la responsabilidad patrimonial, el deudor responde con sus bienes, los cuales eran vendidos en subasta pública.

Con la Ley Poetelia Papiria se da la división de los derechos personales de los derechos reales, entendiéndose que el derecho real es el que se tiene sobre las cosas sin tener en cuenta las personas que en el momento las posean (*res clamat dómínio*) y el derecho personal es el que pueden reclamar de ciertas personas sin importar quien posea o donde se encuentre la cosa.

Junto a la Ley Poetelia Papiria podemos ubicar la Ley AQUILIA, promovida por el tribuno Aquilio en una época aproximada al siglo III a.C. con el fin de derogar la totalidad de las disposiciones que trataban la materia del daño causado injustamente en la ley de las XII tablas. La ley Aquilia lo que busca es diferenciar cuando una persona lesiona el derecho de otra no merced a un vínculo contractual, sino por acto extracontractual, y sin que importe la intención, sino el descuido, la negligencia, la incurria, es decir, la culpa, por leve que ella sea. Estas dos leyes se constituyen en trascendentales dentro de la evolución de la responsabilidad patrimonial y responsabilidad extracontractual.



### 3.1. Del Concepto Obligación.

En la evolución histórica del concepto de OBLIGACIÓN podemos decir lo siguiente: En un principio no existe el concepto de obligación como tal<sup>1</sup>, ya que existían deberes de tipo religioso, consistentes en el sacrificio de animales para aplacar la ira de los dioses (etapa totémica y tribal de la organización social) La economía era cerrada y natural.

A medida que se van desarrollando las actividades económicas y aparece el excedente económico y la necesidad de castigar algunos actos delictivos, surgen en Roma las primeras obligaciones de persona a persona, manifestándose la necesidad de que el deudor dé una garantía a su acreedor.

Para muchos investigadores el punto de partida en el estudio de las instituciones del Derecho Romano es la Ley de las XII Tablas, como primer compendio de normas en el desarrollo jurídico de Roma; probablemente, el término de *obligatio* ya existía antes de dicha recopilación teniendo en cuenta que ésta deriva de normas anteriores.

En los trabajos de codificación realizados por Justiniano, entre ellos las INSTITUCIONES, encontramos un concepto más subjetivo del término obligación: "vinculo jurídico que nos obliga a la prestación de alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad (*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*)

---

<sup>1</sup> Los juristas clásicos no intentaron jamás definir la *obligatio*. Las dos definiciones que se encuentran en las fuentes (D.44.7.3 pr.; Inst.lus.3.13 pr) son de origen post-clásico lo que permite concluir la inexistencia de una definición clásica, porque de haber existido los compiladores la hubieran incluido en sus trabajos.

Justiniano toma gran cantidad de conceptos de las INSTITUTAS de GAYO, que son un tratado elemental utilizado en la enseñanza del derecho Romano, las cuales están divididas en cuatro libros, llamados también comentarios.

Aproximadamente en el año 636 el pretor Publius Rutilius promulgó el edicto rutiliano mediante el cual se estableció la responsabilidad del deudor sobre su patrimonio, pero conservando la prisión privada por deudas y la obligación del deudor de trabajar en provecho del acreedor.

En materia extracontractual, la *lex aquilia* marca un quiebre respecto del derecho romano antiguo, ya que para que opere la responsabilidad, se exige culpabilidad, que puede ser por culpa o dolo. En materia de causación, sin embargo, se seguía requiriendo un acto de intervención directa.

### **3.2. Derecho de Contratos.**

No es posible encontrar entre los juristas clásicos una teoría sistemática de lo que hoy llamamos “contratos”. Por lo general, se limitaban a discutir los tipos singulares de contrato.

El verbo *contrahere* es un verbo antiguo y fue utilizado literal y metafóricamente. Utilizado metafóricamente el verbo *contrahere* significa, por regla general, realizar, perpetrar, concitar. Los juristas clásicos lo usaban en este amplio sentido.

En contraste con el verbo *contrahere*, el sustantivo *contractus* apareció mucho más tarde. Sin duda alguna el término jurídico *contractus* fue acuñado por los juristas del período último de la República tal vez por el mismo Servio. Originariamente significó celebrar o realizar un acto y fue usado en un unión con un sustantivo en genitivo: *Contractus Stipulationis* (la celebración de una estipulación), *Contractus*

*Emptionis* (la celebración de una venta); pero como los juristas aplicaron el nuevo término únicamente a los contratos, ocurrió que éste se identificó con el contrato mismo.

Aunque la palabra *contrahere* era usada todavía en su amplio sentido, *contractus* entre los juristas más destacados de la época clásica, significa propiamente “contrato”, o sea, un acuerdo reconocido por el *ius civile* y celebrado por las partes con el fin de crear una obligación.

Por lo expuesto, se puede señalar que el derecho clásico conoció únicamente una serie limitada de contratos típicos (*iuris civiles y honorarii*) Dentro de ciertas restricciones, las partes podían adaptar estos tipos a los fines concretos que buscaban y la *stipulatio*, sirvió para ello. Las partes estaban impedidas de crear tipos contractuales nuevos, por ejemplo, no podían sustituir la *stipulatio* por un contrato escrito.

### **3.3. De los Contratos Consensuales<sup>2</sup>.**

---

<sup>2</sup> De acuerdo con lo sostenido por Gayo<sup>2</sup> en las Institutas.

135. Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.

136. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit.

137. Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in uerborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur.

138. [sed absenti expensum ferri potest, etsi uerbis obligatio cum absente contrahi non possit.] [De emptione et uenditione.]

Se contraen obligaciones mediante el consentimiento en las compraventas, en los arrendamientos, en las sociedades, en los mandatos. Y decimos que por estos modos se contraen las obligaciones mediante el consentimiento porque no requiere ninguna formalidad ni de palabras ni de escritura, sino que es suficiente con que consientan aquellos que realizan el negocio. Por lo que tales negocios se contraen también entre ausentes, como, por ejemplo, por carta o por un mensajero entre las partes, mientras que, por el contrario, la obligación por las palabras no puede contraerse entre ausentes. Además, en estos contratos una persona se obliga con la otra por aquello que debe hacer una a la otra de acuerdo con la equidad, mientras que, por el contrario, en las obligaciones por las palabras una estipula y la otra promete, y en las transferencias de créditos, una obliga anotando el desembolso y la otra queda obligada (...)

Aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes, al recurrir al término “solo” dentro de esta definición se está denotando que nacen a la vida jurídica por el mero hecho de existir el acuerdo de voluntades, lo que emancipa el elemento intencional del formalista, dejándose de lado las solemnidades, dando comienzo a la abstracción en el Derecho Romano.

Cuatro son los contratos que caben dentro de la clasificación de consensuales<sup>3</sup>, y las características de estos negocios jurídicos pueden resumirse en:

- a)** Son contratos principales, pueden sobrevivir sin la necesidad de ninguna otra convención.
- b)** Son contratos sinalagmáticos, es decir, bilaterales.
- c)** Las partes quedan afectadas no sólo a lo prometido, sino que a todo lo que corresponda según la equidad, por ser contratos de buena fe.

---

<sup>3</sup> Compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad.

- d) Nominados.
- e) Podían formarse entre ausentes.

### 3.4. Efectos de las Obligaciones.

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

El cumplimiento de las obligaciones contractuales se llama solutio o solvere cuando se trata de dar la propiedad, pero en los casos en que la obligación tiene por objeto un facere o praestare, no hay propiamente solutio, sino una satisfactio, que se expresa generalmente por el nombre de la prestación correspondiente. Sin embargo, los clásicos extendieron el término solutio para referirse al cumplimiento de todo tipo de obligaciones.

Desde el punto de vista del derecho, lo importante son los efectos de las obligaciones, que son las consecuencias de carácter jurídico producidas por el vínculo creado. Se refieren al derecho del acreedor a exigir el pago de la prestación a que el deudor se obligó.

Estos efectos se producen cuando se incumple la obligación o cuando su cumplimiento es defectuoso:

- a) Disolución del vínculo: Designado por los clásicos como solvere y solutio.
- b) Liberación del deudor: Para esto los juristas usan el término liberatio.

#### **4. EFFECTOS GENERALES.**

##### **4.1. Objeto de la obligación.**

En principio el acreedor no está obligado a aceptar una prestación distinta o pagos parciales, sin embargo, el deudor queda liberado en los siguientes casos:

- Datio in solutum (Dación de otra cosa en pago): Cuando el acreedor acepta efectivamente una prestación distinta que se le ofrece en lugar de la prometida, es decir, se le entrega una cosa distinta a la estipulada. Esto supone una estimación de común acuerdo entre las partes, acerca del valor de la cosa dada en pago.
- Beneficio de competencia: Se otorga a ciertos deudores para que respondan sólo con una determinada cantidad de sus bienes, evitando la bonorum venditio y la infamia. Es una forma parcial de cumplimiento de la obligación y se opone como excepción. Este beneficio no extingue la obligación, sino que subordina su cumplimiento a la mejora en la fortuna del deudor. Se concede a: Padres deudores de sus hijos; esposos entre ellos; patronos, sus hijos y padres deudores de un liberto (que antes fue su esclavo); socios entre ellos; veteranos (de guerra); hijos emancipados por deudas contraídas mientras estaban bajo potestad.

##### **4.2. Lugar del cumplimiento.**

Si en el contrato se estableció el lugar del cumplimiento ha de estarse a la letra del contrato.

Si el contrato no estableció el lugar del cumplimiento, habrá que estarse a la naturaleza de la cosa, así, si la cosa es inmueble o es cosa cierta: deben entregarse donde se encuentren, si se trata de cosas inciertas: deben entregarse en el domicilio del deudor.

### **4.3. Época del cumplimiento.**

Hay que distinguir:

- a) Obligaciones puras y simples: Acreedor puede exigir en cualquier momento el pago de la obligación.
- b) Obligaciones a plazo:
  - Plazo a favor del deudor: Acreedor sólo puede exigir el cumplimiento al vencimiento del plazo.
  - Plazo a favor del acreedor: Acreedor puede exigir en cualquier momento el cumplimiento.
- c) Obligaciones condicionales:
  - Condición suspensiva: Acreedor sólo puede exigir el pago al cumplirse la condición
  - Condición resolutoria: Acreedor puede exigir el pago en cualquier momento mientras la condición no se haya cumplido.

## **5. ACCIONES DEL ACREEDOR.**

Son los medios legales que el acreedor tiene para exigir al deudor, a través de la fuerza pública, el cumplimiento de su obligación, ya sea entregando la cosa que prometió, o bien, indemnizando los daños y perjuicios causados con el incumplimiento.

Existen varias acciones de acuerdo a la época:

- Manus injectio: Procedimiento primitivo en el cual el acreedor lleva al deudor ante el magistrado. El deudor sólo podía escaparse de la captura pagando la deuda o prestando un fiador (vindex), de lo contrario, el acreedor podía llevarse al deudor a su domicilio y tratarlo como esclavo. Si dentro de sesenta días el deudor no paga o no consigue fiador, el acreedor podía matarlo o venderlo como esclavo al otro lado del Tíber.
- Bonorum venditio: Consistía en la venta en bloque de los bienes del deudor para pagar a sus acreedores. Podía realizarse tanto en vida como en muerte del deudor.
- Bonorum cessio: Durante la época de Augusto se introdujo este nuevo procedimiento que consiste en la venta de los bienes del deudor para pagar a sus acreedores, pero a diferencia de la bonorum venditio, no implicaba infamia, no permitía el ejercicio de otra acción procesal, permite oponer la excepción de beneficio de competencia.
- Bonorum Distractio: Durante el Imperio, sólo se admitía la venta parcial de bienes del deudor cuando éste sea senador.
- Pignus in causa iudicati captum: El pretor, a solicitud del acreedor, incauta bienes del deudor y los subasta públicamente para así pagar la deuda.
- Derecho romano-helénico: Ejecución es estrictamente patrimonial. Se mantiene la pignus in causa iudicati captum, pero para el caso de que el deudor sea insolvente, se aplicaba la distractio bonorum que se generaliza.



## **6. DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.**

Se produce cuando la obligación se ha dejado de cumplir por dolo o culpa del deudor o por caso fortuito.

Las consecuencias de la inejecución de las obligaciones varían según el objeto. Si consiste en una cantidad de dinero o en una cosa in genere, el deudor queda obligado cualquiera sea el acontecimiento que le haya impedido pagar lo que debe, en este caso, deberá procurarse otras, pues todas las cosas de la misma especie pueden servir de pago a la deuda. La situación es distinta si la obligación tiene por objeto un cuerpo cierto o un hecho, el problema aquí es determinar quien debe soportar el perjuicio, el acreedor o el deudor. Para determinar esto, es necesario investigar cual es la causa de la inejecución de la obligación: culpa, dolo o caso fortuito.

## **7. EL DOLO Y LA CULPA.**

### **7.1. El Dolo.**

El dolo es la intención positiva de causar injuria o daño.

Es doloso todo acto que sea de mala fe. Es todo hecho realizado libremente por el deudor con la intención de no ejecutar la obligación estipulada. Ni los menores (infantes), ni los dementes, ni los impúberes pueden cometer dolo.

Se estudia bajo tres puntos de vista:

- 1)** Como vicio del consentimiento en los contratos: Toda maquinación, astucia o falacia empleada para engañar, sorprender o defraudar a otro.

- 2) Como causa de inejecución de obligaciones: Intención positiva del deudor de incumplir la obligación.
- 3) Como elemento integrante de delitos: Intención de causar daño en el cuerpo, en la salud o en el patrimonio de un tercero.

#### **7.1.1. Caracteres del dolo.**

- Si la inejecución de la obligación es por dolo del deudor debe indemnizar daños e intereses.
- El dolo futuro no puede condonarse de antemano, toda cláusula en contrario es nula. Sin embargo, el acreedor puede renunciar a exigir la reparación del dolo cuando ha sido cometido.
- El deudor responde aún de los perjuicios imprevistos.
- El dolo no se presume, por lo tanto, le corresponde al acreedor probarlo.
- El dolo no admite graduaciones como la culpa, en derecho romano se clasifica al dolo de dolo malo y bueno, consistiendo éste último en una mayor habilidad o inteligencia de uno de los contratantes en la celebración del contrato que lo beneficia, pero que no produce en el otro contratante ningún perjuicio susceptible de ser indemnizado, por lo tanto, no cae bajo la sanción del derecho.

#### **7.2. La Culpa.**

Es la falta de diligencia o cuidado que se debe emplear en la administración de los negocios como consecuencia de la obligación de custodia que afectan a las personas que tienen cosas ajenas en su poder (como el comodatario, por ejemplo)

Desde tiempos muy antiguos se imponía el deber de custodia al deudor que detentaba en provecho propio la cosa del acreedor. Por esto, respondía al acreedor de la pérdida de la cosa, a menos que pudiera justificar que se había producido por fuerza mayor o caso fortuito. Los casos de vis maior que eliminan la responsabilidad por la custodia son: el incendio, la inundación, el naufragio, el derrumbamiento de un edificio, la revolución, el saqueo por el enemigo o bandas de ladrones y la muerte de los esclavos o animales. El robo no exonera jamás al obligado de la custodia, sin embargo, era discutido que la responsabilidad de custodia se extendiera a los daños causados por un tercero en la cosa.

En el derecho postclásico la responsabilidad por custodia se transforma en una genuina responsabilidad por culpabilidad.

La culpa es un hecho u omisión, realizado voluntariamente por el deudor, que ocasiona un perjuicio al acreedor, sin que aquel se lo hubiese propuesto. No puede ser cometida más que por una persona razonable, pero no por un loco, un infans o un impúbero. A diferencia del dolo, aquí no hay una intención de perjudicar o dañar al acreedor.

### **7.2.1. Grados de culpa en el derecho romano.**

Incorre en responsabilidad por culpa el que no se comporta como un buen padre de familia, este es un concepto que la jurisprudencia especificó señalando los múltiples atributos que debía tener. De acuerdo a lo anterior, la culpa del deudor puede ser:

- **Grave:** Es una negligencia extraordinaria, consiste en no tener el cuidado que hubiera tenido en la misma situación la persona más descuidada y negligente. Si el

deudor incurre en culpa grave siempre es responsable, porque esta culpa se asimila al dolo.

- **Leve:** Puede ser

a) In abstracto: No comportarse como un buen padre de familia en el cuidado de bienes propios. Toda imprudencia o negligencia que él no hubiera cometido.

b) In concreto: No comportarse como un buen padre de familia en el cuidado de bienes ajenos. Se ha mostrado con la cosa debida menos diligencia que la que se pone en los negocios propios.

En principio la culpa leve se aprecia in abstracto. En casos particulares se aprecia in concreto, como con los asociados y los copropietarios entre sí, y en el caso del marido en la administración de los bienes dotales de la mujer que está obligado a devolver. El motivo es que, llevando negocios propios llevan al mismo tiempo los ajenos y no se puede exigir de ellos más que su diligencia habitual.

En caso de la culpa leve, deudor sólo responde si la obligación le reporta algún beneficio, por lo tanto, de contratos gratuitos no puede emanar responsabilidad del deudor, excepto en casos de administración de negocios ajenos, depósito necesario y tutela y curatela.

Esta culpa leve si puede condonarse anticipadamente.

- **Levísima:** No es importante en la inejecución de obligaciones, sólo importa para la gradación de la pena que se impondrá al deudor.

En los contratos de derecho estricto el deudor sólo respondía de sus culpas positivas, in committendo, y no de sus culpas negativas, in omitiendo. Así, en las

obligaciones de hacer, el deudor responde sólo de su dolo y culpa, sea grave o leve, por lo tanto, sólo el caso fortuito puede liberarlo. En las obligaciones de dar, la obligación del deudor nunca se extiende a la omisión, pues éste se comprometió a dar no a hacer algo, sin embargo, siempre es responsable si la cosa ha perecido por un hecho propio, sea con culpa o dolo.

En los contratos de buena fe hay que distinguir: En los contratos que interesan solo al acreedor, como el depósito, se responde de culpa grave. En contratos celebrados en interés de ambas partes se responde tanto de culpa grave como de culpa leve, y en contratos celebrados en interés exclusivo del deudor, como el comodato, éste respondía además de la culpa levísima.

Todo lo dicho en cuanto a la responsabilidad por culpa del deudor, salvo lo referente a las obligaciones de derecho estricto, puede ser modificado por estipulación de las partes, sin embargo, no podría modificarse la responsabilidad del acreedor por su culpa grave, ya que se equipara al dolo y la condonación del dolo futuro no vale.

En cuanto a la prueba de la diligencia o cuidado, a diferencia del dolo, toca aquí al que ha debido emplearlo.

## **8. EL CASO FORTUITO O LA FUERZA MAYOR: TEORÍA DE LOS RIESGOS.**

Normalmente, los daños que experimenta una cosa los sufre el dueño, siguiendo el principio de que las cosas perecen para su dueño, como la pérdida será suya, el dueño tiene amplios derechos y puede hacer lo que quiera con la cosa. Sin embargo, los riesgos acarrearán responsabilidad del deudor cuando los daños le son imputables, como cuando el daño es producto de un hecho delictual, o cuando se ha incurrido en

culpa o dolo. Como la culpa contractual se presume, el deudor será siempre responsable a menos que pruebe que no hubo culpa de su parte, en cambio, el dolo debe probarlo siempre el acreedor.

La teoría de los riesgos tiene por objeto determinar si es el deudor o el acreedor el que debe soportar las consecuencias del incumplimiento de una obligación, cuando hay caso fortuito o fuerza mayor.

Caso fortuito o fuerza mayor es un acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor, que no ha podido preverse, o que previéndose, no ha podido evitarse.

El caso fortuito es el hecho proveniente de la naturaleza o del hombre, que no ha podido preverse.

Es de cargo del deudor probar el caso fortuito para quedar liberado de responsabilidad.

La fuerza mayor o vis maior es el hecho que si bien es previsible, es imposible evitarlo.

### **8.1. Requisitos del caso fortuito.**

1. Causa ajena a la voluntad del deudor.
2. Hecho imprevisto, es decir, que no se hubiera podido prever.
3. Hecho insuperable, imposible de evitar.
4. Hecho que produzca imposibilidad permanente de ejecución.

## **8.2. Efectos.**

El deudor queda liberado de su obligación, se excluye la culpa y se elimina la responsabilidad, sin embargo, este no es un efecto absoluto, porque el caso fortuito puede tener por objeto solamente evitar que el deudor caiga en mora. Existen situaciones en las que si se responde del caso fortuito:

- Cuando el deudor se obligó expresamente a responder por el caso fortuito o de la fuerza mayor.
- Cuando el deudor debe cosas genéricas, el caso fortuito o fuerza mayor no influye, porque siempre es posible al deudor pagar con otras.
- Cuando el deudor se obligó a entregar la misma cosa a dos o más personas por distintos títulos, porque entonces hay dolo.
- Cuando el deudor se ha constituido en mora.
- Cuando el caso fortuito le sea imputable, es decir, provenga de su culpa o dolo.

## **9. LA MORA.**

### **9.1. Mora del deudor.**

La mora debitoris es el retraso del deudor en el cumplimiento de una obligación, imputable a éste y no justificado.

#### **9.1.1. Requisitos.**

- Que se trate de obligaciones cuyo cumplimiento puede ser exigido por el acreedor.
- Que se trate de una obligación del derecho civil.

- Que el retardo carezca de justificación y sea imputable al deudor.
- Que hubiese mediado interpelación del acreedor (interpellatio o solicitud de ejecución), sea por vía judicial (pleito) o extrajudicial (mandatario, carta, etc.)

### 9.1.2. Clasificación.

- a) Mora ex persona: Se produce por la interpelación judicial o extrajudicial que el acreedor hace al deudor. El solo vencimiento del plazo no basta para constituir en mora al deudor.
- b) Mora ex re: Se produce de pleno derecho, sin necesidad de interpelación del acreedor. Sin embargo, otros autores como Volterra, Arangio Ruiz y Guzmán Brito, señalan que si la obligación está sujeta a condición o a término no es necesaria la interpelación para constituir al deudor en mora: fórmula “Dies interpellat pro homine”.

La mora ex re tiene lugar en los siguientes casos:

**b.1)** Si el deudor ha impedido voluntariamente la interpelación.

**b.2)** Si la obligación de restituir tiene por origen una posesión ilícita, ya sea porque fue obtenida con violencia, o con malas artes o mala fe, o porque la posesión proviene de un delito. En estos casos, el deudor queda constituido en mora desde el momento mismo en que se consuma el apoderamiento.

**b.5)** Si por la naturaleza y circunstancias de la obligación, la ejecución tardía equivale al incumplimiento total de la obligación.

**b.4)** Si las partes han convenido expresamente que el mero retardo en la ejecución de la obligación sea suficiente para producirla.



**b.5)** Si el cumplimiento se ha hecho imposible por una ausencia del deudor sin haber dejado persona para reemplazarle, o por su muerte sin heredero conocido, o se trata de legados a la Iglesia o a instituciones piadosas.

### **9.1.3. Efectos.**

- La obligación subsiste mientras no sea satisfecha la prestación.
- Si la cosa se deteriora o se pierde, como el deudor está en mora, él es responsable de todos los daños y perjuicios sufridos por la cosa, sea por su culpa, dolo o caso fortuito. Si la cosa debida es un cuerpo cierto y ha perecido totalmente, el deudor ya no debe la cosa sino una reparación pecuniaria calculada según el interés que tenía el acreedor en recibir el pago íntegro de la obligación, salvo que pruebe que la cosa hubiera perecido igualmente en manos del acreedor.
- En los contratos de buena fe, si la cosa debida son sumas de dinero, deudor debe los intereses al tipo legal desde el día en que se constituyó en mora, esto porque se supone que el acreedor sufre un perjuicio igual al interés que hubiera ganado colocando el dinero, si hubiese sido pagado cuando debía serlo. No así en los contratos de derecho estricto, en los que no son exigibles los réditos ni ex mora ni ex litis contestatio.
- En contratos de buena fe, deudor debe restituir la cosa debida con sus frutos y productos, no así en los contratos de derecho estricto, en los que no son exigibles los frutos sino a partir de la litis contestatio.
- Disminuciones (*periculum*) o aumentos (*commodum*) de valor la cosa debida corren a cargo del deudor.
- En negocios de los cuales surgen obligaciones para ambas partes, de modo que son deudoras recíprocas, ninguno de los contratantes puede exigir el cumplimiento de su obligación al otro, mientras él no cumpla la suya propia (“La mora purga a la mora”)

- La mora del codeudor no perjudica a los otros.

#### **9.1.4. Extinción.**

La mora del deudor se extingue siempre que:

- El deudor acceda a cumplir la prestación.
- Partes así lo acuerden, es decir, por convención.
- Deudor haga ofertas de pago al acreedor, y éste negándose a recibir el pago, se constituya en mora también.
- En el Derecho Justiniano la oferta del deudor moroso operaba ipso iure, liberándolo tanto de la obligación como de los efectos de la mora.

#### **9.2. Mora del Acreedor.**

Tiene su origen en un hecho del acreedor:

- Cuando acreedor se rehusa a aceptar la prestación sin justa causa.
- Cuando se ausenta sin dejar representante capacitado para recibir el pago.
- Cuando no asiste a los actos necesarios para la ejecución de la obligación.

##### **9.2.1. Requisitos.**

- Ofertas reales de pago hechas por el deudor al acreedor.
- Negativa, dolosa o culposa, del acreedor a recibir la prestación, cuando sea injusta.

##### **9.2.2. Efectos.**

- Riesgos de pérdida o deterioro de la cosa debida pasan al acreedor, pues nadie puede aprovecharse de su propio fraude. Si la cosa es no fungible, la responsabilidad del deudor queda limitada al dolo.
- Purga la mora del deudor.
- Da fin al curso de los réditos moratorios debidos por el deudor. Ulpiano exige que el deudor deposite el capital para que se produzca tal efecto.
- Antiguamente le nace el derecho al deudor de abandonar la cosa debida, con posterioridad, debe depositarla en los lugares que le señala el magistrado que interviene en el juicio de consignación.
- Acreedor debe indemnizar los daños que experimente el deudor con motivo de la negativa de recibir el pago. Además, debe reembolsarle los gastos útiles que el deudor haya efectuado para la conservación y mantención de la cosa.
- Deudor puede oponer la excepción de dolo al acreedor que reclama la cosa pericada durante su mora.

### **9.2.3. Extinción.**

- Cuando el acreedor manifieste su voluntad de aceptar la prestación y pagar los gastos.
- Cuando el acreedor y el deudor así lo convengan expresamente.
- Cuando el deudor reemplaza el pago efectivo por un pago por consignación (obsignatio)

## 10. DAÑOS Y PERJUICIOS.

Cuando el deudor no ha ejecutado la obligación, o cuando la ejecución no ha sido en la época convenida, el acreedor puede exigir de él los daños e intereses, es decir, la reparación del perjuicio que ha sufrido.

Consisten en sumas de dinero destinadas a colocar al acreedor en la misma situación patrimonial en que se encontraría si se hubiera ejecutado la obligación completamente y a su debido tiempo.

Esta materia es una cuestión de hecho, donde deben apreciarse, para determinar el monto de la indemnización, la previsión o no del daño, el grado de culpa del deudor, la vinculación directa o indirecta entre la inexecución y el perjuicio.

El deudor debe indemnizar los perjuicios causados. Cuando se puede imputar dolo al deudor, la indemnización alcanza todos los perjuicios directos e inmediatos derivados del incumplimiento, previsibles o no. Si solo se puede imputar culpa al deudor, aquella cubre los perjuicios previsibles, hayan sido directos e inmediatos o no.

Los daños y perjuicios pueden determinarse:

- Convencionalmente: Las partes fijan de antemano el monto de los daños y perjuicios para el caso de inexecución de la obligación, es lo que se llama stipulatio poenae (cláusula penal)
- Judicialmente: El acreedor demandante debe hacer la prueba del perjuicio que ha sufrido. Sin embargo, es el juez el que determina los daños e intereses y, por ende, la suma de dinero que el deudor debe pagar al acreedor como indemnización por los

daños y perjuicios provocados por el incumplimiento. El poder de apreciación del juez y los medios de que dispone para fijarlos, varían según la buena o mala fe del deudor y según la naturaleza de la acción ejercida por el acreedor. Justiniano, por una constitución del año 530, ordenó que en caso de obligaciones que tuvieran un objeto determinado, los daños e intereses fijados por el juez no podían exceder el duplo del valor de la cosa debida (Ley única de setent Quae Pro Quod Interest)

Se determinaba de acuerdo al:

- a. **Damnum emergens:** El perjuicio directo. La disminución patrimonial efectivamente sufrida por el acreedor a causa del incumplimiento.
- b. **Lucrum cessans:** Beneficio eventual. Son los beneficios dejados de percibir por el acreedor a causa del incumplimiento.

### **10.1. Daños y Perjuicios Convencionales: Stipulatio Poenae.**

Era una cláusula por medio de la cual las partes convenían una indemnización que el deudor debía pagar (a título de pena), en caso de incumplimiento o retardo en la ejecución de la obligación.

La stipulatio poenae o cláusula penal era constituída como una estipulación condicional y no una cláusula accesoria de un contrato principal como en nuestro Código Civil. Su eficacia está subordinada a la condición de que el deudor no ejecute su obligación.

#### **10.1.1. Características de esta cláusula.**

- Si la obligación no era cumplida en la forma prescrita, el acreedor puede demandar indistintamente el cumplimiento de la obligación principal, o la cláusula

penal (indemnización convencional) o reclamar daños y perjuicios por vía judicial (indemnización judicial)

- Se hace válida una obligación que por si misma pudiera ser nula, especialmente en caso de promesa o de estipulación de un tercero.
- Se incurría en la pena desde el día del vencimiento del plazo para cumplir la obligación, sin necesidad de interpelar al deudor. Cuando no existía término, los Proculianos no imponían la pena mientras la cosa podía ser entregada, y los Sabinianos entendían que se había incurrido en ella desde que pudo cumplirse la obligación., este criterio fue el seguido por Papiniano.
- También se incurría en la pena si el incumplimiento era por caso fortuito.
- Se incurría en la totalidad de la pena en caso de cumplimiento parcial de la obligación, porque la condición es indivisible.

#### **10.1.2. Utilidades de la Stipulatio Poenae.**

- Si el objeto de la obligación era un facere, o cosa que no fuese dinero, evita al acreedor la prueba del perjuicio sufrido.
- Se fijan convencionalmente los daños y perjuicios debidos en caso de incumplimiento.
- Asegura el cumplimiento de las obligaciones de buena fe, de las verbales, de las de derecho estricto y aún de las naturales, en razón de las cuales se estipula.
- Evita al acreedor el discrecionalismo del juez en la determinación del monto de los perjuicios (ya que puede ser que el monto que él fije no se ajuste a los reales daños ocasionados)
- Se incentiva al deudor a pagar voluntariamente la obligación para así no pagar la pena.

## **11. REVOCACIÓN DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL DEUDOR EN PERJUICIO O FRAUDE DE LOS DERECHOS DEL ACREEDOR.**

Se entiende por fraude del deudor la realización de actos por los que cae en insolvencia o agrava la que ya tenía.

El acreedor perjudicado por un acto fraudulento del deudor tiene las siguientes acciones para obtener la restitución de las cosas al estado en que se hallaban:

- 1) Interdicto Restitutorio: A través de él, el acreedor perjudicado por un acto fraudulento del deudor podía exigir la restitución de la cosa enajenada en su perjuicio, del tercero que la haya adquirido. En caso de negativa del tercero, debía indemnizar al acreedor por el equivalente al daño ocasionado.
  
- 2) Acción Revocatoria o Pauliana: Se amplían los efectos del interdicto restitutorio, de las meras enajenaciones de bienes corporales, a todos los actos susceptibles de disminuir el patrimonio del deudor.

### **11.1. Requisitos de esta acción.**

- Empobrecimiento patrimonial del deudor.
- Que ese empobrecimiento perjudique a los acreedores, al producir o agravar la insolvencia del deudor.
- Que deudor haya obrado con intención de perjudicar a sus acreedores.
- Que el tercero que interviene en el acto doloso del deudor participe también en el fraude cometido.

## **11.2. Efectos.**

El principal efecto es que restituye al patrimonio del deudor los bienes fraudulentamente cedidos o enajenados.

Hay también otros efectos:

- La acción puede ejercitarla únicamente la masa de acreedores (se designa un curador o representante para que obre en nombre de ésta)
- La acción favorece a todos los acreedores, aunque sean de fecha posterior al fraude.
- Esta acción alcanza al tercero adquirente de buena fe, para obligarlo a restituir el bien dolosamente enajenado, cuando el acto fraudulento sea a título gratuito, no así cuando el acto sea a título oneroso, pues en este caso solo cabe la persecución contra el tercer adquirente si es de mala fe.
- El bien debe restituirse con todos los frutos y productos que haya eventualmente producido.
- Si el tercero adquirente se niega a la restitución, debe otorgar una indemnización equivalente al perjuicio ocasionado.



## 12. CLÁUSULAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD.

Se introducen en los contratos con el fin de alterar la responsabilidad de los contratantes. En el Derecho Romano también son aceptadas estas cláusulas modificatorias de responsabilidad, las podemos clasificar en:

- Cláusulas agravantes de responsabilidad: Son aquellas que imponen al deudor responsabilidad en un grado más riguroso que el que les corresponde según la naturaleza del contrato o le hacen responsable del caso fortuito.
- Cláusulas atenuantes de responsabilidad: Imponen al deudor responsabilidad en un grado menos riguroso de culpa que el que le corresponde según la naturaleza del contrato. Ejemplos son los que limitan los plazos de prescripción para intentar la acción persecutoria de responsabilidad y los que limitan los montos de los perjuicios hasta cierta suma. En el Derecho Romano estas cláusulas sólo se admiten en obligaciones de buena fe, no en las de derecho estricto.
- Cláusulas eximentes de responsabilidad: Exoneran totalmente de responsabilidad al deudor. Como ya vimos están prohibidas absolutamente las que condonan el dolo futuro, en Derecho Romano se prohíben además todas las cláusulas eximentes de responsabilidad.

## **CAPITULO I.        LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD**

### **1.        INTRODUCCIÓN.**

Desde siempre, ha sido característica del hombre la necesidad de asociarse, con la finalidad de lograr diversos objetivos, desde formar una familia, hasta organizar un Estado. Entre ambos extremos, existen numerosas instituciones, a través de las cuales los hombres se organizan para sus objetivos. Una de ellas, es el contrato de sociedad, que apunta, principal, pero no exclusivamente, a un fin económico, siendo fundamental para el desarrollo del comercio.

Así ocurrió en Roma; el surgimiento de este contrato, ayudó a su fortalecimiento económico, al desarrollo de las relaciones internacionales, y, consiguientemente, a su expansión hasta llegar a ser un Imperio. La importancia de este contrato ha llegado hasta nosotros, junto a toda la herencia del derecho romano que en nuestros días se encuentra muy presente en variados ámbitos del Derecho.

### **2.        ORIGEN HISTÓRICO Y DESARROLLO.**

La sociedad se perfiló como un contrato consensual hacia finales del siglo II a.C. Sin embargo, su origen no es claro, debido a la imprecisión de las fuentes, interpolaciones e incluso textos contradictorios del Digesto en este tema, y la inclusión en un mismo título, de normas que se aplicarían a todo tipo de sociedades, y normas referidas a tipos particulares de sociedad.

Entre las diversas hipótesis que se postulan, es generalmente aceptada la que indica al *consortium ercto non cito* como antecesor directo de la sociedad, ya que la gran importancia que se da al elemento personal en este contrato, principalmente en cuanto a la buena fe y el *affectio societatis*, son muy similares a las relaciones que se dan en el ámbito familiar romano, y también al hecho que la *societas* conserva muchas características propias del *consortium*.

### **2.1. Societas y Consortium.**

En 1933 se descubrió en Egipto un fragmento de las *Institutas* Gayo, que hace referencia al arcaico *consortium ercto non cito*. Hasta antes de este descubrimiento, sólo existían fuentes extrajurídicas sobre el *consortium*, que Gayo, en este texto, considera como antecesor directo de la *societas*:

**Gai. I. 3. 154.** Así también se disuelve la sociedad cuando el patrimonio de uno de los socios es objeto de venta pública o privada. Pero esta sociedad, de la que estamos hablando, esto es, la que se contrae consensualmente, es derecho de gentes y por eso existe entre todos los hombres por razón natural. **154 a.** Pero hay otra que es propia de los ciudadanos romanos. En efecto, antiguamente, cuando moría el padre de familia, había entre sus herederos una cierta sociedad, legítima y natural a la vez, que se llamaba *ercto non cito*, osea, de propiedad sin división, pues *erctum* es la propiedad, y de ahí *erus*, el propietario, y *ciere* es dividir, de donde decimos *caedere* por cortar [y dividir]. **154 b.** Cuando otras personas queriendo estar en esta clase de sociedad, podían conseguirlo ante el pretor mediante cierta acción de la ley. Era peculiar de esta sociedad de hermanos, o de otras personas que a imitación de los hermanos la constituían, el manumitir uno de los socios al esclavo común le hacía libre desde luego y liberto de todos los socios; Así

también, cuando uno vendía por mancipación una cosa de la comunidad la hacía de la propiedad de quien la recibía.<sup>4</sup>

Esta institución cumplía en la época arcaica, el rol que posteriormente desempeñó la sociedad en el ámbito económico, permitiendo, a través de un patrimonio común, el desarrollo de actividades difíciles de emprender de forma individual a personas que compartían un determinado interés.

Gayo menciona dos formas de constituirlo. En el primer caso, se trata de un *consortium fratrum suorum*, o comunidad hereditaria que se formaba automáticamente al morir el *pater familias* entre los *herede sui*. Al no ser considerada la voluntad de los herederos, inmediatamente se descarta que se trate de un contrato. Su división era posible ejerciendo la *actio familiæ ercincundæ*.

El segundo tipo *-consortium ad exemplum fratrum-* era una forma de lograr los efectos del *consortium fratrum suorum* entre extraños, a través del ejercicio de una *legis actio* ante el pretor. Como estos extraños no tenían el carácter de *frater*, –elemento indispensable para la existencia del *consortium-* en virtud de esta acción se creaba una fraternidad artificial entre ellos. Los efectos patrimoniales derivaban de este status, y no

---

<sup>4</sup> Gai.I.3.154. Item si cuius ex sociis bona publice aut priuatim uenierint, soluitur societas. Sed et quidem societas, de qua loquimur, id est, quæ nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratone consistit. 154 a. Est autem aliud genus societatis proprium ciuium Romanorum. olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quædam erat legitima simul et naturalis societas quæ appellabatur ercto non cito, id est dominio non diuiso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem diuidere est: unde caedere et secare [et diuidere] dicimus. 154 b. Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud prætorem certa legis actione. In hac autem societate fratrum ceterorumue, quid ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat [unus], quod uel unus ex sociis communem seruum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum acquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, quid mancipio accipiebat.

directamente de la *legis actio*. Por esto tampoco se trata de un contrato. Además, Gayo lo contrapone a la *societas* consensual, excluyendo la consensualidad de este *consortium*.

Los efectos de ambos tipos de *consortium* eran los mismos: cada *consors* podía disponer totalmente de los bienes comunes, pero limitado por el derecho de veto de los demás comuneros (*ius agendi*, y *ius prohibendi*), y la responsabilidad era solidaria, a diferencia de la *societas*, en que es de cuota.

Algunos aspectos que la *societas* comparte con el *consortium*, son el carácter infamante de la condena (en razón de la importancia que daban los romanos a la *fides* entre quienes tienen una relación fraterna), el beneficio de competencia entre los socios, algunas causales de disolución (muerte, *capitis deminutio* o *bonorum venditio* de algún socio) y la fijación de la responsabilidad en la culpa en concreto (atendiendo a la apreciación de la persona para agravar o atenuar su responsabilidad)

Posteriormente, el *consortium fratrum suorum* habría decaído por razones económicas y sociales, como el mayor individualismo de la sociedad romana, que debilitó el poder del *pater* y los fuertes lazos familiares de la época arcaica. A su vez, la *legis actio* que permitía el *consortium* entre extraños, habría desaparecido, siendo remplazada por la *societas* consensual, que nació de la evolución jurisprudencial, primeramente con carácter universal, surgiendo después los tipos particulares.

## **2.2. Otros posibles orígenes.**

Además del *consortium*, se mencionan otros posibles orígenes para la sociedad<sup>5</sup>:

- a) *Societates Publicanorum*: a diferencia de la *societas* consensual, gozaba de personalidad jurídica en razón de su objeto: la contrata de trabajos públicos, en

---

<sup>5</sup> VELASCO GARCÍA, Carmen. La posición del obligado en la *societas* consensual: una aproximación a la *actio pro socio*, pp 27 y ss.

este caso, la recaudación de impuestos. Su personalidad jurídica se justifica en que dicha actividad reviste especial importancia por comprometer el interés público. En esta sociedad existe un patrimonio independiente del de los socios. La sociedad no necesariamente se extingue con la muerte de un socio.

- b) *Sociedad para trabajos agrícolas*: era una verdadera empresa organizada para la explotación agrícola, formada por un contrato entre el dueño de un fundo y un *politor*, persona experta en temas agrarios.
- c) *Societas Argentarium*: Se trata de una sociedad de banqueros, caracterizada por su solidaridad pasiva.

También se considera la posibilidad de que la *societas* haya surgido en forma independiente, en relación con los demás contratos consensuales, debido a las nuevas necesidades económicas. En un principio, se habría constituido a través de estipulaciones, o de la simple puesta en común de la cosa, hasta llegar al reconocimiento del consenso. Así, esta sociedad consensual habría servido para flexibilizar al *consortium*, a través del cambio de la responsabilidad solidaria por la de cuota en la nueva *societas omnium bonorum*, y, a su vez, influenciándose en su regulación jurisprudencial por algunos principios del *consortium*.<sup>6</sup>

### 2.3. Societas y Comunidad.

La comunidad es una figura muy cercana a la sociedad, siendo aceptado generalmente, que ambas instituciones tienen un origen común, en el *consortium ercto non cito*. Sin embargo, su diferenciación es un tema muy complejo, ya que al respecto existen textos contradictorios y oscuros.

---

<sup>6</sup> D'ORS ALVARO: *Societas y Consortium*, pp. 43.

Algunos autores sostienen que se trataba de una misma institución, que tenía distintas aplicaciones. Se basan principalmente en dos argumentos: primero, que en las fuentes se utiliza en mismo término (*socii*) para designar tanto a socios como a comuneros. En segundo lugar, se sostiene que según la clasificación de las fuentes de las obligaciones de Gayo, en contratos y delitos, la comunidad forzosamente debe incluirse en los contratos, ya que es lícita y genera obligaciones. Sin embargo, otros textos del Digesto ponen de manifiesto las diferencias entre sociedad y comunidad:

**D. 17.2.31:** Para que tenga lugar la acción de socio debe mediar una sociedad, pues no basta que la cosa sea común si no existe una sociedad, y puede haber una gestión común también sin mediar sociedad, por ejemplo, cuando nos encontramos en comunidad sin intención de contraer una sociedad, como acontece cuando una misma cosa ha sido legada a dos, o también cuando una cosa ha sido comprada simultáneamente por dos personas, o si recibimos una herencia o donación en común; o bien si compramos separadamente las partes de dos propietario sin ánimo de hacernos socios.<sup>7</sup>

En este texto, Ulpiano señala como elemento diferenciador al *affectio societatis*, que es una manifestación de las partes de su intención de formar una sociedad. Si ella falta, no habrá contrato. La comunidad también puede ser voluntaria, (pero en tal caso no habrá *affectio societatis*;) o bien puede originarse por otras causas, como en el caso de herencias o legados, en que es involuntaria. La sociedad jamás será involuntaria.

---

<sup>7</sup> D. 17.2.31: Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empti res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri. (Ulp. 30 Sab.)

Por otra parte, Gayo, señala que, si bien pueden coincidir sociedad y comunidad, no siempre que haya comunidad habrá sociedad; ya que las cosas pueden ser comunes en razón de sociedad, o de otras causas:

**D. 10.3.2 pr:** Es lo mismo que la cosa sea común a algunos a causa de sociedad o sin ella, pues en uno y otro caso tiene lugar la acción de división de la cosa común. La cosa es común a causa de la sociedad, por ejemplo, entre aquellos que compraron juntamente una misma cosa; es común sin sociedad, por ejemplo, entre aquellos a quienes ha sido legada en testamento una misma cosa.<sup>8</sup>

*De ello se deduce también una diferencia procesal, pues, si bien la acción de división de la cosa común procede tanto en la sociedad como en la comunidad; la acción de socio no puede hacerse valer por los comuneros. Ulpiano señala que en la comunidad no es necesario el acuerdo previo; que es imprescindible en la sociedad:*

**D. 17.2.32:** Pues cuando se constituyó una sociedad previo convenio, existe la acción de socio, cuando se produce sin acuerdo se considera que hay gestión en común, por razón de la copropiedad o del mismo negocio.<sup>9</sup>

En cuanto a las obligaciones, en la comunidad tienen su origen en el contrato, en cambio, en la comunidad son separadas y eventuales. Lo que liga a los socios es la consideración a las personas, en cambio, en la comunidad hay un marcado matiz real,

---

<sup>8</sup> D. 10.3.2 pr: Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est. (Gai. 7 ed. prov.)

<sup>9</sup> D. 17.2.32: Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur, (Ulp. 2 ed.)



pues lo principal son los bienes y no las personas. En la sociedad existe un objetivo común, cosa que no sucede en la comunidad que se contrae involuntariamente.

### **3. ELEMENTOS FUNDAMENTALES.**

#### **3.1. Concepto.**

Los juristas clásicos, siempre reticentes a las definiciones y conceptualizaciones, no definieron el contrato de sociedad. En el Digesto, se señalan sus características, elementos fundamentales y se regulan sus efectos, disposiciones que han permitido a los autores modernos elaborar diversas definiciones de este contrato, de las cuales se mencionarán las siguientes:

“Contrato por el cual dos o más personas se obligan a aportar bienes o trabajo en función de un giro crematístico común, y a repartirse los beneficios y pérdidas que se deriven de su gestión”.<sup>10</sup>

“Contrato consensual y bilateral (o también en ciertas ocasiones plurilateral), sin referencia sobre la posición de los contrayentes con los terceros, en virtud del cual, dos o más personas se obligan a colocar bienes y actividad, con el fin de dividirse según una proporción establecida, los beneficios y pérdidas.”<sup>11</sup>

#### **3.2. Características.**

La buena fe, la consensualidad del contrato, y el carácter *intuitu personæ* de la sociedad se encuentran muy vinculadas entre sí, y son interdependientes. Estos

---

<sup>10</sup> GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: Derecho Privado Romano. t. II, p 175.

<sup>11</sup> ARANGIO-RUIZ, VINCENZO: La società in diritto romano, pp. 63.

elementos, presentes también en otros contratos, tienen una gran relevancia en la *societas*, debido a su origen en las relaciones de familia (de la que la *societas* conserva una especial relación semejante a la fraternidad) y al riesgo que constituye emprender un negocio en común. Esto último implica que la situación patrimonial de una persona, depende en cierto grado de las personas con quienes ha decidido asociarse.

Además, pertenece al *ius gentium*. Esto se explica por el desarrollo económico y el aumento de la actividad mercantil originada por la expansión de Roma en el Mediterráneo, que la relacionó con sus naciones vecinas.

**a) Contrato Intuitu Personæ:** La sociedad se basa fundamentalmente en la consideración a la persona de los socios, pues estos se encuentran vinculados entre sí por una serie de derechos y obligaciones, y en el desarrollo de un negocio de interés común del cual se espera repartir los beneficios y pérdidas. Por ello la importancia de considerar la situación, características personales y solvencia a la hora de determinar con quienes se contraerá la sociedad. Esto reviste especial importancia en la *societas omnium bonorum*, o de todos los bienes, en la cual los socios arriesgan todo su patrimonio.

Consecuencias de esta característica, son: que no puede incluirse a nuevos socios sin el consentimiento de los demás<sup>12</sup>, ni puede el heredero tomar el lugar del socio. Sin embargo, excepcionalmente, la *actio pro socio* es válida a su favor y en su contra por ser quien sucede al socio en su patrimonio, y el encargado de cumplir las obligaciones que el causante dejó pendientes.<sup>13</sup> También explica la disolución de la sociedad por la muerte del socio, o de un cambio importante en su status, como sucede en el caso de *capitis diminución*, insolvencia,<sup>14</sup> o *bonorum venditio*.<sup>15</sup>

**b) Consentimiento y Consensualidad:** Como nos encontramos en presencia de un contrato, es evidente que se necesita un acuerdo de voluntades para perfeccionarlo.

---

<sup>12</sup> D.17.2.19.

<sup>13</sup> D.17.2.63.8.

<sup>14</sup> D.17.2.4. Justiniano excluyó la *capitis deminutio* mínima.

<sup>15</sup> D.17.2.65.1; D.17.2.65.12.

Además, se trata de un contrato consensual, pudiendo formarse el consentimiento por cualquier medio que deje de manifiesto la intención de "ir juntamente en sociedad", como se expresa en este texto de Modestino:

**D. 17.2.4:** No hay duda de que se puede contraer una sociedad mediando entrega de bienes o por convenio verbal y mediante un mensajero.<sup>16</sup>

*La expresión por entrega de bienes ("re") ha originado una controversia, ya que se sostiene por algunos, que estaría indicando una forma de constituir la sociedad mediante la entrega de bienes, existiendo en este caso una *societas re contracta*, distinta de la consensual. Pero también puede considerarse que Modestino aludía, no a las formas de constituir la, sino a las formas de expresar el consentimiento, el cual puede ser expreso (caso del convenio verbal y mediante mensajero) o tácito, en el caso de la entrega de bienes.*

**c) Buena Fe y Affectio Societatis:** *La buena fe es esencial en la sociedad, su carácter intuitu personæ implica que debe existir una especial confianza ente los socios. Por esto, presenta un doble aspecto en la *societas*. Se requiere de ella para su constitución, y además, debe mantenerse todo el tiempo que perdure el contrato. Paulo se refiere a la sociedad constituida con dolo, señalando que es nula, de lo cual se deduce que debe se requiere de buena fe para su validez:*

**D. 17.2.3.2:** Si la sociedad se contrajo con dolo malo o con ánimo de defraudar resulta nula de propio derecho, porque la buena fe es incompatible con el dolo y el fraude.<sup>17</sup>

*El affectio societatis es la intención de formar una sociedad, y el ánimo de permanecer en ella. Es el elemento que la distingue de la comunidad, y a la vez le da*

---

<sup>16</sup> D. 17.2.4: Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est. (Mod. 3 reg.)

<sup>17</sup> D. 17.2.3.2: Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo. (Paul. 32 ed.)

*continuidad. Por lo tanto, consentimiento, buena fe y affectio societatis, deben existir copulativamente para que la sociedad se mantenga. Si alguno de ellos se pierde, la sociedad se extinguirá.*

Así, en caso de perderse el *affectio societatis* (el consentimiento y ánimo de permanecer en la sociedad) habrá disenso si es común a todos los socios, y renuncia si es en uno de ellos. Si se pierde la buena fe, la sociedad terminará por el ejercicio de las acciones correspondientes contra el socio infractor.

**d) Contrato Oneroso:** *Es un contrato oneroso, es decir, todos los socios están obligados a realizar aportes que pasarán a integrar un fondo común, pero no es requisito que dichos aportes sean iguales. Ulpiano explica esta situación al destacar la importancia que tiene el trabajo como aporte, ya que también tiene un valor económico. También pone de manifiesto la onerosidad del contrato, al excluir la sociedad a causa de donación, es decir, en caso de que un socio no realice aporte alguno:*

**D.17.2.5.1:** Pero puede constituirse la sociedad, y vale también entre personas que no tienen medios iguales, porque suele el más pobre suplir con sus servicios lo que falta en la comparación de su patrimonio. No se contrae válidamente la sociedad a causa de donación.<sup>18</sup>

*Pueden aportarse todo tipo de bienes, corporales e incorporales, y también trabajo. El socio que aporta con su trabajo, se llama industrial. En la jurisprudencia inicial clásica, hubo una discusión, en que Quinto Mucio Escévola, sostenía que el socio que aportaba trabajo no participaba de las deudas, pues no aportaba bienes. En*

---

<sup>18</sup> D. 17.2.5.1: Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt æquis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. donationis causa societas recte non contrahitur. (Ulp. 31 ed.)

*cambio, Servio Sulpicio Rufo consideraba que el trabajo tenía un valor económico, y que el socio industrial participaba de las pérdidas, pues la disolución de la sociedad implica la pérdida del trabajo y por ende, de la fuente de su sustento. El socio industrial puede no estar obligado a pagar las deudas, pero eso no significa que no tenga participación en las pérdidas.*

*Distinto es el caso de la sociedad leonina, que es aquella en que un socio participa sólo del lucro, y otro sólo del perjuicio, sin recibir beneficio alguno, la cual se encuentra prohibida, por ser contraria a la equidad y la buena fe. Ambas situaciones las expone Ulpiano en el siguiente texto:*

**D.17.2.29.1:** Así opina Casio que puede contraerse una sociedad de modo que uno no sufra ningún perjuicio y que, en cambio, el lucro sea común, lo cual valdrá únicamente, como también escribe Sabino, si su trabajo equivale a los perjuicios, pues muchas veces tanto valen los cuidados de un socio, que reportan a la sociedad más que el capital; o si un socio navega o viaja él solo, o se expone él solo a los peligros. Refiere Aristón que Casio respondió que no puede contraerse una sociedad en que uno obtenga el lucro y otro el perjuicio, y que esta sociedad suele llamarse leonina; también nosotros estamos de acuerdo en que es nula la sociedad en que uno obtiene una ganancia y otro ningún lucro, sino el perjuicio; pues es del género más injusto aquella sociedad en la que corresponde a algún socio el perjuicio y no la ganancia.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> D. 17.2.29.1: Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, cassius putat: quod ita demum valebit, ut et sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus. Aristo refert cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed

e) Representación y Personalidad Jurídica: En el derecho romano arcaico y clásico, no existió lo que hoy conocemos como representación directa, consistente en que los actos realizados por el representante no tienen efectos en su propio patrimonio, sino que automáticamente producen efectos en el patrimonio del representado, como si éste los hubiese realizado.

Esto se debe, en el derecho de familia arcaico, a que había formas de compensar la representación, ya que en una sociedad agrícola sin mucha actividad económica, y el *pater* adquiría a través de sus *fili* y siervos debido a que éstos, por ser incapaces, no podían ser titulares de derechos patrimoniales. Esta circunstancia hacía innecesaria la representación por terceros extraños. Con el desarrollo del comercio, y a través del derecho pretoriano, surgió la representación indirecta. Esta relación era convencional, y en virtud de ella, el procurador o el mandatario cuidaba un interés ajeno. Sin embargo, debían realizar a nombre propio los negocios del representado, y posteriormente, trasladar sus efectos al patrimonio de éste.

En cuanto a la personalidad jurídica, para los romanos, sólo se dio en el ámbito público. Primero se concedió al *populus romano*, cuya personalidad se materializa en la existencia de una caja pública (*ærarium*) y un patrimonio público (*res pública*) después a los órganos político administrativos, como los municipios y colonias, y finalmente, a lo que modernamente se conoce como "corporaciones", a las cuales los juristas nombraban con distintos términos, tales como *collegia*, *universitates*, *sodalicia*, *corpus*, etc. A estas asociaciones corporativas les fue otorgada la personalidad jurídica porque cumplían con un interés público, aunque se desarrollaran en el ámbito privado.

---

damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. (Ulp. 30 Sab.)

En el Digesto se hacen pocas alusiones a las sociedades de carácter público<sup>20</sup>, y sólo refiriéndose a casos determinados, pues se encontraban fuera del área de interés de los juristas clásicos, quienes sólo se dedicaban al estudio de derecho privado.

Las corporaciones requerían de autorización legal para existir, a través de un senado consulto, ley o constitución imperial. Podían adquirir derechos y obligaciones en forma independiente a sus socios, pues gozaban de capacidad para tales efectos. Al tener una voluntad separada de la de los socios individualmente considerados, las decisiones debían tomarse por mayoría.

Precisamente por la estrecha relación entre personalidad jurídica y ámbito público, los juristas romanos fueron reticentes a otorgarla también a la *societas* consensual. En ella, prima el interés individual de los socios, y tiene fines estrictamente mercantiles, que no justifican la creación de la personalidad jurídica por la mera voluntad de los particulares.

*Relacionando la falta de representación directa y de personalidad jurídica de la societas consensual, se explica que en ella no exista una voluntad de la sociedad propiamente tal, separada de la voluntad individual de los socios. Paulo nos señala que cada socio debe actuar en forma individual, y no a nombre de la sociedad, estando obligado a traspasar los efectos de los actos que ha realizado a los demás socios:*

---

<sup>20</sup> D.17.2.59 pr. Señala que la sociedad consensual se extingue por la muerte de los socios, y que en cambio, la sociedad de concesiones públicas subsiste si la parte del difunto se atribuyó a su heredero.

D.17.2.63.8. Sobre la validez de la acción de socio contra el heredero del socio tanto en las sociedades consensuales como las de concesiones públicas.

**D. 17.2.74:** *Si alguno hubiese contraído una sociedad, lo que él compra se hace suyo y no común, pero por la acción de sociedad está obligado a hacerlo común.*<sup>21</sup>

*El traspaso de efectos se debe que no existe un patrimonio de la sociedad separado del patrimonio de los socios, sino un fondo común que pertenece a todos ellos. Al no haber representación directa, los efectos de los actos realizados por los socios para la sociedad -pero no "a su nombre", en su representación- no se radican de inmediato en los demás socios, sino que aquel socio que realizó el acto, está obligado a hacerlo común con los demás.*

*Así, tampoco se obligan los socios a pago de las deudas, a menos que los créditos hayan pasado a formar parte del fondo común:*

**D. 17.2.82:** *El socio no se obliga, a deuda de otro socio, por el derecho de sociedad, a no ser que la cantidad prestada haya ingresado en el arca común.*<sup>22</sup>

#### **4. TIPOS DE SOCIEDADES.**

*Los romanos distinguían varios tipos de sociedades. Ulpiano, atendiendo a la amplitud del giro que deben realizar los socios, menciona cinco tipos de sociedades: la sociedad para explotación de contratas públicas que es de origen legal, y los otros cuatro*

---

<sup>21</sup> D. 17.2.74: Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare. (Paul. 62 ed.)

<sup>22</sup> D. 17.2.82: lute societatis per socium ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sunt. (Pap. 3 resp.)



*tipos corresponden a la sociedad contractual consensual: sociedad de todos los bienes, la sociedad para algún negocio, la sociedad para un asunto determinado, y la sociedad de ganancias<sup>23</sup>, que es la figura residual a falta de mención expresa de los socios:*

**D. 17.2.5 pr:** *Las sociedades se contraen bien sobre todos los bienes, bien para algún negocio, bien para explotación de contratas públicas, bien para un asunto determinado.<sup>24</sup>*

Además, según la naturaleza del aporte, las sociedades podían ser: *societas rerum, operarum, o mixtas.*

#### **4.1. Según la amplitud del giro.**

**a) Societas omnium bonorum o universorum bonorum:** (Sociedad de todos los bienes): Como se dijo anteriormente, se cree que este fue el primer tipo de sociedad consensual que existió, ya que habría heredado su carácter universal de la antigua comunidad hereditaria. Por ello, muchas de sus reglas son también aplicables a las otras especies de sociedades.

*Es aquella en que los socios se obligan a aportar todos sus bienes, ya sean presentes y futuros a cualquier título. Con dichos aportes se forma un patrimonio único, compartido por todos los socios, ya que no poseen ningún bien fuera de los aportados a la sociedad. Paulo señala que se aportan a la comunidad las adquisiciones tanto a título gratuito como oneroso:*

---

<sup>23</sup> D. 17.2.7.

<sup>24</sup> D. 17.2.5 pr: Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius.: (Ulp. 31 ed.)

**D. 17.2.3 pr:** *Cuando se ha contraído especialmente una sociedad de todos los bienes se adquieren para la comunidad las herencias, los legados y donaciones y las adquisiciones por cualquier causa.*<sup>25</sup>

En cuanto a la forma en que los aportes deben ser hechos a la sociedad, debe distinguirse entre los que consisten en bienes presentes, y los bienes futuros:

**D. 17.2.1:** *En la sociedad de todos los bienes todas las cosas pertenecientes a los asociados se hacen inmediatamente comunes.*<sup>26</sup>

**D. 17.2.2:** *Porque, aunque no intervenga una entrega especial, se entiende, no obstante, que hay una entrega tácita.*<sup>27</sup>

Así, pues, basta que los socios manifiesten su voluntad de constituir una *societas omnium bonorum*, para que, inmediatamente, el dominio de todos sus bienes presentes se haga común con sus socios. Dicha comunicabilidad automática de bienes, probablemente sea una característica conservada del *consortium erecto non cito*, pues se asemeja a lo que sucede al ser diferida la herencia: ésta pasa a los herederos por el sólo hecho de la muerte de *pater*.

Para Arangio-Ruiz<sup>28</sup> debe hacerse una restricción, pues en la época clásica no puede admitirse que de un contrato se deriven efectos reales. Para él, existe una entrega tácita sólo respecto de las cosas *nec mancipi*; cuyo dominio se transfería mediante la tradición. En este caso, es perfectamente posible presumir la entrega. Pero

---

<sup>25</sup> D. 17.2.3 pr: Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est aut quaqua ratione adquisitum communioni adquiretur. (Paul. 32 ed.)

<sup>26</sup> D. 17.2.1: In societate omnium bonorum omnes res quæ coeuntium sunt continuo communicantur, (Paul. 32 ed.)

<sup>27</sup> D. 17.2.2: Quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. (Gai. 10 ed. prov)

<sup>28</sup> Op cit, pp 128 y ss

las cosas *mancipi*, exigen actos formales para ser transferidas (*mancipatio in e iure cessio*) y por lo tanto, en virtud de esta entrega tácita sólo se transmite la posesión, lográndose consolidar la propiedad mediante la *usucapio*.

*Pero esta entrega tácita se refiere únicamente a las cosas corporales y derechos reales, y no a los créditos. En la época clásica, los derechos se encontraban íntimamente ligados a las acciones (“no hay derecho sin acción”) Por ello, cada socio debía ceder sus acciones a los demás, y de esta forma, todos tenían igual derecho de cobrar el crédito aportado una vez que se hiciera exigible:*

**D. 17.2.3 pr:** *Los bienes consistentes en créditos, sin embargo, permanecen en su propio estado, pero deben ser cedidas mutuamente las acciones.*<sup>29</sup>

Los bienes que los socios adquieran con posterioridad a la constitución de la sociedad, no están comprendidos en la entrega tácita, que se refiere sólo a los bienes presentes a la celebración del contrato. Por esto, los socios están obligados a hacerlos común ya sea por *traditio*, *in iure cessio*, *mancipatio* o cesión de acciones según corresponda.<sup>30</sup>

*La sociedad no puede ser contraria a derecho, y por esta razón, atentaría contra la buena fe que un socio aportara algo que obtuvo de la comisión de causas prohibidas. Sus aportes, así como su causa, deben ser lícitos:*

---

<sup>29</sup> D. 17.2.3 pr: Ea vero, quæ in nominibus erunt, manent in suo statu: sed actiones invicem præstare debent. (Paul. 32 ed.)

<sup>30</sup> D.17.2.74.

**D. 17.2.52.17:** *Allí mismo dice Neracio que el socio de todos los bienes no está obligado a conferir las cosas adquiridas en virtud de causas prohibidas.*<sup>31</sup>

*Sin embargo, en caso de haberse aportados bienes provenientes de delitos, igualmente, el lucro será común. El aporte ilícito sólo puede ser recuperado por el socio si es condenado. Ello, porque debe restituirlo a la víctima:*

**D. 17.2.53:** *Lo que se adquirió por hurto u otro delito, es evidente que no debe ser aportado a la sociedad, porque es torpe e inadmisibile la comunidad en el producto de los delitos. Claro que, si hubiese sido aportado, el lucro será común.*<sup>32</sup>

**D. 17.2.54:** *Lo que un socio hubiese aportado procedente de un delito no debe recuperarlo más que si hubiese sido condenado.*<sup>33</sup>

*En la societas omnium bonorum, los socios deben aportar todos sus bienes, por esta razón, es lógico que la sociedad deba hacerse cargo de todos sus gastos. Hay aquí un fundamento de equidad: los gastos y deudas presentes y futuras de los socios, son cubiertas por el fondo común. Sólo se exceptúan los gastos efectuados en razón de delitos cometidos por los socios. Sin embargo, no para determinarlos, no se atiende a la*

---

<sup>31</sup> D. 17.2.52.17: *Ibidem ait socium omnium bonorum non cogi conferre, quæ ex prohibitis causis adquisierit.* (Ulp. 31 ed.)

<sup>32</sup> D. 17.2.53: *Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quæsitum est, in societatem non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis atque foeda communio est. plane si in medium collata sit, commune erit lucrum.* (Ulp. 30 Sab.)

<sup>33</sup> D. 17.2.54: *Quod enim ex maleficio contulerit socius, non aliter recipere debet, quam si damnatus sit.* (Pomp. 13 Sab.)

*sentencia desfavorable al socio, sino a la justicia o injusticia de la misma, de modo que si el juez ha condenado injustamente al socio, éste puede recurrir al fondo común para pagar todo lo debido en virtud de la condena:*

**D. 17.2.52.18:***... si son socios de <todos los> bienes y luego uno, no habiendo comparecido en juicio, ha sido condenado, no debe conseguir de la comunidad el pago de la condena, pero si habiendo comparecido padeció una injusticia del juez, ha de ser resarcido del fondo común.*<sup>34</sup>

**b) Societas ex quæstu veniut:** (Sociedad de ganancias): A diferencia de la *societas omnium bonorum*, la *ex quæstu veniut* se limita a las actividades lucrativas de los socios. La sociedad se contrae respecto de las ganancias que los socios obtengan de sus futuros negocios. Se refiere a todos los negocios, y de cualquier naturaleza, por lo que tiene carácter general.<sup>35</sup>

*Existe una presunción, según Ulpiano, en virtud de la cual, a falta de acuerdo expreso de las partes en orden al tipo de sociedad que quieren constituir, se entiende que se trata de la ex quæstu veniut:*

**D. 17.2.7:** *También es lícito contraer una sociedad simplemente; y si no se hubiese distinguido expresamente, ha de considerarse contraída sobre todos*

---

<sup>34</sup> D. 17.2.52.18: ... si socii bonorum fuerint, deinde unus, cum ad iudicium non adesset, damnatus sit, non debere eum de communi id consequi, si vero præsens iniuriam iudicis passus sit, de communi sarciendum. (Ulp. 31 ed.)

<sup>35</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, op cit., pp. 180.

*los bienes adquiridos como ganancia, es decir si algún lucro se obtiene por compra o arrendamiento.*<sup>36</sup>

*La ganancia es el elemento central de este tipo de sociedad, y Paulo la define como lo que procede del esfuerzo de alguien. Por esto, se excluyen de la sociedad lo que los socios adquirieran a título gratuito -donaciones, legados, herencias- pues éstas no provienen de una actividad del socio, sino que éste las recibe en razón de determinadas características personales:*

**D.17.2.8:** *Se entiende por ganancia lo que procede del esfuerzo de alguien.*<sup>37</sup>

**c)** Societas alicuius negotiationis: (Sociedad "para alguna negociación"): Es más restringida que la anterior. Tiene carácter especial, pues en ella, los socios limitan la sociedad a un solo negocio determinado. Se trata de una operación comercial de carácter permanente, como la venta de esclavos, vino, labores agrícolas, etc.

**d)** Societas unius rei: (Sociedad "de una cosa"): Es el tipo más específico, en que los socios contraen la sociedad para ejecutar un negocio determinado, extinguiéndose la sociedad con la concreción del mismo.

#### **4.2. Según la naturaleza del aporte.**<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> D. 17.2.7: Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex quæstu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit. (Ulp. 30 Sab.)

<sup>37</sup> D. 17.2.8: Quæstus enim intellegitur, qui ex opera cuius descendit. (Paul. 6 Sab.)

<sup>38</sup> OSTOS, CAROLINA y SALCEDO, PATRICIA: El contrato de sociedad en Roma, pp 62 y 63.

- a) Societas Rerum: Es aquel tipo de sociedad en que los socios aportan únicamente bienes corporales o capital, repartiéndose los frutos que de ellos provengan.
- b) Societas Operarum: aquella en que todos los socios son industriales, es decir, aportan su trabajo. Por lo general se trataba de sociedades de profesionales.
- c) Societas Mixtas: En esta sociedad, había socios que aportaban bienes, y socios industriales.

## 5. EXTINCIÓN.

Ulpiano realiza una clasificación de las causales de extinción de la sociedad, atendiendo a distintos criterios:

**D. 17.2.63.10:** La sociedad se extingue en razón de las personas, de las cosas, de la voluntad, y de la acción, y por ello, si desaparecen las personas, las cosas, la voluntad o la acción, la sociedad se considera extinguida. Las personas desaparecen por capitisdisminución máxima o media, o por muerte; las cosas, cuando no queda ninguna, o hubiesen cambiado su condición, pues nadie puede ser socio respecto de una cosa que no existe, ni de una cosa que haya sido declarada sagrada o pública; por la voluntad se disuelve la sociedad mediante renuncia.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> D. 17.2.63.10: Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. ideoque sive homines sive res sive voluntas sive actio interierit, distrahi videtur societas. intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte: res vero, cum aut nullæ relinquuntur aut condicionem mutaverint, neque enim eius rei quæ iam nulla sit quisquam socius est neque eius quæ consecrata publicatave sit. voluntate distrahitur societas renuntiatione. (Ulp. 31 ed.)

- a) Ex personis: Ulpiano menciona los hechos que determinan la desaparición de las personas, y estas son la muerte y la *capitis diminutione*, o muerte civil.
- b) Ex rebus: Por desaparición por cualquier causa de las cosas que forman el patrimonio social.
- c) Ex Voluntate: Por la pérdida del affectio societatis, el cual puede ser individual, en el caso de la renuncia, o de común acuerdo, si todos los socios consienten en dar por terminada la sociedad mediante el disenso, como señala Paulo:

**D. 17.2.65.3**: Hemos dicho que la sociedad se extingue por el disenso; esto es así si todos disienten.<sup>40</sup>

- d) Ex Actione: por ejercicio de la *actio pro socio*. Es claro que en ciertas circunstancias, esta acción tiene por objeto la liquidación de la sociedad, pero en la doctrina se discute si hay determinadas situaciones en que no produce la extinción (sobre todo si su objetivo lograr es la realización del aporte prometido) como veremos más adelante.

*Modestino, por su parte, se refiere a causales que tienen evidente relación con el carácter intuitu personæ de este contrato, pues todas ellas implican la desaparición de un socio cuya persona fue considerada por los demás al momento de contratar:*

**D. 17.2.4**: Se disuelve por renuncia, por muerte, por capitisdisminución o por insolvencia.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> D. 17.2.65.3: Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt. (Paul. 32 ed.)

<sup>41</sup> D. 17.2.4: Dissociamur renuntiatione morte capitis minutione et egestate. (Mod. 3 reg.)



*La renuncia implica el fin del affectio societatis, mientras que la muerte constituye una obvia imposibilidad física de continuar en la sociedad, y la capitisdiminución equivale a la muerte civil. Por otro lado, lado, debido al contenido económico y comercial de la sociedad, los juristas romanos asimilaron a la desaparición de la persona del socio otras situaciones que implicaban una drástica merma de su patrimonio. Modestino señala a la insolvencia en el mismo texto en que se refiere a la muerte, y la renuncia, y Paulo señala que tanto la venta forzada de los bienes de un socio por los acreedores, como la confiscación de bienes, también disuelven la sociedad:*

**D. 17.2.65.1:** Asimismo, dice Labeón, que se extingue la sociedad si los bienes de uno de los socios son vendidos por los acreedores.<sup>42</sup>

**D. 17.2.65.12:** Hemos dicho que también por la confiscación se disuelve la sociedad, lo cual parece referirse a la confiscación de todos los bienes, cuando son confiscados los bienes de un socio, pues al suceder otra persona en su lugar, se le tiene por muerto.<sup>43</sup>

*Paulo también trata el plazo y la condición como hecho cuyo acaecimiento implica el término del contrato:*

**D. 17.2.1:** La sociedad puede contraerse a perpetuidad, es decir, de por vida hasta o desde determinado tiempo y también bajo condición.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> D. 17.2.65.1: Item bonis a creditoribus venditis unius socii distrahi societatem labeo ait. (Paul. 32 ed.)

<sup>43</sup> D. 17.2.65.12: Publicatione quoque distrahi societatem diximus. quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicentur: nam cum in eius locum alius succedat, pro mortuo habetur. (Paul. 32 ed.)

<sup>44</sup> D. 17.2.1: Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus vel ex tempore vel sub condicione. (Paul. 32 ed.)

Así, los socios tienen plena libertad para contraer la sociedad hasta la muerte de un socio, o establecer un determinado plazo (como es el caso de la *societas unius rei*, en que se termina la sociedad al concretarse el negocio para el cual fue constituida) o una condición.

## 6. RESPONSABILIDAD.

En la sociedad nacen diversas obligaciones para los socios, quienes, además de la obligación principal de realizar el aporte prometido al momento de la constitución, deben regir su actuar por el principio de buena fe, que es esencial, especialmente en este contrato, debido a su carácter *intuitu personæ*. Los socios pueden exigirse sus obligaciones recíprocas a través de la acción propia de la *societas*; la *actio pro socio*.

### 6.1. Obligaciones de los Socios. Acción de Socio.

La *actio pro socio* nace del contrato de sociedad, y a través de su ejercicio, los socios pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales, liquidar la sociedad y exigir la indemnización por daños derivados del actuar doloso o negligente. Es más, tan ligadas se encuentran la sociedad y la acción que le es propia, que Ulpiano dice que hay sociedad donde procede la acción de socio, para diferenciarla de la comunidad.<sup>45</sup>

#### 6.1.1. Características.

Se trata de una acción personal, pues su objeto es hacer cumplir las obligaciones personales que han nacido de un contrato; está sancionada por el *ius civile*, es de buena fe, la condena tiene carácter infamante, y el socio condenado goza de beneficio de competencia.

La *societas* es un contrato de buena fe, característica que se traspassa también a la acción que nace de él:

---

<sup>45</sup> D. 17.2.31.

**D. 17.2.52.1:** Entra en esta acción de socio la consideración de la buena fe.<sup>46</sup>

*Esto se aprecia en este texto de Ulpiano, que señala a que aspectos debe atenderse el árbitro para determinar la condena en los juicios de sociedad, ya que en ella las obligaciones no tienen un valor predeterminado. El juez debe atender, entre otras circunstancias de hecho, a lo que hoy se conoce como daño emergente y lucro cesante:*

**D. 17.2.38 pr:** El árbitro de la acción de socio debe mirar a las garantías respecto al daño futuro y al lucro pendiente de la sociedad. Lo cual estimó Sabino en todas las acciones de buena fe, ya sean generales (como la acción de socio, de gestión de negocios o de tutela) ya especiales (como las de mandato, comodato y depósito)<sup>47</sup>

A primera vista puede resultar contradictorio que la condena por la *actio pro socio* conlleve dos efectos tan opuestos como la infamia (reprobación moral) y el derecho al beneficio de competencia. Sin embargo, esto se explica en la especie de fraternidad que implica la sociedad, lo que justifica que se otorgue al socio condenado la posibilidad de ser condenado sólo a lo que puede pagar, dejándole lo suficiente para asegurarse la subsistencia, y así evitar la enajenación forzada de sus bienes. Pero por otra parte, el socio que incurre en dolo, como castigo pierde este beneficio, además de ser declarado infame por la deslealtad que su conducta implica.

---

<sup>46</sup> D. 17.2.52.1: Venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides. (Ulp. 31 ed.)

<sup>47</sup> D. 17.2.38 pr: Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. quod sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi) (Paul. 6 Sap.)

Así pues, los rasgos de amistad y fraternidad existentes entre los socios, “no permitían privar al socio de sus medios de existencia, aún cuando se le castigase moralmente en razón de la ruptura de la fides”<sup>48</sup>

**D. 17.2.63 pr:** Es cierto lo que dice Sabino de que, aún no siendo socios de todos los bienes, sino de una sola cosa, deben no obstante, ser condenados tan sólo en la medida que puedan pagar o hubieran podido pagar si no hubieran obrado con dolo; esto tiene mucha razón, implicando como implica la sociedad una relación de cierto modo de fraternidad.<sup>49</sup>

*En cuanto al cálculo del patrimonio del socio para efectos de fijar lo que debe pagar, no se atendía al momento del incumplimiento, o del nacimiento de la obligación, sino al activo y pasivo que éste tuviera al momento de dictarse el fallo:*

**D. 17.2.63.6:** Lo que el socio pueda pagar se ha de considerar al tiempo de ser juzgada la cosa.<sup>50</sup>

*En caso de dolo del socio, se producen dos situaciones diferentes al calcular lo que puede pagar. Si el socio, fraudulentamente pierde parte de su patrimonio para pagarle menos, o no pagarle a sus acreedores, estos bienes entran en la base de cálculo para determinar lo que debe pagar. En cambio, si perdió por culpa, no se incluyen, ya que en este caso hay negligencia y descuido, pero no malicia de su parte:*

---

<sup>48</sup> PRECIADO, Darío. El contrato de sociedad en el derecho romano. p. 54.

<sup>49</sup> D. 17.2.63 pr: Verum est quod sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat. (Ulp. 31 ed.)

<sup>50</sup> D. 17.2.63.6: Tempus autem spectamus quantum facere socius possit rei iudicandae. (Ulp. 31 ed.)

**D. 17.2.63.7:** Se entiende que uno puede pagar aquello que dejó de poder por dolo, pues no es justo que nadie se exonere de poder por su propio dolo; esto mismo ha de ser admitido también respecto a los demás que son demandados en lo que pueden pagar. No obstante, si dejó de poder pagar, no por dolo, sino por culpa suya, hay que decir que no debo ser condenado.<sup>51</sup>

*La situación es diferente si el socio, dolosamente, desaprovechó una oportunidad de enriquecerse, para que los acreedores no recibieran en pago este aumento patrimonial. En este caso, lo que no adquirió no se cuenta como activo, ya que nunca formó parte de su patrimonio efectivamente:*

**D. 17.2.68.1:** Se pregunta si se considera que se coloca en situación de no pagar solamente el que gasta sus bienes en fraude de la acción que teme, o también el que no aprovecha una ocasión para adquirir algo. Parece más cierto que el procónsul se refiere al que gasta sus bienes, y podemos deducirlo de los interdictos en los que se dice: «porque obraste con dolo para dejar de poseer».<sup>52</sup>

El beneficio de competencia, sin embargo, se ve limitado, pues no se hace efectivo sobre el patrimonio neto. Las deudas personales que el socio tuviese con otros acreedores no se deducían. Sólo se permitía la deducción si las deudas eran sociales, y no exclusivas del socio con terceros:

---

<sup>51</sup> D. 17.2.63.7: Hoc quoque facere quis posse videtur quod dolo fecit quo minus possit: nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare. quod et in ceteris, qui in id quod facere possunt conveniuntur, accipiendum est. si tamen non dolo, sed culpa sua facere posse desiit, dicendum est condemnari eum non debere. (Ulp. 31 ed.)

<sup>52</sup> D. 17.2.68.1: Illud quæritur, utrum is demum facere videtur quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futuræ actionis, an et qui occasione acquirendi non utitur. sed verius est de eo sentire proconsulem, qui erogat bona sua, idque ex interdictis colligere possumus, in quibus ita est: "quod dolo fecisti, ut desineres possidere."

**D. 17.2.63.3:** ¿De que modo ha de estimarse lo que el socio pueda pagar? Se ha admitido que no deben ser deducidas las otras deudas del socio. Y así lo escribió Marcelo, 7 dig., a no ser, dice, que se deban por la misma sociedad.<sup>53</sup>

*Ulpiano, citando a Juliano, indica que el beneficio de competencia es de carácter personal, pero que se extiende al representante procesal del socio:*

**D. 17.2.63.1:** Ha de verse si también esto deba extenderse al fiador del socio o si es, en cambio, un beneficio personal, lo que parece más cierto; pero si este fiador hubiese aceptado el juicio como representante del socio, le beneficiará también a él, pues Juliano, 4 dig., escribió que el representante procesal del socio debía ser condenado en la medida en que el socio pudiese pagar, y dice que lo mismo debe ser admitido respecto al representante del patrono, y ciertamente será lo mismo respecto a todos los que son demandados en lo que pueden pagar.<sup>54</sup>

Y por este mismo carácter personal, no se admite que se extienda a otras personas como son el padre, el dueño y los herederos del socio:

**D. 17.2.63.2:** No obstante, al padre del socio, o a su dueño, si se contrajo la sociedad con su autorización, no se ha de dar esta ventaja, porque no se da

---

<sup>53</sup> D. 17.2.63.3: Id quod facere socius potest quemadmodum aestimandum sit? et placuit non debere deduci aes alienum quod debetur a socio: ita et Marcellus libro septimo digestorum scripsit, nisi forte, inquit, ex ipsa societate debeatur. (Ulp. 31 ed.)

<sup>54</sup> D. 17.2.63.1: Videndum est, an et fideiussori socii id praestari debeat an vero personale beneficium sit, quod magis verum est. sed si hic fideiussor quasi defensor socii iudicium susceperit, proderit sibi: namque iulianus libro quarto decimo digestorum scripsit defensorem socii in id quod socius facere potest condemnari oportere. idemque et in patroni defensore accipere debere ait: et utique idem erit in universis, qui in id quod facere possunt conveniuntur. (Ulp. 31 ed.)

tampoco al heredero del socio ni a los demás sucesores, puesto que tampoco se da este beneficio a los herederos y sucesores de los otros a los que demandamos en lo que puedan pagar.<sup>55</sup>

### **6.1.2. Objeto.**

Como se dijo anteriormente, en virtud del ejercicio de esta acción, los socios pueden exigirse sus recíprocas prestaciones, derivadas del contrato.

Éstas pueden ser: indemnizaciones por daños debidos al dolo, negligencia o renuncia intempestiva de los socios; reparación de los perjuicios sufridos accidentalmente en la realización de negocios sociales y reembolso de los gastos efectuados en razón de la sociedad; exigir el cumplimiento de los aportes prometidos; y exigir la rendición de cuenta de los socios administradores, efectuar la repartición de los frutos y ganancias, liquidando la sociedad.

Se ha discutido si la *actio pro socio* siempre produce el término de la sociedad, o si, por el contrario, en algunos casos pretende el cumplimiento de algunas obligaciones sin terminar la sociedad<sup>56</sup>.

El principal argumento para sostener que la *actio pro socio* tiene una finalidad exclusivamente de liquidación y resarcimiento, es que su ejercicio implica la pérdida de la confianza entre los socios, y que además, su condena produce infamia. En contra, puede argumentarse que siempre existe para los socios la posibilidad de llegar a un acuerdo amistoso mediante la conciliación, y que el socio puede cumplir su obligación

---

<sup>55</sup> D. 17.2.63.2: Patri autem vel domino socii, si iussu eorum societas contracta sit, non esse hanc exceptionem dandam, quia nec heredi socii ceterisque successoribus hoc praestabitur: quia nec ceterorum heredibus successoribusve, quos in id quod facere possunt convenimus, idem praestatur. (Ulp. 31 ed.)

<sup>56</sup> VELASCO GARCÍA, Carmen, Op cit., pp 94 y ss.



una vez iniciado el juicio en su contra, pero antes del fallo, a fin de evitar la infamia. Reafirma esta postura la existencia de la siguiente disposición, cuyo autor es Paulo:

**D. 17.2.74:** Si alguno hubiese contraído una sociedad, lo que él compra se hace suyo y no común, pero por la acción de sociedad está obligado a hacerlo común.<sup>57</sup>

Carece de sentido que por la acción de socio pueda exigirse la realización de los aportes pactados, y que esto implique al mismo tiempo la disolución de la sociedad. La solución lógica es que los socios reclamen que se haga efectivo el aporte prometido, precisamente, porque tienen interés en mantener la sociedad, y no en disolverla.

### **6.1.3. Actio pro socio y otras acciones.**

*La actio pro socio se orientaba a exigir las prestaciones personales de los socios, y no a la determinación de cuotas y adjudicaciones de bienes correspondientes que deben realizarse cuando la sociedad se liquida. Paulo dice que debido a esto, puede ejercerse también la acción de división de la cosa común:*

**D. 10.3.1:** La acción de división de la cosa común era necesaria porque la acción de sociedad se refiere más a las mutuas prestaciones personales que a la división de las cosas comunes; además cesa la acción de división de la cosa común, si la cosa no es más común.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> D. 17.2.74: Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare. (Paul. 62 ed.)

<sup>58</sup> D. 10.3.1: Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestations pertinet quam ad communium rerum divisionem. denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit. (Paul 23 ed.)

Además, podía darse el caso de que de un mismo hecho nacieran diferentes acciones, y los socios afectados podían escoger entre la acción especial, o la acción de socio. Como por ejemplo, en casos de comisión de delitos, cuando el socio hurta una cosa (puede demandársele tanto por la acción de socio como por la de hurto), o si causa daño a la cosa común (que obligado también por la ley aquilia)

## **6.2. Elementos que causan la Responsabilidad en la Societas.**

El derecho romano clásico se caracteriza por ser eminentemente casuístico. Los juristas nunca fueron proclives a las conceptualizaciones ni a las teorías, como actualmente sucede con diversas materias del derecho moderno, y esto explica que gran parte de la regulación de la sociedad en el Digesto esté hecha basándose en análisis de situaciones específicas. Aún así, de sus diversas normas podemos extraer los elementos generales que determinaban el nacimiento de responsabilidad contractual entre los socios.

*Ulpiano expone el régimen general de responsabilidad contractual, señalando en que contratos se respondía sólo por dolo, y en cuales por culpa y dolo, entre los que se encuentra la sociedad. También señala que los contratantes eran libres para ampliar o restringir esta responsabilidad; siendo esta disposición suplementaria de la voluntad de las partes. Sin embargo, nunca puede condonarse el dolo por anticipado, por ser contrario a la buena fe. De los imprevistos que suceden sin culpa, no responde nadie:*

**D.50.17.23:** Algunos contratos tan sólo exigen la responsabilidad por dolo malo y otros por dolo y culpa: por tan sólo dolo, el depósito y el precario; por dolo y culpa, el mandato, el comodato, la venta, la prenda, el arriendo, asimismo la dación de dote, la tutela, la gestión de negocios, en los cuales se exige también la diligencia; la sociedad y la copropiedad exigen la

responsabilidad por dolo y culpa. Pero esto es así siempre que no se haya convenido una responsabilidad mayor o menos en el contrato que sea, pues debe observarse lo que se ha convenido en un primer momento, excepto lo que cree Celso que no vale, de convenir que no se responda por dolo, pues esto es contrario a los juicios de buena fe, y así se observa en la práctica. De los accidentes y de la muerte de animales, si suceden sin culpa, así como de las fugas de los esclavos que no suelen estar atados, de los robos, tumultos, incendios, inundaciones y asaltos de bandidos, no responde nadie.<sup>59</sup>

*En otro texto, el mismo jurista explica a que se debe que en algunos contratos se responda sólo por el dolo, y en otros por dolo y culpa. Según un criterio de utilidad, se responde únicamente por el dolo en aquellos contratos que benefician sólo a una de las partes contratantes, y por dolo y culpa, en aquellos que reportan utilidad a ambas partes:*

**D. 13.6.5.2:** Ciertamente, en los contratos respondemos a veces sólo por el dolo, otras veces también por la culpa; por el dolo en el depósito, pues como no hay utilidad para el depositario, con razón se responde solo por el dolo, a no ser que se señale acaso un alquiler ( porque en este caso, como está establecido, se responde también por culpa), o se convino desde el primer momento que el depositario responda por la culpa y por el riesgo; mas allí donde hay utilidad para las dos partes, como en la compra, en el

---

<sup>59</sup> D.50.17.23: Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit ( vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit ( legem enim contractus dedit), excepto eo, quod celsus putat non valere, si convenerit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. (Ulp. 29. Sab.)

arrendamiento, en la dote, en la prenda, en la sociedad, se responde por el dolo y por la culpa.<sup>60</sup>

*En cuanto a la responsabilidad en el ámbito de la societas propiamente tal, Ulpiano señala, citando a Celso, que en este contrato se responde por dolo y por culpa, pero sin expresar claramente el grado de culpa a que se refiere:*

**D. 17.2.52.2:** Se pregunta si debe responder el socio por su dolo o también por su culpa. Y Celso, 7 dig., escribió así: los socios deben responder recíprocamente de dolo y culpa. Si al contraerse la sociedad, dice Celso, prometió uno aportar su oficio y servicios, como por ejemplo, cuando damos ganado para apacentar en común, o un campo a un cultivador para recoger los frutos en común, sin duda ha de responderse por culpa, pues el precio de la obra comprende ya el de la labor del artífice Si el socio de una cosa común hizo algún daño en, ella, admite Celso que también se responda por culpa.<sup>61</sup>

Ya en el periodo post clásico resulta claro que los socios pueden exigirse recíprocamente la indemnización de hayan sufrido por dolo o culpa. Justiniano hace una

---

<sup>60</sup> D. 13.6.5.2: Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit ( tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. (Ulp. 28 ed.)

<sup>61</sup> D. 17.2.52.2: Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. et celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire. (Ulp. 31 ed.)

diferenciación en el grado de culpa que no existía en la época clásica, la cual estaba dada por el grado de cuidado debido. Los socios están obligados a una diligencia ordinaria, la misma que ponen en sus asuntos comunes, y no una extrema diligencia:

**I. 3.25.9:** Se ha preguntado, si un socio está obligado a su consorcio por la acción de socio únicamente por aquello que hubiere hecho con dolo, como aquel que consintió que en su poder se constituyera un depósito, o si también por la culpa, esto es, por razón de desidia o de negligencia: pero prevaleció, que también estaba obligado por razón de la culpa. Más esta culpa no ha de dirigirse a la más exacta diligencia, pues basta que el socio ponga en las cosas comunes tanta diligencia, cuando acostumbra a poner en sus propias cosas. Porque el que tomó para sí un socio poco diligente, debe quejarse de sí mismo, esto es, imputárselo a sí mismo.<sup>62</sup>

### **6.2.1. Dolo.**

*El dolo es la intención maliciosa de causar daño a otro, y constituye un grave atentado a la fides. Por ello, a través de la actio pro socio puede exigirse el resarcimiento de los perjuicios derivados de un actuar malintencionado de los socios:*

---

<sup>62</sup> I. 3.25.9: Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpa, id est desidiae atque neglegentiae, nomine, quaesitum est: praevaluit tamen, etiam culpa nomine teneri eum. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est suae id imprudentiae imputare, debet.

**D. 17.2.59.1:** ... pero si un socio hubiese sufrido un daño por nuestro dolo, lo reclamará de nosotros.<sup>63</sup>

*Precisamente por la gravedad de la conducta dolosa, se limitó la voluntad de los socios al establecerse que no podrán condonar el dolo futuro. Así lo opina Ulpiano, reafirmando lo que él mismo expresa en D.50.17.23:*

**D. 16.3.1.7:** Si se hubiere convenido que no se ha de responder por dolo, no lo aprobarás; porque esta convención es contraria a la buena fe y a las buenas costumbres, y por esto no debe observarse.<sup>64</sup>

## **6.2.2. Culpa.**

*En el derecho romano clásico no existió una reglamentación definida de la responsabilidad contractual, ni están claros los conceptos de dolo y culpa. La clasificación de la culpa en grave, leve y levísima es post clásica. Sin embargo, de algunos textos parece desprenderse que en la época clásica, el socio responde sólo por lo que después se llamó culpa leve:*

**D. 17.2.72:** Un socio queda obligado respecto del otro por culpa, es decir, por abandono y negligencia, pero la culpa no ha de alcanzar hasta una exactísima diligencia, pues basta que ponga en las cosas comunes la diligencia que pone en las suyas, porque el que se busca un socio poco diligente debe culparse a sí mismo.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> D. 17.2.59.1: si quid vero dolo nostro socius damni ceperit, a nobis repetet. (Pomp. 12 Sab.)

<sup>64</sup> D. 16.3.1.7: Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est. (Ulp. 30 ed.)

<sup>65</sup> D. 17.2.72: Socius socio etiam culpæ nomine tenetur, id est desidiæ atque neglegentiæ. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus

Según la opinión de Gayo, al socio no se le exige una diligencia extrema, sino simplemente, que lleve los asuntos sociales con el mismo cuidado que ordinariamente pone en sus negocios personales. Por ello, es responsabilidad de cada persona fijarse en las cualidades de aquel con quien pretende contratar. Debe considerarse que hay también negligencia en quien toma por socio a una persona poco diligente, pues con ello, el mismo se expone a situaciones riesgosas.

*Por otra parte, Paulo y Ulpiano concuerdan en que el actuar diligente del socio en la gestión de los negocios comunes, y la negligencia en que pueda incurrir en ellos, son cosas diferentes que no pueden ser compensadas:*

**D. 17.2.25:** No corresponde menos al riesgo del socio en este asunto lo que se hubiera perdido por su negligencia, por el hecho de que en otras cosas el patrimonio social se haya incrementado gracias a sus cuidados. Y así lo expresó el emperador en una causa de apelación.<sup>66</sup>

*De esta forma, si un socio actúa con negligencia, esta debe ser apreciada por el juez sin considerar los beneficios que hubiese reportado a la sociedad en otras oportunidades con un actuar diligente. Por su parte, Ulpiano reafirma esta idea al afirmar que en este ámbito no opera la compensación, pues la obligación de comunicar las ventajas obtenidas a la sociedad; y la obligación de responder de los daños que por su descuido hubiese causado, son de distinta naturaleza:*

---

adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirat, de se queri debet. (Gai. 2 res. cott.)

<sup>66</sup> D.17.2.25: Non ob æm rem minus ad periculum socii pertinet quod negligentia eius perisset, quod in plerisque aliis industria eius societas aucta fuisset: et hoc ex appellatione imperator pronuntiavit. (Paul. 6 Sab.)

**D. 17.2.26:** En consecuencia, si un socio hubiese obrado en algo con negligencia, pero en otras cosas hubiese incrementado el patrimonio social, no se compensa el aumento con la negligencia, como escribe Marcelo 6 dig.<sup>67</sup>

### **6.2.3. Caso Fortuito y Fuerza Mayor.**

El caso fortuito y la fuerza mayor se refieren a situaciones en que se produce un daño, que el sujeto responsable no puede evitar. Los daños pueden ser causados por el hombre (fuerza mayor), o por la naturaleza (caso fortuito)

No es necesario que el sujeto responsable desconozca el hecho dañoso, pues puede suceder que, aún conociendo la situación, se encuentre imposibilitado de impedirla. En este caso, no hay responsabilidad:

**D. 50.17.50:** Carece de culpa el que, teniendo conocimiento de algo no puede impedirlo.<sup>68</sup>

*Menos aún tendrá responsabilidad el socio que ni siquiera estuvo en posición de prever el daño. En este caso, los perjuicios que de ello provengan deben ser soportados por todos los socios, a prorrata del interés que tengan en la sociedad, como sucede en el caso de incendio o atracos:*

**D. 17.2.52.3:** De los daños imprevisibles, es decir, de los daños fatales, no deben responder los socios, y, por ello, si se dio ganado con estimación y

---

67 D. 17. 2. 26: Et ideo si socius quædam neglegenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum neglegentia, ut Marcellus libro sexto digestorum scripsit. (Ulp. 31 ed.)

68 D. 50.17.50: Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest. (Paul. 39 ed.)



hubiese perecido por atraco o incendio, el daño es común, si nada hubiere ocurrido por dolo o culpa de aquel que hubiese recibido el ganado estimado.<sup>69</sup>

#### **6.2.4. Custodia.**

*A través de la actio pro socio puede exigirse la responsabilidad del socio por custodia, cuando éste ha tomado bajo su cuidado los bienes sociales. Ulpiano dice que si un socio recibe ganado con estimación, no responderá si perece por daños imprevisibles, pero sí en caso de hurto, pues debió tomar las medidas necesarias para evitar que el ganado corriera riesgos:*

**D. 17.2.52.3:**... pero si fue sustraído por unos ladrones, sí sufrirá el perjuicio, porque debió responder por custodia el que recibió el ganado con estimación. Esto es cierto, y se dará la acción de socio con tal que el ganado se haya dado para apacentar en razón del contrato de sociedad, aunque el ganado se haya dado con estimación.<sup>70</sup>

#### **6.2.5. Mora.**

*Pomponio, citando a trata el tema de la mora en la sociedad. Cuando un socio utiliza los dineros sociales en su propio provecho, y no entrega los beneficios obtenidos del negocio en el tiempo convenido, debe pagar intereses a sus consocios. Estos intereses tienen el carácter de indemnización moratoria.*

---

69 D. 17.2.52.3: Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit; (Ulp. 31 ed.)

70 D. 17.2.52.3: ... quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. hæc vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendæ causa pascenda data sunt quamvis aestimata. (Ulp. 31 ed.)

*El heredero, sin embargo, no está obligado al pago de estos intereses, por haberse extinguido la sociedad, y porque no fue él, quien personalmente, incurrió en la mora:*

**D. 17.2.60 pr:** Dice Labeón que el socio que incurrió en mora para entregar el lucro de la sociedad que había conseguido, por utilizar la cantidad en propio provecho, debe pagar también los intereses, pero no como tales intereses, sino como indemnización al socio por haber incurrido en mora; pero que si no hubiese utilizado el dinero o no estuviese en mora, no los debería. Asimismo, después de la muerte del socio no ha de hacerse tal estimación del heredero, porque por la muerte del socio se extingue la sociedad.<sup>71</sup>

*Paulo trata el caso de los intereses en las sociedades que no son de todos los bienes, cuando un socio presta dinero social, pero no por cuenta de la sociedad, sino que a nombre propio. En este caso, no debe hacer comunes los intereses, pese a ser dineros sociales, porque él, personalmente, asumió el riesgo del negocio. Pero si los debe si los prestó a nombre de la sociedad, porque en tal caso el riesgo es compartido por todos los socios:*

**D. 17.2.67.1:** Si uno de los socios (que no eran socios de todos los bienes) hubiera prestado con interés una cantidad del fondo común y hubiese cobrado intereses, debe repartirlos únicamente si hubiese prestado en

---

<sup>71</sup> D. 17.2.60 pr: Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum præstare debere labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, contra esse: item post mortem socii nullam talem æstimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas. (Pomp.13 Sab.)

nombre de la sociedad; pues si lo hizo en su nombre, debe retener él mismo los intereses, puesto que le correspondió el riesgo del capital.<sup>72</sup>

#### **6.2.6. Resarcimiento de Daños.**

*Si consideramos que las ganancias derivadas de la gestión que los socios realizan de los negocios sociales son comunes, y deben repartirse entre los socios, es equitativo que todos los socios soporten los daños sufridos por alguno de ellos en las gestiones que realiza en interés social. Ulpiano reafirma este principio, ejemplificándolo con el caso del socio que viaja a comprar las mercancías que se requieren para el negocio social de confección de vestidos, y que en el camino es víctima de un asalto, perdiendo su dinero, algunos objetos personales y siendo heridos sus esclavos. Ulpiano, citando a Juliano, nos dice que, ya que el lucro de la actividad es común, también deben ser comunes los daños provenientes de ella. Por esto, el socio que ha sufrido la agresión gestionando un asunto social, tiene derecho, por la acción de socio, a exigir a sus consocios que le indemnicen por las pérdidas sufridas, en proporción al interés social de cada uno:*

**D.17.2.52.4:** Dos personas contrajeron un negocio de confección de vestidos y uno de ellos, marchando a la compra de mercancías, fue asaltado por los atracadores, perdió su dinero, sus esclavos resultaron heridos y perdió objetos de su propiedad. Dice Juliano que el daño es común y que por tanto debe sufrir, mediante la acción de socio, la mitad del daño, tanto del dinero como de las demás cosas que el socio no hubiese llevado consigo si no hubiese ido a comprar mercancías para la sociedad. Pero también si algo se gastó en médicos, Juliano aprueba muy justamente que debe abonarlo en

---

<sup>72</sup> D. 17.2.67.1: Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam fæneraverit usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine fæneraverit: nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet. (Paul. 32 ed.)

parte el otro socio. Por lo mismo, también, si algo pereció en un naufragio, siempre que las mercancías fueran transportadas ordinariamente por mar, el daño afectará a ambos, pues, lo mismo que el lucro, también debe ser común el daño que no acontece por culpa del socio.<sup>73</sup>

Lo mismo sucede en caso de naufragio, pero siempre y cuando este fuera el medio de transporte habitualmente empleado para el transporte de las mercancías. De esta disposición se deduce, que si el socio empleó un medio poco seguro para el transporte, teniendo la alternativa de recurrir a otro menos riesgoso, no puede exigir el resarcimiento a los demás socios, pues pudo prever el daño, y actuó con negligencia.

*También Juliano estima que los gastos médicos deben ser comunes. Sin embargo, Labeón tiene una opinión diversa. Expone una situación muy similar a la anterior, en que el socio resulta herido al intentar detener la fuga de los esclavos comunes que iban a ser vendidos. La solución que Labeón propone en cuanto a los gastos médicos que le ocasiona el amotinamiento al socio, es opuesta a la de Juliano, pues estima que no tienen derecho a ser indemnizado:*

**D.17.2.60.1:** Un socio resultó herido al contener a unos esclavos comunes dispuestos para ser vendidos y que se amotinaron para fugarse: los gastos de la curación no podrá conseguirlos con la acción de socio, dice Labeón, porque no es un gasto propiamente de la sociedad, aunque se haya hecho

---

<sup>73</sup> D. 17.2.52.4: Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. dicit iulianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscerere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces com muni nomine comparandas proficisceretur. sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscerere debere rectissime iulianus probat. proinde et si naufragio quid periit, cum non alias merces quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit. (Ulp. 31 ed.)

con ocasión de ella, como si por razón de aquella sociedad alguien dejase de instituirle heredero o desistiese de dejarle un legado o hubiese administrado con más negligencia su patrimonio; porque tampoco la ventaja que le acaeciese en razón de la sociedad ha de recaer en la comunidad, como, por ejemplo, si por causa de la sociedad hubiese sido instituido heredero o se le hubiese donado algo.<sup>74</sup>

*Labeón establece una relación entre el lucro y los daños para determinar si corresponde o no la indemnización. Para él, no se trata de un gasto social propiamente tal, sino que la sociedad es la causa mediata del gasto médico. Después asimila la situación a otras circunstancias en que la sociedad también sería causa mediata de una pérdida o gasto para el socio, sin que este tuviera derecho a indemnización (que no se le instituya heredero o le sea legada o donada una cosa a causa de la sociedad; o que el socio descuide sus negocios propios por preocuparse de los negocios sociales) Sin embargo, no se ve el nexo entre estas situaciones y el gasto médico, pues debe considerarse que si el socio hubiese logrado detener la fuga y los esclavos hubiesen sido vendidos; el lucro obtenido habría sido común, por lo que resulta de justicia que los socios se hagan cargo de una parte del daño. Juliano reitera estar a favor de esta solución en el siguiente texto:*

---

<sup>74</sup> D. 17.2.60.1: Socius cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est: impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione labeo ait, quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit, sicuti si propter societatem eum heredem quis instituere desisset aut legatum praetermisisset aut patrimonium suum negligentius administrasset: nam nec compendium, quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium, veluti si propter societatem heres fuisset institutus aut quid ei donatum esset. (Pomp. 13 Sab.)

**D. 17.2.61:** *Según Juliano, no obstante, puede recuperar lo que pagó a los médicos, lo que es cierto.*<sup>75</sup>

### **6.2.7. Gastos.**

El socio tiene derecho a exigir, por la acción de sociedad, que se reembolsen los gastos que tuvo que soportar, tanto para el mantenimiento de la cosa común, como para el desarrollo del negocio social.

*En cuanto a los gastos hechos en interés del negocio común, tiene derecho a que se le reembolse tanto lo gastado, como los intereses en caso de haber pedido un préstamo para realizar el gasto. Si gastó de su propio dinero, los socios le deben los intereses, pues se considera como dado en préstamo:*

**D.17.2.67.2:** Si alguno de los socios tuvo necesidad de gastar en un negocio común algo de lo suyo, lo recuperará por el juicio de sociedad, y los intereses también, si acaso dio una cantidad que había recibido en préstamo e interés. Pero también si dio dinero suyo, se dirá con razón que puede igualmente percibir los intereses que podría tener si los hubiese dado en préstamo a otra persona.<sup>76</sup>

Para efectos del reembolso, sólo se considera como gastos aquellos que el socio hubiese realizado en razón de la sociedad; y nada más. Ulpiano considera dentro de este ámbito lo que cueste la manutención del socio, y los del transporte tanto de su persona como de la mercancía:

---

<sup>75</sup> D. 17.2.61: Secundum iulianum tamen et quod medicis pro se datum est recipere potest, quod verum est. (Ulp. 31 ed.)

<sup>76</sup> D. 17.2.67.2: Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio: iudicio societatis servabit et usuras, si forte mutuatus sub usuris dedit: sed et si suam pecuniam dedit, non sine causa dicetur, quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere, si alii mutuum dedisset. (Paul. 32 ed.)

**D.17.2.52.15:** Si alguno de los socios hubiese salido de viaje por razón de la sociedad, por ejemplo, para comprar mercancías, solamente imputará a la sociedad aquellos gastos realizados por razón de ella. Imputará justamente sus gastos por manutención y estancia, y los de establos, jumentos, y carros para su persona y equipaje, o para las mercancías.<sup>77</sup>

También se deben por la sociedad al socio, los gastos realizados para mantener la cosa común; pero en este caso no se devengan intereses:

**D.17.2.52.12:** Asimismo, si se hubiesen hecho gastos para reparar un canal común, escribió Casio que se da la acción del socio para recuperar lo gastado.<sup>78</sup>

*Paulo distingue según el momento en que fueron realizados los gastos. Aquellos anteriores a la disolución de la sociedad son exigibles por la actio pro socio, pero no cubre lo que se haya gastado en interés de la cosa común después de la extinción de la sociedad y antes de la liquidación, puesto que ya no existe contrato. Para exigir este reembolso, debe ejercerse la acción de división de la cosa común, que sirve para la liquidación de la comunidad y la adjudicación de los bienes, aun cuando la actio pro socio se haya extinguido:*

**D. 17.2.65.13:** Si después de extinguida la sociedad un socio hubiese gastado algo en la cosa común, no conseguirá resarcirse con la acción de

---

<sup>77</sup> D. 17.2.52.15: Si quis ex sociis propter societatem profectus sit, veluti ad merces emendas, eos dumtaxat sumptuum societati imputabit qui in eam rem impensi sunt: viatica igitur et meritoriorum et stabulorum, iumentorum carrulorum vecturas vel sui vel sarcinarum suarum gratia vel mercium recte imputabit. (Ulp. 31 ed.)

<sup>78</sup> D. 17.2.52.12: Item si in communem rivum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad recipiendum sumptum cassius scripsit. (Ulp. 31 ed.)

socio, porque no es cierto que aquello se haya gastado a favor de un socio o de la comunidad. Pero en la acción de división de la cosa común se tendrá esto en cuenta, pues aunque hubiese sido disuelta la sociedad, queda todavía la acción de división de las cosas.<sup>79</sup>

#### **6.2.8. Frutos, Ganancias y Pérdidas.**

*Una de las obligaciones de los socios es hacer comunes los frutos que devengue la cosa común, y que el socio haya percibido. Para hacer efectivo dicho pago, los socios pueden hacer valer tanto la actio pro socio, como la communi dividendo, pero que en este caso se excluyen una a la otra, por referirse a la misma causa de pedir. Los frutos debían repartirse entre los socios a prorrata de los aportes que cada uno de ellos hubiese efectuado:*

**D.17.2.38.1:** Si tengo una sociedad contigo y cosas en común por esta sociedad, dice Próculo que yo he de conseguir el reembolso de los gastos que hubiera hecho o de los frutos que tú hubieras recogido, mediante la acción de socio o de división de la cosa común, y que una acción excluye a la otra.<sup>80</sup>

*En cuanto a las ganancias y pérdidas del negocio, Ulpiano dice que la participación en las ganancias debe ser por partes iguales si los socios no se han*

---

<sup>79</sup> D. 17.2.65.13: Si post distractam societatem aliquid in rem communem impenderit socius, actione pro socio id non consequitur, quia non est verum pro socio communiterve id gestum esse. sed communi dividendo iudicio huius quoque rei ratio habebitur: nam etsi distracta esset societas, nihilo minus divisio rerum superest. (Paul. 32 ed.)

<sup>80</sup> D. 17. 2. 38. 1: Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividendo me consecuturum et altera actione alteram tolli proculus ait. (Paul. 6 Sab.)



*pronunciado al respecto; a menos que el aporte sea de mayor valor, en razón de haber aportado más capital, desempeñar un trabajo más valioso, o cualquier otra causa:*

**D. 17.2.29 pr:** Si en la sociedad no hubiesen sido señaladas las partes, consta que éstas serán iguales; pero si se hubiese convenido que uno tuviera dos partes, o tres, y otro una ¿será acaso válido? Se admite que valga con tal que su aporte a la sociedad también sea mayor, bien en capital, bien por trabajo, o por cualquier otra causa.<sup>81</sup>

*Las ganancias y pérdidas que corresponden a los socios deben ser calculadas sobre el patrimonio neto, es decir, pagando las deudas con las ganancias, y repartiendo las deudas o ganancias resultantes entre los socios:*

**D. 17.2.30:** Escribe Mucio 14 <ius civile>, que no puede contraerse una sociedad de modo que el socio perciba una parte del lucro y otra distinta del perjuicio. Servio, en las notas a Mucio, dice que no puede contraerse una sociedad así, pues no se entiende que hay ganancia sino una vez deducido el perjuicio, ni tampoco perjuicio si no se deduce todo el lucro, pero puede contraerse una sociedad de modo que se obtenga una parte de la ganancia que haya quedado a la sociedad, una vez deducido todo el perjuicio, y que se soporte otra parte distinta del perjuicio que igualmente haya quedado <después de deducir el lucro.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> D. 17.2.29 pr: Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa. (Ulp. 30 Sab.)

<sup>82</sup> D. 17.2.30: Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: servius in notatis mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum

### 6.2.9. Renuncia Intempestiva y Renuncia Dolosa.

La renuncia unilateral es una de las formas de poner término a la sociedad, y se fundamenta en que el contrato perdura mientras se mantenga la *affectio societatis* entre los socios. Si uno de los socios pierde el ánimo de permanecer en la sociedad, no se le puede retener por la fuerza, contra su voluntad; y si la sociedad, como contrato *intuitu personæ* que es, se celebró atendiendo principalmente a la persona de los contratantes, no tiene sentido que perdure si un socio decide abandonarla. Además, siempre queda la posibilidad de que los socios restantes celebren una nueva sociedad, la cual no revestía ninguna complejidad, por tratarse de un contrato consensual.

Pero por la lealtad que los socios se deben recíprocamente, el socio renunciante debe responsabilizarse por los perjuicios que su renuncia pueda ocasionar. Estos perjuicios pueden deberse a una renuncia intempestiva o dolosa.

*La renuncia intempestiva puede deberse a dos situaciones. La primera de ellas dice relación con la existencia de un plazo, durante el cual los socios se comprometen a permanecer la sociedad. Pomponio señala que no es válido el pacto por el cual los socios renuncian a su derecho de abandonar la sociedad, pero que si el lícito limitar este derecho por un tiempo determinado. Habrá renuncia intempestiva, si el socio abandona la sociedad durante este plazo, y debe responder de los perjuicio causados por la actio pro socio. Pero si el socio tiene una justa causa para su retiro, no queda obligado:*

**D. 17.2.14:** Si se hubiese convenido entre los socios que no se divida la cosa común durante un cierto tiempo, no parece haberse convenido no abandonar la sociedad. Pero qué ocurriría si se convino no disolverse: ¿valdrá acaso?

---

intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. (Paul. 6 Sab.)

Elegantemente escribió Pomponio que este convenio sería nulo, pues aunque no se conviniese, si se renuncia intempestivamente a la sociedad, se da la acción de socio, y si se convino no abandonar la sociedad en cierto tiempo, y se renuncia antes, puede haber una razón para la renuncia, y no está obligado por la acción de socio el que renuncia por el hecho de que no se cumple una cierta condición bajo la cual se había contraído la sociedad. Pues ¿qué hacer cuando un socio resulta tan molesto y perjudicial que es difícil de tolerar?<sup>83</sup>

*En la segunda situación, no existe pacto alguno en torno a limitar el derecho a la renuncia, pero el socio se retira en un momento en que esto es contrario al interés social. Según Próculo, el socio que pretende renunciar, no sólo debe mirar su interés personal, sino también, el interés de sus consocios, a fin de no causarles perjuicios. Labeón, por su parte, da un ejemplo de renuncia intempestiva: en una sociedad para la venta de esclavos, una de las partes decide abandonar el negocio común en una época en que la venta es difícil. En tal caso, evadiría los perjuicios y gastos derivados del mal momento del negocio, siendo estos, exclusivamente, de cargo de sus consocios. Como estos se verían perjudicados por la renuncia, pueden demandar al renunciante por la acción de socio:*

**D. 71.2.65.5:** Sin embargo, Labeón, post., escribió que si uno de los socios hubiese renunciado a la sociedad en un momento en el cual interesaba al

---

<sup>83</sup> D. 17.2.14: Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. quid tamen si hoc convenit, ne abeatur, an valeat? eleganter pomponius scripsit frustra hoc convenire: nam et si non convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio. nec tenebitur pro socio qui ideo renuntiavit, quia condicio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur: aut quid si ita iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati? (Ulp. 30 Sab.)

socio que la sociedad no fuese disuelta se expone aquel a la acción de socio; porque si compramos unos esclavos después de contraída la sociedad y luego renuncias cuando ya no es fácil vender los esclavos, en este caso quedas obligado por la acción de socio a causa del perjuicio que me has causado. Próculo dice que esto es cierto si no existe un interés común de los socios de que la sociedad se disuelva, pues no siempre debe ser observado lo que interesa particularmente a uno de los socios, sino lo que es más conveniente a la sociedad; esto es así si no se ha convenido nada a este respecto al contraer la sociedad.<sup>84</sup>

*No es necesario rendir garantía por la renuncia, pues la responsabilidad por ella es un elemento de la naturaleza de la sociedad: es decir, se entiende pertenecerle sin necesidad de pacto previo. En este sentido, Paulo dice que esta responsabilidad está comprendida dentro de la estimación que debe realizar el juez en el juicio de sociedad:*

**D. 17. 2. 17. 2:** Y no es necesario que al contraerse la sociedad se haya dado garantía respecto a la renuncia, porque la renuncia intempestiva se comprende en la estimación <judicial> por el propio derecho de sociedad.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> D. 71.2.65.5: Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione: nam si emimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriore causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. proculus hoc ita verum esse ait, si societatis non intersit dirimi societatem: semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit. haec ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit. (Paul. 32 ed.)

<sup>85</sup> D. 17. 2. 17. 2: In societate autem coeunda nihil attinet de renuntiatione cavere, quia ipso iure societatis intempestiva renuntiatio in aestimationem venit. (Paul.6 Sab.)

El principio general que rige la renuncia está expresado por Casio, quien dice que la sociedad queda liberada de sus obligaciones respecto del renunciante, pero que este sigue siendo responsable ante sus ex – socios, por los daños que pueda ocasionar. Esto ocurre tanto en el caso de renuncia intempestiva, como dolosa.

En la renuncia dolosa, el socio, de mala fe, actúa con la finalidad de perjudicar a los socios restantes, evitando compartir con ellos las ganancias que, si no mediara el retiro, deberían ser comunes. Se da el ejemplo del socio que abandona la sociedad de todos los bienes, porque sabe que le será diferida una herencia. En este caso, está obligado a hacerla común, logra burlar su obligación, abandonando la sociedad antes de recibirla. De ser condenado, no sólo tendrá que compartirla, sino que además, serán exclusivamente de su cargo, los perjuicios que pueda causar la herencia.

*Es preciso señalar, que el sujeto debe tener un conocimiento previo de la existencia del beneficio que recibirá (en este caso, la herencia) pues en caso contrario no podría acusársele de actuar dolosamente:*

**D. 17.2.65.3:** Escribió Casio que aquel que renunciase a la sociedad libera a sus socios respecto de sí mismo, pero él no se libera de ellos, Lo cual ciertamente ha de ser observado cuando la renuncia ha sido hecha con dolo, como si, habiendo contraído una sociedad de todos los bienes, renunciase después uno de los socios por haberle correspondido una herencia; por ellos, si la herencia hubiera reportado algún perjuicio, afectará éste tan sólo a que renunció; en cambio, el mismo estará obligado por la acción de socio a hacer común la ganancia. Más si hubiese adquirido algo después de la renuncia,

no habrá de ser hecho común, porque entonces tampoco puede cometerse ya el dolo.<sup>86</sup>

En la cuenta de lo que debe hacerse común no entra lo que el socio hubiese adquirido después de la renuncia, pues ya no puede cometerse dolo.

*Tampoco hay dolo si se renuncia a una sociedad constituida para comprar una cosa, si el motivo es la disconformidad con la mercancía. Pero habrá dolo, si la intención de fondo del renunciante es realizar el negocio por su propia cuenta, excluyendo al consocio, para obtener todos los beneficios:*

**D. 17.2.65.4:** Asimismo, si contraemos una sociedad para comprar una cosa y después quisieras comprarla tú solo, me quedarás obligado en la medida de mi interés; pero si hubieras renunciado por el hecho de no estar conforme con la compra, no quedarás obligado, aunque yo hubiese comprado porque en esto no hay fraude alguno; y así también lo aprueba Juliano.<sup>87</sup>

### **6.3. Algunas situaciones especiales.**

---

<sup>86</sup> D. 17.2.65.3: cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit: ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo. (Paul. 32 ed.)

<sup>87</sup> D. 17.2.65.4: Item si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere ideoque renuntiaveris societati, ut solus emeris, teneberis quanti interest mea: sed si ideo renuntiaveris, quia emptio tibi displicebat, non teneberis, quamvis ego emerem, quia hic nulla fraus est: eaque et iuliano placent. (Paul. 32 ed.)

La responsabilidad en la sociedad se refiere, naturalmente, a las obligaciones recíprocas entre los socios, sin embargo existen dos situaciones en que hay terceros extraños que se ven relacionados con la sociedad, y de esta relación nacen obligaciones, y por ende, responsabilidad. Así, cuando un socio forma otra sociedad con un tercero, este socio hará de nexo entre la sociedad y el extraño. Y en caso de fallecimiento de uno de los socios, se verá que su heredero, en forma excepcional, podrá ser sujeto activo o pasivo de la *actio pro socio*, sin ser socio.

### **6.3.1. Relaciones entre los socios, la sociedad y terceros.**

La sociedad consensual romana no tuvo personalidad jurídica. Por esta razón, la sociedad nunca tuvo obligaciones con terceros como tal, sino que cada socio podía contratar con extraños, pero de forma individual, sin que pudiera obligar a los socios restantes con terceros.

*Tampoco podía el socio incluir a un nuevo miembro en la sociedad, pues este es un contrato *intuitu personæ*, y no podía forzar a los consocios a aceptar a alguien con quien no tenían intención de contratar. Para ello sería necesario que todos los socios restantes lo aceptaran, lo que implicaría la formación de un nuevo consentimiento; y por ende, el nacimiento de una nueva sociedad, distinta de la anterior. De esta forma, el socio era libre para asociarse con extraños, pero sin que esto significase que entraran a formar parte de la primera sociedad:*

**D. 17.2.19:** *El que es admitido socio, lo es únicamente respecto del que lo admitió, y ellos con razón, puesto que la sociedad se contrae por el*

*consentimiento, no puede ser socio mío el que yo no quise que lo fuera. ¿Qué ocurre si mi socio lo admitió? Es socio respecto a él solamente.*<sup>88</sup>

**D. 17.2.20:** *(pues el socio de mi socio no es socio mío)*<sup>89</sup>

*En cuanto a las relaciones entre la sociedad y el tercero, no se daban directamente, sino que a través del socio que hacía de nexo. De modo que debe, por una parte, responderle a la sociedad de la actuación del tercero como si se tratara de un hecho propio; y por otra, responder de igual forma al tercero de los hechos de la sociedad, sin que éstos últimos tengan vinculación directa alguna:*

**D. 17. 2. 21:** *y todo lo que consiga en virtud de nuestra sociedad lo hará común con él, el que le aceptó como socio, pero nosotros nada tendremos en común con él. De su actuación responderá ante la sociedad, esto es, le demandará quien sea su socio, y éste entregará a la sociedad lo que hubiese conseguido <como indemnización>.*<sup>90</sup>

**D. 17. 2. 22:** *Viceversa, aquel socio debe responderle del acto de los otros socios como propio, puesto que tiene acción contra éstos. Asimismo, es cierto que nada impide la acción de sociedad entre el que admitió al socio y*

---

<sup>88</sup> D. 17.2.19: Qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit, et recte: cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui. quid ergo si socius meus eum admisit? ei soli socius est. (Ulp. 30 Sab.)

<sup>89</sup> D. 17.2.20: (nam socii mei socius meus socius non est) (Ulp. 31 ed. = D. 50.17.41.1)

<sup>90</sup> D. 17. 2. 21: Et quidquid fuerit de societate nostra consecutus, cum illo qui eum adsumpsit communicabit, nos cum eo non communicabimus. sed factum eius praestabitur societati, id est aget socius et societati praestabit quod fuerit consecutus. (Ulp. 30 Sab.)



*el que fue admitido antes de que se inicie la acción entre los demás y el que le admitió.*<sup>91</sup>

Esto es así, porque en la situación que analizamos, el único que está legitimado para ejercerla tanto contra el tercero como contra la sociedad, es el “socio nexa”.

La única forma en que exista una relación entre un tercero y la sociedad, ya sea en forma activa o pasiva, es que uno de los socios haya contratado con el, facultado por un mandato otorgado por la sociedad. Pero en este caso, la relación no se dará en virtud de la *actio pro socio*, sino a través de la acción propia del mandato. También puede aplicarse la acción de gestión de negocios ajenos.

### **6.3.2. Situación del heredero del socio.**

*Por el carácter personalísimo de la sociedad, no se admitía que los herederos pudieran suceder al socio fallecido en su calidad de tal, pero queda vinculado con la sociedad, por suceder al socio en su patrimonio:*

**D. 17.2.65.9:** *Se extingue la sociedad por la muerte de un socio aunque haya sido contraída por el consentimiento de todos y sobrevivan varios, salvo que al contraerse se hubiese convenido de otro modo. No sucede el heredero del socio, pero de lo que se logró después, con la cosa común y asimismo del*

---

<sup>91</sup> D. 17. 2. 22: Ex contrario factum quoque sociorum debet ei praestare sicuti suum, quia ipse adversus eos habet actionem. item certum est nihil vetare prius inter eum qui admiserit et eum qui admissus fuerit societatis iudicio agi, quam agi incipiat inter ceteros et eum qui admiserit. (Gai. 10 ed. prov.)

*dolo y de la culpa dependiente de la gestión anterior se ha de responder a favor o en contra del heredero.*<sup>92</sup>

Es esta sucesión de tipo económico, y no personal, lo que excepcionalmente faculta al socio para ejercer la acción e socio, y que lo transforma en sujeto pasivo de ella. De este modo, se extingue el vínculo social, pero el heredero debe concluir las relaciones patrimoniales que dejara su causante, pudiendo ser partícipe en las ganancias, y responsable por sus deudas. Según Ulpiano, este efecto puede apreciarse también en las sociedades públicas, pero con la salvedad de que el heredero puede pasar a ocupar la misma situación jurídica del socio fallecido, ya que no se extinguen por la muerte:

*D. 17.2.63.8: Contra el heredero del socio también compete la acción de socio, aunque este heredero no sea socio; pues, aún no siendo socio, no obstante es sucesor en la ganancia del socio. Respecto a la sociedad de concesiones públicas y otras análogas observamos lo mismo: que el heredero no sea socio a no ser que fuese nombrado, pero, no obstante, que le pertenezca toda ganancia y de igual modo acepte a pérdida que se produjo, tanto en vida del socio como después; lo cual no se observa igualmente en la sociedad voluntaria.*<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> D. 17.2.65.9: Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit. nec heres socii succedit: sed quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo quod ex ante gesto pendet tam ab herede quam heredi praestandum est. (Paul. 32 ed.)

<sup>93</sup> D. 17.2.63.8: In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit: licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est. et circa societates vectigalium ceterorumque idem observamus, ut heres socius non sit nisi fuerit adscitus, verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnum adgnoscat quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis sive postea: quod non similiter in voluntaria societate observatur. (Ulp. 31 ed.)

*Pomponio también opina en el mismo sentido, al decir que el heredero debe continuar las gestiones que el causante dejó inconclusas, y que por ellos es responsable ante los socios del difunto, en caso de actuar dolosamente:*

**D. 17.2.40:** *El heredero de un socio, aunque no es socio, debe continuar, sin embargo, aquellas gestiones que fueron iniciadas por el difunto, en las cuales puede incurrir en dolo el heredero.*<sup>94</sup>

## **CAPITULO II. LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO**

### **1. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL ARRENDAMIENTO.**

---

<sup>94</sup> D. 17.2.40: Heres socii quamvis socius non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt per heredem explicari debent: in quibus dolus eius admitti potest. (Pomp. 17 Sab.)

El arrendamiento, primitivamente, era lo mismo que la compraventa<sup>95</sup>, una operación al contado, en que una persona entregaba a otra un objeto determinado para que lo usara durante cierto tiempo, a cambio de lo que recibía, en el acto una cantidad de dinero en compensación. En un principio este contrato se refería sólo a cosas, esclavos o animales, siendo desconocida la figura del arrendamiento de servicios y, quizá, el de tierras y casas.

Los profundos cambios en la economía y en la sociedad romana del siglo II AC, trajeron aparejados cambios en este negocio jurídico. La inmigración se tradujo en gran cantidad de extranjeros que no tenían donde vivir, producto de ello y, de la mano de las circunstancias, se crearon las casas de alquiler para albergar a todas estas personas, las que a su vez, al requerir trabajo, dan nacimiento al arrendamiento de servicios.

## **2. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.**

- 2.1 Cosa o trabajo que se da en arriendo.
- 2.2 Precio o merces que se recibe a cambio.
- 2.3 Consentimiento.

### **2.1. Cosa o Trabajo.**

Podía ser cualquier cosa mueble corporal que esté en el comercio, y ciertas cosas incorporales como el usufructo, la habitación, la enfiteusis y la

---

<sup>95</sup> HEINECIO, Juan: "Recitaciones del Derecho Civil", Edit. Traducción castellana. Valencia, 1847. Tomo II.

superficie. Así también, las cosas ajenas podían, requiriendo para ser perfecto el consentimiento del dueño.

Quedaban naturalmente excluidas las cosas consumibles, por la incompatibilidad entre el derecho de usar la cosa y su posterior obligación de restituirla.

No podían ser objeto de este contrato las cosas que estaban fuera del comercio, como las religiosas, santas o públicas, entre otras.

Surge la figura del arrendamiento de servicios, con el requisito de que éstos fueran honestos.

## **2.2. Merces.**

Debía ser cierta, real y en dinero.

Por su carácter de tracto sucesivo, la mayoría de las veces daba origen a pagos periódicos. La ausencia de la merces podía traer aparejado la constitución de otra figura jurídica, la permuta.

## **2.3. Consentimiento.**

Este debía recaer sobre la cosa o servicio que se daba en arriendo y sobre la merces.

La tripartición del contrato en locatio rei, operis y operarum, no aparece en las menciones de Gayo relativas al contrato ni en el título locatio conducti del

Digesto<sup>96</sup>, por lo que siguiendo a Arangio-Ruiz podríamos sostener que la jurisprudencia clásica y justinianeana no conoció esta clasificación, no obstante lo cual, no entraremos cuestiones doctrinarias, por lo que seguiremos la opinión mayoritaria y hablaremos de la tricotomía del arrendamiento.

### **3. DE LA RESPONSABILIDAD.**

Un problema que ha pasado desde Roma a la actualidad es el que gira en torno a la responsabilidad contractual y sus límites. Al respecto, el romanista Arangio Ruiz señala en la época clásica hablamos propiamente de una culpa objetiva –la subjetiva sólo sería creación de la época justinianeana, al valorar la conducta subjetiva del deudor refiriéndola a lo objetivo del incumplimiento.

En una constitución imperial dada por Dioclesiano y Maximiano se establece que en los juicios de arrendamiento se comprende el dolo y la custodia, excluyéndose el accidente cui resisti non potest; de lo que resulta, que la responsabilidad de las partes en el cumplimiento de las obligaciones tomando en cuenta estos dos criterios: dolo y custodia, quedando exenta la responsabilidad por fuerza mayor<sup>97</sup>.

Del dolo se responde siempre, aunque las partes se hayan exonerado de responsabilidad por dicha conducta. Respecto a la custodia podemos sostener que es el criterio utilizado por las fuentes para valorar la imputabilidad por incumplimiento en algunas relaciones.

---

<sup>96</sup> Gayo: “Institutas 3,142-147; D.19,2

<sup>97</sup> C4,65,28 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA et CC Neoni): In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.

Ahora bien, si se admite la responsabilidad por custodia, tendríamos que determinar el límite de esta responsabilidad: El locator operarum debe responder no sólo del furtum sino de cualquier daño que terceros pudiesen ocasionar en relación con la cosa sobre las que presta servicios, quedando liberado del incumplimiento por otros sucesos. Este tipo de responsabilidad objetiva en la que el deudor asume en su esfera de responsabilidad determinados riesgos producidos en caso de hurto o daño, se encuentra en algunos fragmentos de la jurisprudencia clásica:

Si se advirtió a los colonos de unos predios, en una cláusula del arrendamiento, que mantuviesen el fuego de forma que no causara daño, si un caso fortuito hubiese ocasionado un incendio, el arrendador no responderá del riesgo. Pero si se hubiese causado daño por culpa del arrendador, como es necesario responder de ella quedará obligado el arrendador<sup>98</sup>.

Si en el arrendamiento se convino "que no se encienda fuego", y se hizo, que dará obligado el arrendatario, aunque el incendio haya sido provocado por caso fortuito, porque no debía haber encendido fuego inofensivo, pues se permite encenderlo siempre siempre que no cause daño<sup>99</sup>.

Y aunque cualquier otra persona extraña hubiese prendido el fuego, habrá de tenerse en cuenta el daño en la acción de locación. (*Hermog. 2 iur. epit*)<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> D.19.2.9.3 Si colonis praediorum lege locationis, ut innocentem ignem habeant, denuntiatum sit, si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non praestabit periculum locator: si vero culpa locatoris, quam praestare necesse est, damnum fecerit, tenebitur. Ulpianus 32 ad ed.

<sup>99</sup> D.19.2.11.1 Si hoc in locatione convenit "ignem ne habeto" et habuit, tenebitur etiam si fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere. aliud est enim ignem innocentem habere: permittit enim habere, sed innoxium, ignem. Ulpianus 32 ad ed.

<sup>100</sup> D.19.2.12 Sed etsi quilibet extraneus ignem iniecerit, damni locati iudicio habebitur ratio. Hermogenianus 2 iuris epit.

Pero, en otros fragmentos se sostiene que responderían por dolo o culpa, salvo que esta responsabilidad haya sido agravada o atenuada por la voluntad de las partes, por lo que se le debe dar supremacía a lo acordado por las partes, en silencio de ello, responderán por dolo o culpa a excepción de la exención de responsabilidad por dolo.

**D.50.17.23** Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit ( vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit ( legem enim contractus dedit), excepto eo, quod celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.( Ulpianus 29 ad sap)

El citado texto contradice los criterios expuestos acerca del dolo y la custodia, al establecer como medida de responsabilidad el dolo y la culpa, eximiendo de culpa todos aquellos casos que sobrevienen sin culpa del deudor.

Esta idea viene confirmada por otros fragmentos en donde la culpa es criterio prioritario en la imputación de responsabilidades, así según Gayo, el conductor operis debe responder de la rotura de columnas producidas por su culpa, o por la de sus operarios.

El que tomó en arriendo el transporte de una columna, si ésta se rompió al retirarla, llevarla o dejarla en su sitio, ha de ser responsable de ese riesgo si hubiese ocurrido con culpa del mismo o de aquéllos que están a su servicio, y está exento de culpa si ha



realizado todo lo que cualquier otra persona diligentísima hubiera hecho. Lo mismo se ha de entender, por su puesto, si alguno hubiera tomado en arriendo el transporte de unas tinajas o vigas, y esto mismo puede aplicarse también a otras cosas<sup>101</sup>.

Ulpiano alude a la culpa como criterio de responsabilidad en la locatio conductio; en un supuesto equipa la imperitia a la culpa, debiendo el arrendatario responder de la culpa de sus esclavos o huéspedes, cuando éstos en un acto culposo actúan con impericia. Celso, escribió que la impericia ha de ser tomada como culpa; si alguno tomó en arriendo el apacentar terneros o el remendar o limpiar alguna cosa, debe responder de culpa y aquello en que erró por impericia es culpa, porque, dice él tomó en arriendo como quien conoce su oficio<sup>102</sup>.

Otro fragmento del mismo jurista reitera los criterios de dolo y culpa<sup>103</sup>.

El diferente sentir de las fuentes puede deberse a la aplicación de una responsabilidad objetiva<sup>104</sup>, es decir, atribuir a las partes una porción de riesgo con

---

<sup>101</sup> D.19.2.25.7 Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest. Gaius 10 ad ed. provinc.

<sup>102</sup> D.19.2.9.5 Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit. Ulpianus 32 ad ed.

<sup>103</sup> D.13.6.5.2 Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit ( tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Ulpianus 28 ad ed.

independencia de su comportamiento subjetivo, que está presente en el derecho clásico, la que luego en el sistema justineano pasará a ser subjetiva<sup>105</sup>.

### **3.1. El Periculum: El Problema del riesgo.**

En determinados casos, el incumplimiento de la obligación por causa no imputable al deudor, más allá de la responsabilidad por culpa o custodia, le exonera del cumplimiento de la obligación, entonces, hablamos de periculum cuando las consecuencias del incumplimiento de la prestación por imposibilidad sobrevenida recaen sobre una de las partes de la relación contractual.

¿Qué acontecimientos causan el incumplimiento o qué libera a las partes? Las fuentes aluden a la vis maior, acontecimiento natural o humano no imputable al deudor

---

<sup>104</sup> En una primera época no existía el crédito o sea la credibilidad como fuente de vinculación jurídica: Obligación era igual a sujeción formal de una persona a otra. La relación jurídica era dominial. Obligarse implicaba *damnum contrahere*. La capacidad era entonces la idoneidad para la auto emancipación. La acción del dominus era vindicativa tanto penal como civilmente; por ende era eminentemente ejecutiva: normalmente *per manus iniectionem*; algunas veces *per pignoris capionem*.

En la época clásica, atenuados los rigores de las *legis actiones* por la influencia pretoriana, junto al procedimiento formulario y con la *Lex Paetelia Papiria*, la obligatoriedad no es ya la facultad de autopignorarse sino la idoneidad de hacerse cargo patrimonialmente del daño causado o de la prestación debida. La primitiva atadura que transformaba al deudor en un apéndice (*nexus*) de quien pasaba a ser su dominus, evolucionó reduciéndola a un *jus persecuendi* *judicio quod sibi debetur*.

<sup>105</sup> Para establecerla tuvo en cuenta a) el caso fortuito o la fuerza mayor (*casus – vis major*), b) El dolo, por el cual se respondía siempre prohibiéndose incluso el *pactum del dolo non praestando*, c) la culpa, a la que se caracterizó como lo opuesto a *diligentia*. Mientras que el concepto *dolum* giró en derredor de la concepción Labeano, el de culpa se elaboró mediante la generalización de las pautas clásicas para evaluar determinados casos.

Bonfante por su parte dice: Acto ilícito es todo acto que puede dañar un derecho ajeno. También el acto ilícito consta de dos elementos, a saber: voluntariedad del acto, lo cual constituye la culpa, y la lesión de un derecho ajeno, que se llama daño.

Lo mismo que la voluntad en los negocios jurídicos, así también la culpa exige capacidad de obrar. Locos, infantes e impúberes próximos a la infancia no pueden incurrir en culpa.

y al cual no puede oponerse quod ei reistere non potest; y a la figura del casus, acontecimiento que se verifica con independencia de la voluntad del deudor.

Respecto al riesgo en la locatio conductio operarum depende de la prestación de servicios del trabajador; puesta la prestación a disposición del conductor debe la merces, independientemente de su utilización; a contrario sensu, retirada la puesta a disposición el riesgo lo asume el locator en cuanto se extingue el derecho a percibir la merces. Al igual que en el arrendamiento de cosas donde la falta de disponibilidad de la cosa sin culpa del locator exonera al conductor del pago, es decir, periculum est locatoris.

Si hubiera sobrevenido la calamidad de un violento temporal veamos si el arrendador debe ser responsable frente al arrendatario. Dice Servio que de toda violencia que no pueda resistirse deberá responder el propietario frente el colono; por ejemplo, de las inundaciones fluviales, de los grajos, de los estornios y de accidentes semejantes, como también si se produjese una incursión de enemigos; pero si surgen perjuicios originados en las cosas mismas, el daño es para el colono; así, por ejemplo, si el vino se avinagrarse, o las mieses se estropeasen por efecto de gusanos o cizañas. Pero si con motivo de una plaga hubiese desaparecido todo el fruto, no soportará el daño el colono, para que no se vea forzado a pagar el arriendo del campo, además de haber perdido la semilla. También si se hubiese estropeado la cosecha de los olivos por el tizón, o se hubiera quemado por un calor inusitado, el perjuicio habrá de ser para el dueño; pero si nada fuera de lo acostumbrado hubiera quemado por un calor inusitado, el perjuicio es para el colono. Lo mismo habrá de decirse si el ejército de paso arrebató abusivamente alguna cosa. Pero si un terremoto hubiese conmovido el terreno de modo que desaparezca, el daño es para el dueño, por que se debe proporcionar el campo al arrendatario de modo que pueda disfrutarlo<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> D.19.2.15.2 Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia

Autores como De Robertis, no concuerdan con este planteamiento, pues al señalar las causas imputables al trabajador, postula que en caso de enfermedad la prestación se imposibilita, extinguiéndose el derecho de una parte de la relación contractual, que constituye la causa del nacimiento del derecho de una parte a la retribución y obligación de la otra al pago de la misma. En cambio, las no imputables al trabajador, como en los desprendimientos de terrenos, inundaciones, etc, permanece íntegro su derecho a la merces y, por consiguiente, la obligación del conductor al pago aun sin el goce de los disfrutes.

Para afirmar esto, se apoya en dos fragmentos de Paulo, en uno se extingue el derecho a la retribución; en el otro, se mantiene el derecho a percibir el salario.<sup>107</sup>

Y confirma con dos de Ulpiano: uno señala que al no extinguirse el derecho al cobro de la merces ante un supuesto de imposibilidad de la prestación laboral por causa no dependiente al trabajador, como es el fallecimiento del conductor; el otro: al establecer que, falleció un Legado del César, se debe pagar a sus subordinados, siempre que en ese período no estuviesen contratados por otros:

---

ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit. Ulpianus 32 ad ed.

<sup>107</sup> D.7.7.1 Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur " quod ex arethusa natum erit". Paulus 2 ad ed.

Como cierto escribano arrendase sus servicios y aquél que los había tomado en arriendo muriese, el emperador Antonino Caracala, juntamente con <su padre> Severo, de consagrada memoria, puso un rescripto a la instancia del escribano en estos términos: "Como explicas que no dependió de ti el no haber cumplido los servicios arrendados a Antonio Aquila, si en el mismo año no recibiste salarios de otro, es justo que se cumpla fielmente el contrato"<sup>108</sup>.

Los supuestos de imposibilidad de la prestación son complejos. No existe un principio o regla de aplicación general; y, que el tipo de obligatio juega un papel decisivo en su determinación. Por ello, para determinar si estamos ante un supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación, así como el alcance de las consecuencias que de ésta derivan.

### 3.2. Obligaciones de las partes.

La locotio conductio rei, como todo contrato sinalagmático perfecto, obligaciones para las dos partes.

En la locación puede haber dos obligados conjuntamente<sup>109</sup>.

#### **3.2.1. Locator.**

a) Procurar al conductor el uso o disfrute de la cosa dada en arriendo: Esta obligación debía cumplirla mientras durara el contrato, dando derecho a disfrutar la

---

<sup>108</sup> D.19.2.19.9 Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator antoninus cum divo severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: " cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas antonio aquillae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est. " Ulpianus 32 ad ed.

<sup>109</sup> D.19.2.13.9 Duo rei locationis in solidum esse possunt. Ulpianus 32 ad ed

cosa y a percibir los frutos, traspasando la mera tenencia continuando él con la *possesio civilis*, perteneciéndole, a pesar de que la ejercía por medio del conductor.

El colono por su parte, si no se le permite disfrutar, puede demandar desde el primer momento por todo el quinquenio, aunque luego, en los años siguientes, el propietario del fundo le permita disfrutar: no siempre, pues, se liberará el propietario por el hecho de tolerarle el disfrute del fundo en el segundo o tercer año; pues también el que, al ser expulsado de un arrendamiento, se trasladó como colono a otra tierra, no ha de atender a los dos, ni estará obligado por la renta, y conseguirá la ganancia que cada año habría de obtener. Porque llega tarde el permiso de disfrute que ofrece cuando el colono vinculado ya a otras cosas, no puede disfrutar. Pero si el propietario impide el disfrute por unos días y luego se arrepiente, y todo queda a disposición del colono, en nada disminuirá la obligación de éste por la mora de unos pocos días. También demanda útilmente por la acción de conducción aquel a quien no se prestan según la convención, las cosas que habían convenido o al que el propietario, o un extraño al cual el propietario puede impedir que lo haga, impida disfrutar<sup>110</sup>.

Esta obligación el arrendador debía cumplirla mientras durara el contrato. Si se compara con lo que sucede con el usufructuario, podría señalarse que, ambos se hacían dueños de los frutos de la cosa ajena mediante la percepción, pero mientras el

---

<sup>110</sup> D.19.2.24.4 *Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus eo quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur: sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet. item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur quae convenerant, sive prohibeatur frui a domino vel ab extraneo quem dominus prohibere potest. Paulus 34 ad ed.*

arrendatario lo hacía en goce de un crédito en contra del arrendador, el usufructuario lo hacía en virtud de un derecho real. Aunque el locator ejecutaba su obligación entregando la cosa al arrendatario, no traspasaba su dominio por esta nuda traditio, sino que sólo la mera tenencia.

**b)** Debe garantía por la evicción de la cosa: Si alguno me hubiese arrendado una casa comprada de buena fe, o un fundo, y este fuese reivindicado sin dolo o culpa por su parte, no obstante, dice Pomponio queda obligado por la acción de conducción respecto al arrendatario, para que se le deje disfrutar de lo que tomo en arriendo. Claro que, si el propietario no lo tolera y el arrendador esta dispuesto a dejarle una habitación no menos cómoda, es muy justo, dice, que el arrendador sea absuelto<sup>111</sup>.

Comprendía esta obligación, como en la venta, el deber de garantía contra toda evicción proveniente del defecto en el derecho del arrendador, como cuando se daba en arrendamiento una cosa ajena y el verus dominus actuaba contra el conductor; e igualmente, la evicción cuya causa era posterior al contrato, ocasionada por el hecho personal del locator. Así si el locator enajenaba el inmueble arrendado no teniendo el arrendatario un derecho oponible a terceros, ni estando el comprador, por otra parte, afecto a las obligaciones del vendedor, su causante a título particular al ser privado de la cosa el arrendatario, recurría al arrendador.

La responsabilidad del arrendador es más extensa que la del vendedor, lo que a juicio de Gayo, ésto porque el conductor carecía de acciones para dirigirse contra los terceros en razón de las molestias que le causaban en el goce de la cosa.

---

<sup>111</sup> D.19.2.9 pr. Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem. Ulpianus 32 ad ed.

**c) Garantía por los vicios ocultos que disminuyeran la utilidad de la cosa arrendada:**

Si alguno hubiese arrendado unas tinajas defectuosas sin saberlo, y luego se hubiese derramado el vino, quedará obligado en la medida del interés, y no habrá de ser excusada su ignorancia; también escribió Casio; de otro modo será si diste en arriendo una dehesa para pasto en la que nacía hierba mala; pues en este caso si el ganado murió o bien se deterioró, se responderá en la medida del interés; esto, si lo sabías, pero si lo ignorabas, no pedirás la renta; y así lo admiten también Servio, Labeón y Sabino<sup>112</sup>.

**d) Mantener la cosa en términos tales que le sirviera al arrendatario según el objeto a que se la destina:**

Si el inquilino hubiese llevado a la casa un arca de bronce y el dueño hubiese estrechado la entrada de la casa, es muy cierto que queda obligado por la acción de conducción y por la acción exhibitoria tanto si lo supiese como si lo ignorase al ministerio del juez corresponde el forzarle a ampliar la entrada a fin de que el inquilino pueda retirar el arca, a costa naturalmente del arrendatario<sup>113</sup>.

El locator estaba privado del derecho de realizar refacciones en la cosa arrendada, a menos que fueran absolutamente indispensables.

---

<sup>112</sup> D.19.2.19.1 Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita cassius scripsit. aliter atque si saltum pasuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita servio labeoni sabino placuit. Ulpianus 32 ad ed.

<sup>113</sup> D.19.2.19.5 Si inquilinus arcam aeratam in aedes contulerit et aedium aditum coangustaverit dominus, verius est ex conducto eum teneri et ad exhibendum actione, sive scit sive ignoraverit: officio enim iudicis continetur, ut cogat eum aditum et facultatem inquilino praestare ad arcam tollendam sumptibus scilicet locatoris. Ulpianus 32 ad ed.



e) Obligado al pago de las cargas que pesaran sobre la cosa: Debía pagar los impuestos reales e indemnizar al arrendatario las expensas necesarias que éste hiciese en la cosa.

f) Responder por su dolo o culpa: Y por ello, una vez realizado el arrendamiento, no puede ser rescindida la locación, alegando que la merced es deficiente<sup>114</sup>.

Dado que el contrato interesa a ambas partes, la culpa es leve.

### **3.2.2. Conductor.**

a) Debía la merced prometida: La locación y la conducción es similar a la compraventa y se rige por las mismas reglas jurídicas. Así como la compraventa se contrae si hay acuerdo sobre el precio, también la locación y la conducción se considera contraída si se conviene en la merced<sup>115</sup>.

El que se debía en la época convenida, y si nada se había pactado, se estaba a la costumbre del lugar en que se había celebrado el contrato, si no existía costumbre, había que estar a la intención de los contratantes.

Siendo la prestación el equivalente al goce de la cosa, si por una causa cualquiera el conductor se veía en la imposibilidad de gozarla, la merced dejaba de ser debida; es decir, no se adeudaba la merced cuando se dejaba de gozar la cosa por culpa del locator, o cuando a causa de un justo tenor se la abandonaba.

---

<sup>114</sup> D.19.2.23 Et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest. Hermogenianus 2 iuris epit.

<sup>115</sup> D.19.2.2 pr. Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit. Gaius 2 rer. cott.

**b)** Debía usar la cosa según el convenio o destino: El arrendatario debe atenerse en todo a las normas del arriendo, y debe cuidar el colono ante todo, de hacer en debido tiempo las faenas rústicas, para que el cultivo a desatiempo no deteriore el fundo; además, debe cuidar de las casas de campo para mantenerlas en buen estado<sup>116</sup>.

**c)** Conservar la cosa en su poder todo el tiempo que durara el contrato: Asimismo debe cuidar el arrendatario de no perder alguna servidumbre de la casa arrendada, ni deteriorar nada, ni dejar otro que lo deteriore<sup>117</sup>.

**e)** Obligación de restituir la cosa al expirar el arriendo: En ciertos casos el locator podía exigir la restitución antes del tiempo estipulado:

- Cuando el conductor hace un uso indebido de la cosa materia del arriendo para habitarla: si una casa se había dado en arrendamiento para habitarla y éste la convertía en bodega.
- Cuando no se le pagaba la merces correspondiente a dos períodos consecutivos.
- Cuando la cosa arrendada necesitaba una urgente reparación, siempre que sin ella hubiera de perecer o corriera grave peligro de destrucción.
- Cuando tratándose de una finca urbana, el arrendador la necesita para vivir él o los suyos, debiendo probarlo y, además, siendo preciso que al tiempo de perfeccionarse el contrato no hubiera teniendo esta necesidad, pues de otro modo se entendía tácitamente renunciada la facultad.

---

<sup>116</sup> D.19.2.25.3 Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet. et ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriore fundum faceret. praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat. Gaius 10 ad ed. provinc.

<sup>117</sup> D.19.2.11.2 Item prospicere debet conductor, ne aliquo vel ius rei vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur. Ulpianus 32 ad ed.

e) Obligación de pagar intereses en caso de constituirse en mora en el pago de la merces o en la restitución de la cosa: Debido a que estamos frente a un contrato de buena fe que obliga no sólo a lo convenido, sino a todo lo que se debe por equidad y por las normas generales

f) Responder de todo deterioro que sufriera la cosa por dolo o culpa suyos: Si se dio una piedra preciosa para ser engastada o esculpida y está se rompiese, no se dará la acción de locación si ello aconteció por defecto de la materia, pero sí se dará si ocurriese por impericia del operario. Hay que añadir a esta opinión que es así salvo el caso de que el artífice hubiese asumido asumiendo el riesgo, porque entonces, aunque el accidente ocurriese por defecto de la materia, se dará la acción de locación<sup>118</sup>.

#### 4. ACCIONES

La tutela procesal de los derechos nacidos de la locatio viene determinada por la actio locati y la actio conducti, acciones in ius concepta y ex fide bona, para exigir el cumplimiento de las obligaciones recíprocas dimanantes de la relación. Estamos ante acciones de buena fe y sus correspondientes iudicia bonae fidei que constituyen el vehículo de exigibilidad jurídica al acuerdo inter partes.

---

<sup>118</sup> D.19.2.13.5 Si gemma includenda aut insculpanda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae fractum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio. Ulpianus 32 ad ed.

Ha sostenido Fuenteseca<sup>119</sup> que la inclusión de las obligaciones consensuales en la cuatripartición gayana bajo la denominación de obligaciones consensu contractae supone, sin duda, una adaptación doctrinal a la evolución producida en el terreno procesal. Los arbitria honoraria (sine lege) basados en la fides fueron equiparados a los iudicia legitima; la fides obliga a la lealtad en el cumplimiento de los acuerdos negociales lícitos como auténtica exigencia ética que permitió al pretor la elaboración de nuevos iudicia, en donde no se invocaba un deber jurídico legítimo, sino el vínculo de fidelidad al acuerdo o negocio convenido (oportere ex fide bona) Este consensus implica la fidelidad recíproca propia de la bona fides y del ius gentium; negotia contracta ex fide bona que, recogidos en el Edicto con sus acciones o fórmulas específicas (nomen actionis), se transforman en nomen contractus<sup>120</sup>.

De otro lado, como dice Horvart el desarrollo del concepto romano de obligación aparece en estrecha relación con el concepto de la fides, o mejor dicho, de la *bona fides*. Bajo la fórmula procesal "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*" se desarrolló un importante procedimiento generador de derecho que respondía a las nuevas necesidades económicas y sociales. En efecto, el *oportere ex fide bona* constituye la base jurídica de relaciones amparadas en la fides, que, introducidas de la mano del pretor peregrino, fueron asumidas por el pretor urbano, y de este modo penetraron en el ius civile<sup>121</sup>.

No faltan quienes, como Frezza, abren la posibilidad de que los iudicia bonae fidei podían hacerse valer en la época de las legis acciones mediante la legis actio per iudicis arbitrive postulationem; presuponiendo, ante la carencia de fuentes, el mismo desarrollo histórico de otras relaciones jurídicas que fueron protegidas, con

---

<sup>119</sup> FUENTESECA, "Visión procesal de la historia del contrato", Estudios Alvaro D'Ors I, Pamplona, 1987

<sup>120</sup> Idem, pp 480 y ss

<sup>121</sup> HORVART, "Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio", Studi Arangio-Ruiz I, Milano, 1952, pp 430 y ss.

anterioridad, *por una fórmula in factum*<sup>122</sup>. Por el contrario, Cannata sostiene que en la elaboración de los juristas republicanos el *oportere* indicaba la conexión de un vínculo obligatorio con un tipo de *legis actio*, pero los *iudicia bonae fidei*, introducidos entre los siglos III y II a. C.<sup>123</sup>, reflejan la existencia de un vínculo obligatorio que no podía ser referido a ninguna de las *causae* que daba lugar a una *legis actio*<sup>124</sup>. O por otra parte, Diogenes como Paoli y Lombardi siguen vinculando semántica y jurídicamente la *fides* a una situación de poder, en concreto, al *imperium* de los magistrados, transformándose en el ámbito procesal en *fides bona*<sup>125</sup>.

La *fides* es un valor metajurídico que opera como fundamento de una serie de relaciones a las que proporciona una cobertura ético-religiosa, y que constituye el modo de asegurar el cumplimiento obligatorio cuando carecen del reconocimiento oficial como *causae alegables en iudicio*. El acuerdo inter partes no sujeto a fórmulas civiles se somete a la *fides* individual de los contratantes, y al *fidem praestare* recíproco; así, la *fides* es atraída al campo del derecho. La necesidad de sancionar jurídicamente el incumplimiento o cumplimiento defectuoso da lugar a la evolución de la *fides* en el proceso, convirtiéndose, en *fides bona*.

Como afirma Fernández Barreiro la admisión del *oportere ex fide bona* supuso la ampliación de la *obligatio* a relaciones que no podían encontrar referencia en una *legis*

---

<sup>122</sup> FREZZA: "Ius Gentium", RIDA 2 (1949) pp.264 ss. Véase, de este autor "Osservazioni sulla legis actio per iudicis arbitrive postulationem", SDHI (1943) pp 134 ss, procedimiento caracterizado por la mayor libertad de apreciación de iudex y el abandono del sacramentum.

<sup>123</sup> Esta fecha es generalmente aceptada gran parte de la doctrina romanística. No opina así Magdelain, "Les actions civile", Parir 1954 pp 42 ss.. Para quien los *iudicia bonae fide* eran inicialmente pretorios ni no fueron acogidos en la categoría de *accines civiles* hasta finales del siglo 1 d. C.

<sup>124</sup> Cannata: "Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico", IURA 21 (1970) pp 63.

<sup>125</sup> Paoli: "Quelques observations sur la fides, l' imperium et leurs rapports", Festgabe für A Simonius (Basel 1955) pp 276 y ss. Lombardi, Dalla *fides* alla *bona fides*, Milano 1961, pp 188 ss.

*actio*, ni siquiera, por ampliación jurisprudencial del *oportere* civil ordinario. Se transforma, de este modo, el carácter unilateral de la causa del vínculo obligatorio que se encontraba en la estructura de las relaciones de *debitum* tuteladas por la *legis actiones*; de la reciprocidad de las relaciones obligatorias sancionadas por las *actiones bonae fidei* nace una noción nueva de *obligatio*. y un nuevo concepto de vínculo obligatorio de naturaleza bilateral<sup>126</sup>. En este sentido, había afirmado D'ors que la bona fides contractual conlleva la consideración de una reciprocidad<sup>127</sup>. O como ha sostenido Fuenteseca que la idea del *contrahere negotium* procede de otra línea evolutiva que, en relación con los *iudicia bonae fidei*, representa otra concepción bilateral y sinalagmática de la *obligatio*<sup>128</sup>.

La primera característica a señalar es la gran amplitud con que fueron concebidas, destacando la importancia decisiva del órgano judicial. La propia fórmula de estas acciones, gracias a su *condemnatio amplia y flexible*, permitía una extensa gama de posibilidades a efectos de determinar la valoración y los límites de los derechos. Estamos ante un tipo de *condemnatio incerta* en donde las facultades del *iudex* son amplias e indeterminadas, pues la propia relación hace absolutamente imprescindible que el pretor conceda una fórmula con la amplitud necesaria para que el juez pueda desplegar todas las posibilidades de su facultad creativa<sup>129</sup>. Por ello, Carcatterra afirma que el *oportere ex fide bona* atribuye al *iudex* una "*plenior interpretatio*", penetrando en la interpretación de los resultados prácticos

---

<sup>126</sup> Fernández Barreiro, "Fuentes de las Obligaciones"

<sup>127</sup> D'Ors, "De nuevo sobre el creditum" SDHI 41 (1975) pp 205 y ss, que explica la cuatripartición gayana con base en la distinción entre las acciones contenidas en el Edicto XVII (De rebus creditis) y las del Edicto XIX (acciones bonae fidei); las primeras sancionan un vínculo unilateral frente a las segundas, que se refieren a negocios donde la bona fides regula una conducta recíproca.

<sup>128</sup> Fuenteseca, "Visión procesal de la historia".

<sup>129</sup> Murga, "Derecho Romano Clásico: II El Proceso" p 189, en todas las condenaciones incertae existe una mayor amplitud a la hora de concretar la cuantía de la condena, si bien existen diferentes categorías, quedando incluidos los *iudicia bonae fidei* en el tipo de la calificada de *condemnatio incerta infinita*.

efectivamente queridos por las partes: y Wieacker sostiene que la indeterminación de la orden que condena, *quiquid dare facere oportet ex fide bona*, atribuye un amplio margen de apreciación en el *iudex*<sup>130</sup>.

En el proceso iniciado como consecuencia de la interposición de la *actio locati* o de la *actio conducti*, no hay duda del amplio margen de valoración del *iudex*, no sólo en el momento de dictar sentencia sino a efectos de determinar la pretensión del actor; pretensión, tan genérica e incierta, como se deduce de la propia fórmula redactada de la manera más imprecisa e inconcreta: *quidquid paret NN Ardo Agerio dare facere oportere ex, fide bona*. Esta *intentio* va precedida de una *demonstratio*, que al indicar la causa por la que se reclama, permite al juez precisar lo mejor posible la incierta reclamación del actor, ya que procesalmente ambas partes muestran su conformidad en la calificación jurídica de la relación, planteándose, por tanto, el litigio tan sólo en lo referente a la reclamación que el actor exige y el reo niega<sup>131</sup>. La amplitud de juicio implícita en la cláusula *ex fide bona* propia de la fórmula de la *actio locati* y de la *actio conducti* conlleva las siguientes consecuencias:

- a) La reciprocidad. La iniciativa procesal puede ser tomada por el *locator* o por el *conductor*, y es que la bilateralidad del convenio comercial encuentra su reflejo procesal en acciones con denominación específica: *actio locati*, *actio conducti*.
- b) La nulidad ab initio en el supuesto de una reclamación improcedente y dolosa: por consiguiente, el juez puede absolver al reo sin necesidad de que éste inserte en la fórmula la *exceptio doli*. Este supuesto es matizado por Horvart para quien en principio el juez quedaba rigurosamente vinculado al tenor del contrato, y por tanto, debía exigir a las partes el cumplimiento literal de la promesa: sólo más tarde, asistimos a una evolución del *oportere ex fide bona*, y es, cuando podemos hablar de la exigencia en los

---

<sup>130</sup> Carcaterra, "Intorno al bonae fidei iudicia", pp 80 ss. Wieacker, "El principio general de la buena fe", Madrid 182, p 52.

<sup>131</sup> Murga, "Derecho Romano Clásico: II, El Proceso"p 184.

contratantes de un cumplimiento no doloso: evolución del *oportere ex fide bona* que tuvo sus manifestaciones, como ya sostuvo Krüger, en la época de Scévola. No opina así Biondi quien sostiene la apreciación directa por el juez, sin necesidad de *exceptio*, con el surgir de los *iudicia bonae fidei*; ni Lombardi para quien la *fides, contraria est fraudi et dolo*, incorpora automáticamente la excepción de dolo.

La idea de la buena fe asumida como fundamento de los *iudicia bonae fidei* supone una referencia a la necesidad de abstenerse de todo dolo, que viene ya expresada en la *intentio* con las palabras *ex fide bona*, y, por ende, sin necesidad de *exceptio*. Claro, al respecto, es un texto de Juliano que sostiene que la *actio venditi*, por ser una acción de buena fe cuyo ejercicio da lugar a un *iudicium bonae fidei*, contiene la excepción de dolo malo, pues, repugna a la *bona fides* que el legatario sea condenado a pagar el precio cuando ha obtenido a título gratuito la misma cosa: y es que, el *oportere ex fide bona* no lo tolera. Al igual que un fragmento de Ulpiano que confirma la inherencia de la *exceptio doli* en la acción dotal; regla que hace extensiva a los demás juicios de buena fe. Lo que es reiterado por Paulo cuando afirma que la buena fe es contraria al dolo y al fraude.

**D.30.84.5:** Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem. quod si pretio soluto ex testamento agere instituerit, hominem consequi debebit, actione ex empto pretium reciperebit, quemadmodum reciperebit, si homo evictus fuisset. quod si iudicio ex empto actum fuerit et tunc actor compererit legatum sibi hominem esse et agat ex testamento, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit et hominem actoris fecerit. Iulianus 33 dig.

**D.24.3.21:** Sed et si ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas vel ut mulier vinculis vindicaret de necessariis



suis aliquem, reputatur ei id quod expensum est sive pars dotis sit, pro ea parte, sive tota dos sit, actio dotis evanescit. et multo magis idem dicendum est, si socer agat de dote, debere rationem haberi eius quod in ipsum impensum est, sive ipse maritus hoc fecit sive filiae ut faciat dedit: sed et si non pater experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum: cum enim doli exceptio insit de dote actioni ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et celso videtur, inesse hunc sumptum actioni de dote, maxime si ex voluntate filiae factus sit. Ulpianus 3 disp.

**D.17.2.3.3:** Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo. Paulus 32 ad ed.

Igualmente, no es necesario la inserción en la fórmula de la *exceptio pacti*, pues los pactos convenidos entre las partes son tenidos en cuenta por el juez como contenido específico de la obligación; en tal sentido, un fragmento de Paulo reitera la afirmación de Juliano *quia bonae fidei iudicio exceptionis pacti insunt*<sup>132</sup>. Esta sustantividad no sólo es apreciable respecto al pacto ex continenti sino al pacto ex *intervallo*, siempre, claro está, que venga a disminuir la obligación o suponga incluso una renuncia a una excepción.

**c)** El juez, al tener en cuenta las obligaciones recíprocas para ambas partes, puede, al fijar la condena del demandado, compensar previamente lo que éste pudiera exigir al demandante en virtud de la misma relación obligacional: *compensatio ex fide bona*<sup>133</sup>. Por ello, un fragmento de las *Instituta* atribuye al juez la libre facultad para

---

<sup>132</sup> D.18,5,3 (Libro XXXIII ad Edictum): Paulus 33 ad ed. Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.

<sup>133</sup> Gai, Inst 4,63: Liberum est tamen iudi nullam omnino invicem compensationis rationem habere nec enim aperte verbis praecipitur, sed quia id bona fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius creditur.

estimar, según lo bueno y equitativo, cuanto deba restituirse al actor<sup>134</sup>. En verdad, son frecuentes las alusiones sobre la *compensatio* en tema de *localio conductio*; ejemplarizado en un fragmento de Alfeno, *que ante el ejercicio de la actio conducti contra un bañero, sostiene que el juez debe realizar la compensación del precio a proporción del tiempo que no hubiese prestado el servicio de baño*; y en otro de Ulpiano cuando dice que el arrendatario quedará obligado por la *actio locati* a pagar el alquiler a prorrata del tiempo que disfrutó de los servicios de un esclavo usufructuario.

Un edil había tomado en arriendo unos baños municipales para que aquel año los ciudadanos los usasen gratis. Sobreviniendo un incendio al cabo de tres meses, respondí que puede demandar al dueño del balneario por la acción de conducción para que hiciese una reducción en proporción al tiempo en que no pudo hacerse uso de los baños<sup>135</sup>.

**d)** El ejercicio de la *actio locati* o de la *actio conducti* supone, por lo inconcreto e indeterminado de la pretensión que nunca pueda darse el peligro de la *pluris petitio*. En este contexto Ulpiano afirma que el arrendador que había acordado recibir parte del precio en trigo y no quiso recibirlo, ni descontarlo, puede pedir la totalidad del precio sin que el *petere plus* suponga la absolución del arrendatario, quedando, por tanto, a la facultad del *iudex* el importe que ha (le pagarse en trigo; regla ésta que se hace extensiva a la *actio conducti*. Y además, es fácilmente constatable la facultad del *iudex* en la valoración del *pactum inter partes* sin necesidad de *exceptio pacti* alguna.

Si el propietario, en el arrendamiento, se hubiese reservado que recibiría cierta medida de trigo en determinado precio, y después no quiso recibir el trigo ni deducir de la renta, aquella cantidad, puede ciertamente pedir toda la suma por la acción de locación, pero es consecuente estimar que, corresponde al ministerio del juez el tener

---

<sup>134</sup> I.4,6.30

<sup>135</sup> D.19.2.30.1 Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facta respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret. Alfenus 3 dig. a paulo epit.

en cuenta el interés del arrendatario en pagar en trigo más que en dinero la porción de renta exceptuada. De modo semejante, también, si se demandase por la acción de conducción habrá de decirse lo mismo<sup>136</sup>.

**e)** El *officium iudicis* disciplina el concurso de acciones, puesto que es contrario a la *fides* su ejercicio acumulativo. Por ello, a pesar de que el arrendatario por corte de árboles viene obligado por la *actio locati*, *actio legis Aquiliae*, *actio de arboribus caedendis*, y por el interdicto *quod vi aut claro*, queda a la facultad discrecional del *iudex* que el arrendador desista de las demás acciones por él ejercitadas.

Si habiendo edificado el vecino se oscureciesen las luces de un cenáculo, el arrendador está obligado con el inquilino, y no hay duda alguna de que es lícito al colono o al inquilino abandonar el arrendamiento; y si se le demandase por las rentas, se ha de hacer una rebaja, lo mismo se entenderá si el arrendador no restaura las puertas o ventanas demasiado estropeadas<sup>137</sup>.

**f)** El *oportere ex fide bona* de estas acciones supone una mayor flexibilidad en el momento de apreciar el *quod ei interest*; pues, se tiene en cuenta no sólo la pérdida patrimonial sufrida por culpa del demandado, sino también, los incrementos que hubiera podido obtener si el demandado hubiese cumplido a tiempo; por lo que Paulo considera válida la reclamación del colono por todo el quinquenio aunque el dueño le permita disfrutar del fundo el *segundo o tercer año*. *En consecuencia, el iudex está*

---

<sup>136</sup> D.19.2.19.3 Si dominus exceperit in locatione, ut frumenti certum modum certo pretio acciperet, et dominus nolit frumentum accipere neque pecuniam ex mercede deducere, potest quidem totam summam ex locato petere, sed utique consequens est existimare officio iudicis hoc convenire, haberi rationem, quanto conductoris intererat in frumento potius quam in pecunia solvere pensionis exceptam portionem. simili modo et si ex conducto agatur, idem erit dicendum. Ulpianus 32 ad ed.

<sup>137</sup> D.19.2.25.2 Si vicino aedificante obscurentur lumina cenaculi, teneri locatorem inquilino: certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. de mercedibus quoque si cum eo agatur, repudiationis ratio habenda est. eadem intellegemus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat. Gaius 10 ad ed. provinc.

*facultado para valorar* no sólo el daño emergente -la pérdida de dos o tres años- sino el lucro cesante -la ganancia que el colono ha dejado de percibir en este período de tiempo; lo que no obsta, a que pueda exigir el cumplimiento íntegro de la obligación del colono en caso de leve morosidad del dueño:

El colono por su parte, si no se le permite disfrutar, puede demandar desde el primer momento por todo el quinquenio, aunque luego, en los años siguientes el propietario del fruto le permita disfrutar: no siempre, pues, se le liberara al propietario por el hecho de tolerarle el disfrute del fundo en el segundo o tercer año; pues también el que, al ser expulsado de un arrendamiento se trasladó como colono a otra tierra, no ha de atender a los dos, ni estará obligado por la renta y conseguirá la ganancia que cada año habría de obtener; porque llega tarde el permiso de disfrute que se ofrece cuando el colono vinculado ya a otras cosas no puede disfrutar, pero si el propietario impide el disfrute por unos pocos días y luego se arrepiente, y todo queda a disposición del colono, en nada disminuirá la obligación de éste por la mora de unos pocos días. también demanda útilmente por la acción de conducción aquel no se prestan según la convención las cosas que habían convenido o al que el propietario, o un extraño al cual el propietario puede impedir que lo haga, impida disfrutar<sup>138</sup>.

**g)** Igualmente, en supuestos de morosidad, el juez impone al deudor la obligación

---

<sup>138</sup> D.19.2.24.4 *Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus eo quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit et quantum per singulos annos compendii facturum erat, consequetur: sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet. item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur quae convenerant, sive prohibeatur frui a domino vel ab extraneo quem dominus prohibere potest. Paulus 34 ad ed.*

de pagar intereses desde el momento que comienza la mora hasta que cesa; así, Marciano lo establece con carácter general para todos los juicios de buena fe; y Paulo obliga al fiador al pago de los intereses de las pensiones satisfechas con retraso por morosidad del colono.

**D.22.1.32.2** In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. Marcianus  
4 reg.

Pregunto si el fiador del arrendatario estará obligado también por los intereses de las rentas no pagadas, y si no le favorecen las constituciones en las que se prevé que aquellos que han de pagar una cantidad por otros, sólo deben responder de la pérdida del capital. Respondió Paulo que si el fiador se obligó también en toda la deuda del arrendamiento debe responder lo mismo que el colono de los intereses de las rentas que se abonan con retraso por mora del colono. Pues los intereses, en las acciones de buena fe, aunque más que nacer de la misma obligación se imponen por el arbitrio del juez, no obstante, si el fiador se obligó por toda la deuda parece justo que él mismo responda de la carga de los intereses, como si hubiese hecho así la fianza: “¿afianzas en tanto en cuanto él deba ser condenado según la buena fe?”, o bien así: “¿responderás de que yo quede indemne?”<sup>139</sup>.

**h)** El juez resuelve sobre la relación obligacional deferida al momento de la

---

<sup>139</sup> D.19.2.54pr. Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionem nomine teneatur nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere. paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur quam ex officio iudicis applicentur, tamen, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: " in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?" vel ita: " indemnem me praestabis?" Paulus 5 resp.

sentencia y no de la *litis contestatio*, lo que implica, no sólo que el demandado pueda siempre satisfacer al demandante *apud iudicem*, sino también, y sobre todo, que la posibilidad de cumplimiento en ese momento produzca su *absolución*. *El principio surge y tiene su justificación en los iudicia bonae fidei* y en su correspondiente *oportere ex fide bona*, que no permiten que el *deudor que ha cumplido con su prestación, aun después de la litis contestatio*, sea condenado

i) Este tipo de acciones permite al juez dar mayor importancia a la intención que a las palabras, con preferencias de los hechos a los verba; en definitiva, indagando el contenido más pleno de la voluntad de los contratantes. Por este motivo, el arrendatario es absuelto a pesar de no haber ejecutado la *obra según lo pactado*; y *el error como vicio de la voluntas de uno de los contratantes* hace inválido el contrato.

**D.19.2.60.3:** Lege dicta domus facienda locata erat ita, ut probatio aut improbatio locatoris aut heredis eius esset: redemptor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutaverat. respondi opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolvi debere. Labeo 5 post. a iav. epit.

**D.44.7.57 :** In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit. Pomponius 36 ad q. muc.

La conclusión es que la *actio locati* y la *actio conducti* son remedios enérgicos, auténticas sanciones para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contraídas, respectivamente, por el conductor o por el *locator*; a su vez, dotan de exigibilidad jurídica a la relación contractual de servicios. La indeterminación de la fórmula que condena estas acciones -*quidquid dore facere oportet ex fide bono*- viene a superar el formalismo jurídico romano y ha conceder una amplia facultad discrecional del iudex tanto en la valoración de la conducta de las partes como en la determinación del contenido de la relación y en la extensión de los vínculos contraídos; en definitiva, transforman todo un régimen de responsabilidad contractual.

La *actia locati* y la *actio conducti*, al igual que las demás acciones de buena fe y sus correspondientes iudicia ex bonae fide, representan un extraordinario avance en

el ámbito jurídico procesal y en las relaciones jurídicas en general; evolución procesal que conlleva al generalizarse el procedimiento cognitorio -con la consiguiente pérdida de la tipicidad de la acción y la indiferencia sustancial en la tramitación de los litigios- un modo genérico de pedir justicia; transformación que alcanza su punto *maximum* en la época justiniana al identificarse los conceptos de acción y pretensión, donde sólo un fiel apego a la tradición puede ahora justificar la clasificación de acciones.

## 5. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL.

La *locatio conductio* se extingue por el cumplimiento de las obligaciones nacientes de la relación contractual: la prestación del servicio, obra o cosa en la forma estipulada y el pago de la *merces* convenida; y es que suponen la realización del fin económico-social que el ordenamiento jurídico vincula a esta relación, extinguiéndose, por tanto, el vínculo *inter partes*; claro, al respecto, es Gayo cuando afirma que las obligaciones se extinguen por el cumplimiento de lo debido; y Ulpiano al señalar "que paga el que hizo lo que prometió hacer.

**D.50.16.176** : "solutionis" verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. "solvere" dicimus eum, qui fecit quod facere promisit. Ulpianus 45 ad sab.

Ahora bien, en relación con esta forma de extinción deben ser tratadas algunas cuestiones:

**a)** Referente a si la prestación debe ser efectuada personalmente por el locator. De Robertis ha sostenido la dualidad de regulación el derecho clásico, el que se rige por principios, de los que se deduce la insustituibilidad de la persona en las obligaciones de trabajo; un texto de Javoleno mantiene, sin embargo, que el trabajo realizado por un esclavo distinto del obligado no extingue la obligación.



**D.40.7.39.5:** Si servus operas extraneo dare iussus esset, nullus nomine servi suas operas dando liberare servum potest: quod in pecunia aliter observatur, utpote cum extraneus pro eo servo dando pecuniam servum liberaret. Iavolenus 4 ex post. lab.

No obstante, nos resulta difícil admitir que las obligaciones pueden ser prestadas por persona distinta a la contratada produciendo efectos extintivos en la relación: en la contratación de unos servicios se tiene en cuenta la habilidad técnica del trabajador -intuitu personae- lo que obsta a que puedan ser prestados por persona distinta al obligado.

**b)** En cuanto a la persona que puede recibir la prestación, en el caso del arrendamiento de servicios, las fuentes afirman la validez de la prestación realizada no sólo al acreedor sino a cualquier persona por éste autorizada; lo que parece deducirse en relación a las *operae fabriles* de los libertos -lógicamente no se admite tratándose de *operae officiales* por el carácter personal tanto de quién como a quién se prestan- al confirmar la validez de la realizada las presta a *solutionis causa*; según Juliano se extingue la obligación del liberto hacia su patrono cuando los servicios pictóricos o artesanales debidos han sido prestados a un tercero; y Ulpiano admite la prestación de servicios del liberto a cualquier persona designada por el patrón D.38.1.23/38.1.9

**D.38.1.9.1:** Sed officiales quidem futurae nec cuiquam alii deberi possunt quam patrono, cum proprietas earum et in edentis persona et in eius cui eduntur constitit: fabriles autem aliaeve eius generis sunt, ut a quocumque cuicumque solvi possint. sane enim, si in artificio sint, iubente patrono et alii edi possunt. Ulpianus 34 ad sab.

**D.38.1.23pr:** Hae operae, quas libertus promittit, multum distant a fabrilibus vel pictoriis operis. denique si libertus faber aut pictor fuerit, quamdiu id artificium exercebit, has operas patrono praestare cogitur. quare sicut fabriles operas quis potest sibi aut titio stipulari, ita patronus a liberto operas sibi aut sempronio recte stipulatur: et libertus obligatione solvetur, si tales operas extraneo dederit, quales patrono praestando liberaretur. Iulianus 22 dig.

**c)** El tiempo de realización de la prestación puede ser libremente determinado por las partes, y en este caso, la prestación ha de tener lugar en el plazo convenido, viniendo su exigibilidad condicionada a que haya transcurrido; pero si nada se ha establecido es válida la regla de que la obligación debe ser cumplida cuando sea posible según su naturaleza.

**D.50.17.186:** Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit: et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest. Celsus 12 dig.

**d)** En cuanto al lugar en que debe realizarse la prestación. A falta de acuerdo expreso, deben ser puestas a disposición del acreedor en el lugar de su residencia y prestadas bajo su dirección. Por otra parte, la imposibilidad de prestar los servicios en el lugar debido por culpa del *conductor* puede actuar como causa de extinción; según se deduce, por vía analógica de la regla establecida por Juliano que extingue la obligación de servicios de un liberto por imposibilidad de prestarlos en diversas

regiones<sup>140</sup>; lo que no impide que el liberto deba prestar sus servicios en otro lugar (descontando los días de viaje) si el patrón ha cambiado su residencia o mora en otro sitio, pero siempre que éste actúe como hombre bueno y diligente *pater familias*.

**D.38.1.20.1:** Ex provincia libertum romam venire debere ad reddendas operas proculus ait: sed qui dies interea cesserint, dum romam venit, patrono perire, dummodo patronus tamquam vir bonus et diligens pater familias romae moraretur vel in provinciam proficiscatur: ceterum si vagari per orbem terrarum velit, non esse iniungendam necessitatem liberto ubique eum sequi. Paulus 40 ad ed.

**e)** En cuanto al objeto, La obligación debe cumplirse exactamente con la prestación debida por el vínculo contractual que la delimita; aunque es admisible, previo consenso del acreedor, el cumplimiento con un objeto o contenido distinto del primitivo.

**D.45.1.54.1:** Operarum stipulatio similis est his stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur: et ideo divisio eius stipulationis non in partes operarum, sed in numerum cedit. quod si unam operam servus communis stipulatus fuerit, necesse est utrique dominorum partem operae tantam, quantam in servo habuerit, petere. solutio autem eius obligationis expeditissima est, si aestimationem operae malit libertus offerre aut si consentiant patroni, ut is communiter operae edantur. Iulianus 22 dig.

---

<sup>140</sup> D.38.1.23.1 Si patroni plures consulto in diversas regiones discesserint et liberto simul operas indixerint, potest dici diem operarum cedere, sed libertum non obligari, quia non per eum, sed per patronos staret, quo minus operae dentur, sicut accidit, cum aegrotanti liberto operae indicuntur. quod si diversarum civitatum patroni sint et in sua quisque moretur, consentire debent in operis ab eo accipiendis: durum alioquin est eum, qui se liberare potest decem diebus operando, simul operis indictis, si in accipiendis non consentiant, compelli ad praestandam alteri quinque operarum aestimationem. Iulianus 22 dig.

La *locatio conductio* se extingue, al igual que los demás contratos consensuales, por el acuerdo de las partes dirigido a la extinción del vínculo, pues lo contraído por el nudo consentimiento se extingue del mismo modo, siempre, claro está, que no se haya producido cambio alguno en la situación jurídica del contrato *inter partes*, no se haya llevado a efecto ni siquiera parcialmente, y que el acuerdo extintivo sea comprensivo de todos los vínculos obligatorios. Acuerdo en contrario a la obligación contraída que viene designado en las fuentes con la expresión *contrario consensus o contraria voluntas*.

**D.50.17.35:** Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. Ulpianus 48 ad sab.

**D.18.5.3:** Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit. Paulus 33 ad ed.

También, la resolución unilateral puede actuar como causa de extinción de la relación de servicios: a estos efectos hemos de distinguir los contratos a tiempo determinado de aquellos a tiempo indeterminado, En los primeros, el cumplimiento del término es causa típica y natural de extinción, por tanto, la interrupción unilateral obliga al resarcimiento.

La muerte del locator como causa de extinción de la relación; lo que no acontece en caso del conductor, al transmitirse a los herederos sus derechos y obligaciones. El carácter personal de la prestación incluye sólo la del locator y no la del conductor, que es siempre dineraria, y por tanto, puede satisfacerla cualquiera; al respecto Ulpiano sostiene el ejercicio de la actio conducti por el heredero, y establece la obligación de pagar la merces a los herederos del conductor fallecido.

**D.19.2.19.8:** Ex conducto actionem etiam ad heredem transire palam est.

Ulpianus 32 ad ed.

Los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación pueden actuar como causa extintiva de la locatio.

# CAPITULO III. LA RESPONSABILIDAD EN LA GESTION DE NEGOCIOS

## 1. INTRODUCCIÓN.

*El tráfico jurídico siempre ha tenido un ritmo relativamente rápido, donde se requiere de decisiones rápidas ante los imponderables que pueden surgir. Así, por ejemplo, si alguien tiene un negocio, debe estar permanentemente pendiente de éste, en el sentido de siempre estar al tanto de cómo marcha, el estado de las deudas, la relación con los acreedores y deudores y un sin número de tópicos que requieren la presencia de su dueño, administrando y gestionando.*

*Sin embargo, hay ocasiones en que por cualquier motivo, el titular no puede hacerse cargo de sus propios negocios, ya sea porque está ausente, ha fallecido, ignora la inminencia de un peligro sobre sus bienes, etc. Es entonces que la figura de la Gestión de Negocios, cobra vital importancia.*

*Aparece como cuasicontrato dentro de la clasificación de Gayo, como una figura que no es contrato ni delito sino que una figura lícita que genera obligaciones para las partes de la relación. Gracias a ella, entonces, es posible que las personas no se vean en la más completa indefensión ante la circunstancia de que ignoren si algún peligro amenaza sus bienes o si no están en posición de gestionar ellos mismos sus propios*

*negocios, puesto que en tal situación entra el gestor a actuar en beneficio de ellos, sin encargo previo. Ahí radica el valor de esta institución, puesto que con ella no es necesario haber constituido mandato en alguien determinado para cubrir estas situaciones.*

*Por otra parte, gracias a la existencia de esta institución, el que gestiona negocios ajenos para evitarle un mal a su dueño, tampoco queda en indefensión, dado que mediante la acción correspondiente puede obtener el reembolso de lo que hubiera tenido que gastar en gestionar los negocios ajenos. Así, de esta forma, el dueño de los bienes o negocios puede verse beneficiado por el actuar de una persona cualquiera que gestionó sus negocios sin que tuviera que constituir mandato previamente, y de esta manera, se evita una pérdida mayor, y por otro lado, el que actuó como gestor de negocios ajenos, no queda desamparado ante los gastos en que hubiese podido incurrir en las gestiones útiles del negocio, puesto que cuenta con acción para que se le reembolse el importe de estos gastos y los intereses del dinero propio que hubiese tenido que utilizar, de la misma manera, en gestiones útiles para el negocio.*

*Gracias a estas características, la gestión de negocios, fue y aun sigue siendo una institución muy valiosa para el comercio jurídico en general, puesto que evita pérdidas mayores que podrían producirse en el caso de que nadie atendiera los negocios en cuestión. Al ser gestionados por alguien, aun cuando no exista mandato previo, se evita que el negocio quede en abandono y que el dueño pudiese perder sus bienes o sufrir de pérdidas de consideración.*

*Además, al existir la acción con la que el gestor puede recuperar lo invertido en gestionar los negocios ajenos, no existen trabas para que una persona actúe en*

*beneficio de los negocios o bienes de otro, ya que, aunque la acción no sea eficaz para el negocio, si esta resulto útil, tiene derecho a recuperar lo invertido.*

*Es precisamente de esta importancia a la que se hacía alusión y de la responsabilidad que emana de esta institución de lo que trata el siguiente trabajo. En las siguientes páginas se intentará, con esperanza de concluir exitosamente la tarea, trazar las líneas generales de esta institución, dejada un poco de lado, injustamente a juicio de quien escribe, por la bibliografía especializada en Derecho Romano, que siempre tiende a darle muchísima mas importancia a la figura del contrato de mandato. Es cierto que ambas instituciones están emparentadas, pero la gestión de negocios tiene particularidades propias y, en fin, se trata de algo completamente independiente del mandato, partiendo de la idea de que, a diferencia de éste, se trata de un cuasicontrato.*

*Luego de dar nociones generales de la figura, se intentará construir de forma más o menos sistemática la idea de la responsabilidad dentro de la gestión de negocios, y así, ilustrado siempre por el análisis de los casos que plantea el Digesto, ir exponiendo qué clases de responsabilidad existen y de cuales se responde en cada caso, dependiendo de las circunstancias en que se encuentre el gestor y el gestionado.*

*Por último, pero no por eso menos importante, se pasará al estudio de la forma en que la responsabilidad en la gestión de negocios puede dejar de ser solo una idea abstracta para pasar a ser algo concreto: La Acción de Gestión de Negocios o Actio Negotiotum Gestorum. En este punto, se intentará exponer el origen que tuvo esta acción las características más importantes y algunas particularidades de índole procesal y otras notas acerca de la relación entre dicha acción y la ratificación del negocio.*



Con el fin de llevar a buen término esta investigación y realizar una obra ordenada y sistemática, este trabajo estará dividido en dos bloques o partes. La primera, referente a las diferentes situaciones en que puede darse la gestión de negocios y la forma y características de la responsabilidad emanada de esta institución. Esto, basándose principalmente, como ya se dijo, en la exposición que se hace en el digesto. La otra parte, corresponde a la *actio negotiorum gestio*, sus características y a sus distintas formas de procedencia, ya sea en su forma directa o contraria.

Así, entonces, lo que se intentará a través de las siguientes líneas es el realizar un estudio de la gestión de negocios principalmente desde el punto de la responsabilidad que de ella emana, analizando los casos planteados en las fuentes jurídicas directas y analizando la acción por medio de la cual dicha responsabilidad se hace efectiva. No será una tarea fácil, dado el relativo abandono ya mencionado del que ha sufrido esta figura por parte de las plumas especializadas. Sin embargo, la esperanza de aportar con algo y así sacar, al menos medianamente, del lugar secundario al que ha sido relegada la gestión de negocios, bajo la sombra del mandato, es lo que principalmente motiva y da fuerzas a esta investigación.



## 2. CONCEPTOS Y CARACTERISTICAS

La *Negotium Gestum*, *Negotia Gesta* o *Negotia Gerere* consiste en la gestión que realiza una persona, que toma el nombre de gestor, de los negocios de otra, el dominus negotii o gestionado, que es realizada sin el conocimiento de este último y de la cual se crea una relación entre ambas partes que es sancionada con una acción: La actio negotiorum gestorum o de negocios gestionados.

Esta institución aparece por su utilidad respecto de los ausentes, para evitar que por su indefensión otro sea puesto en posesión de sus bienes y que estos se vendan, o se venda la prenda que dieron, o sufran una acción penal, o pierdan sin razón una cosa de su propiedad:

**D. 3.5.1:** Este edicto es necesario por ser de gran utilidad para los ausentes, a fin de que no les ocurra, por su indefensión, que otro sea puesto en posesión de sus bienes y que estos se vendan, o se venda la prenda que dieron, o sufran una acción penal, o pierdan sin razón una cosa de su propiedad<sup>141</sup>.

La misma situación ocurre respecto de los negocios pendientes de un difunto que hubiesen sido gestionados por otra persona sin mandato previo.

---

<sup>141</sup> D. 3.5.1: "Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant."

**D. 3.5.3:** Dice el pretor: "Daré acción cuando alguno hubiese gestionado los negocios de otro, o los negocios (pendientes) propios de un difunto"<sup>142</sup>.

En la gestión de negocios, también llamada agencia oficiosa, el objeto podía consistir en una actividad lícita material o en un acto jurídico lícito. Dicha gestión podía ser, y en la generalidad de los casos así era, en beneficio exclusivo del gestionado. También podía ser en beneficio parcial del gestor, pero lo que nunca podía ocurrir era que la gestión fuese en beneficio exclusivo del gestor. Tampoco el gestor podía cobrar estipendio alguno por su gestión ya que esta era gratuita, sin perjuicio de las acciones que le pudieran corresponder. En relación a lo anterior, le negocio será en exclusivo beneficio del gestionado, por ejemplo, cuando se paga una deuda ajena. Será en beneficio del gestor y del gestionado, en el caso de que, por ejemplo, se deje libre a uno de tres prisioneros de guerra para que éste vuelva con el dinero del rescate de los otros dos. Si este no vuelve y los otros dos pagan su rescate y el del liberado, estos tendrán acción de negocios gestionados contra el liberado por el importe de su rescate, aunque el pago también beneficio parcialmente a los gestores.

Hay también una respuesta de Servio, según se refiere a "Alfeno 39 Dig:

**D. 3.5.20:** habiendo caído tres prisioneros en poder de los Lusitanos, al quedar uno en libertado para que trajera el precio del rescate de los tres, y con la condición de que, si no volvía, los otros dos tendrían que dar la cantidad también por él, como no quisiera él regresar y por ello hubieron de

---

<sup>142</sup> D. 3.5.3: Ait praetor: "Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo".

pagar los otros dos el rescate del tercero, Servio respondió que era justo que el pretor concediese acción contra él<sup>143</sup>.

Otro punto relevante dentro de la gestión de negocios es la ausencia de encargo. La gestión realizada por el gestor nacía espontánea. Si había encargo previo, se pasaba al campo del mandato, de la tutela o de un eventual arrendamiento de servicios. Sin embargo, el ámbito de aplicación de la gestión de negocios trasciende hasta llegar a cubrir cualquier otro supuesto que consistiese en la gestión de uno o varios negocios ajenos que no tuviese acción especial. Así, por ejemplo, se aplicaba en el caso del mandato putativo, en que el gestor gestionó negocios en la creencia de que existía un mandato: D. 3.5.5: Asimismo, si gestioné tus negocios creyendo que me habías dado mandato, nace la acción de gestión de negocios, y no la de mandato. Lo mismo sucede si yo hubiese prestado fianza por ti creyendo que me lo habías mandado<sup>144</sup>.

O en el caso del que gestionó los negocios ajenos pero en busca del lucro propio:

**D. 3.5.5.5:** Pero si alguno gestionó mis negocios no en atención a mi, sino buscando su lucro, escribió Labeón que gestionó un negocio mas suyo que mío, porque el que se entrometió para aprovecharse él busca su lucro y no mi conveniencia. Sin embargo, también este quedará obligado, y con más razón, por la acción de gestión de negocios, aunque él, si hubiese gastado

---

<sup>143</sup> D. 3.5.20: "Nam et servius respondit, ut est relatum apud alfenum libro trigensimo nono digestorum: cum a lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti nolisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium".

<sup>144</sup> D. 3.5.5: "Item si, cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi, et hic nascitur negotiorum gestorum actio cessante mandati actione. idem est etiam, si pro te fideiussero, dum puto mihi a te mandatum esse".

algo con mis negocios, tiene acción contra mí, no por lo que gastó, pues hizo mal al entrometerse en mis negocios, sino en lo que yo me enriquecí<sup>145</sup>.

El negocio gestionado por el gestor debía necesariamente ser ajeno. No se daban los supuestos de la *negotia gesta* en el caso de que el negocio en cuestión fuera del gestor o, como ya se dijo, en su beneficio exclusivo. Sin embargo, si procede acción cuando el gestor actúa en un negocio ajeno creyendo que es propio, como si yo gestiono los negocios pensando que son míos. En tal caso, me competirá acción de negocios gestionados por los gastos en que incurrí, dentro de las gestiones útiles.

También compete acción en el caso de que alguien gestione los negocios de otra persona, pensando que son de un tercero, como si yo gestiono los negocios de Ticio, pensando que son los de Sempronio, cuya gestión este me había encargado. En tal situación, tendré acción de negocios gestionados contra Ticio por los gastos en que incurrí en la gestión de sus negocios. (Tendré la acción de mandato contra Sempronio pues con él tendré celebrado previamente un contrato de mandato. No hay que olvidar que la gestión de negocios requiere necesariamente la ausencia de encargo previo)

Junto con lo anterior, existen dos temas que son también relevantes en relación con el concepto de la gestión de negocios que es menester tocar antes de pasar de lleno al tema de la responsabilidad. El primero de ellos, es el caso en que el dueño de los negocios hubiese prohibido expresamente que se administrasen sus negocios, por ejemplo, en el caso de que se pague una deuda y el deudor tenía interés expreso en

---

<sup>145</sup> D. 3.5.5.5: "Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse ( qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestor actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem".

que dicha deuda no se pagase<sup>146</sup> y este así lo hubiese manifestado. Subsistió la discusión sin zanjarse, en que algunos otorgaban la acción en el caso de que la gestión fuese útil. Otros negaban acción rotundamente, en caso de existir dicha prohibición. Finalmente, a partir de Justiniano se estableció que no se concedería acción si se gestionaban los negocios de una persona y este previamente lo había prohibido (“... te compete la acción de gestión de negocios, salvo si el deudor (dominus) tenía interés en que se pagara la deuda (se gestionara su negocio<sup>147</sup>)”)

El otro tema en cuestión es el determinar si la ratificación por parte del dominus de un negocio mal gestionado extingue o no la acción de gestión de negocios. Se entiende que dicha acción se extinguirá solo si hubiese existido dolo por parte del gestor. En todos los demás casos, la acción subsistirá pues, se pregunta Escevola, “si la acción deja de existir al dar mi aprobación ¿Qué se hará si el hubiese cobrado de mi deudor y yo lo hubiese aprobado? ¿De qué modo lo obtendría? ¿y si hubiese vendido? En fin, si él mismo (el gestor) gastó algo ¿Cómo lo cobrará?”<sup>148</sup>. Como se aprecia, sería imposible radicar los diversos efectos jurídicos de gestor y gestionado de manera correcta en quien corresponden si la sola ratificación del gestionado respecto de algún acto hecho por el gestor extinguiera la *actio negotiorum gestorum*. Se daría además el efecto de dejar pendiente y en duda la existencia de la *actio* a la espera de si el dominus ratifica el negocio o no. Por lo tanto, tal como lo expone Escevola, la sola ratificación de un negocio no extingue la acción de negocios gestionados pues sin ella sería imposible que el dominus pudiera obtener el beneficio de la gestión y que el gestor, por su parte, pudiera exigir el reembolso de cualquier gasto en que hubiese incurrido por motivo de la gestión.

---

<sup>146</sup> D.3.5.42.

<sup>147</sup> D.3.5.42.

<sup>148</sup> D.3.5.8

### **3. LA RESPONSABILIDAD DENTRO DE LA GESTION DE NEGOCIOS ROMANA.**

*A continuación, luego de una introducción a este trabajo y a la institución en cuestión, es posible ingresar ya más propiamente al tema central de esta obra.*

Es menester comenzar señalando que la gestión de negocios, como cuasicontrato que es, puede ser fuente de obligaciones. Y estas obligaciones pueden nacer tanto para el gestor (que deberá rendir cuentas y entregar lo que obtuvo en la gestión del negocio), cosa que ocurrirá en la generalidad de los casos, pero también a su vez, pueden nacer obligaciones para el gestionado, en el sentido de reembolsarle al gestor los gastos en que haya incurrido por las gestiones útiles en el ejercicio de sus funciones como agente oficioso.

Así, queda más que claro que la gestión de negocios es una fuente de obligaciones jurídicas, y no solo para el gestor sino que eventualmente para todos los que participen en ella. Por ello, se dice que es una relación obligacional sinalagmática imperfecta<sup>149</sup>. Y precisamente, para efectos de hacer efectiva la responsabilidad que emana de estas obligaciones aparece la Actio Negotiorum Gestorum o de Negocios Gestionados que podía ejercerse tanto por el gestionado en su forma directa, como por el gestor en su forma de acción contraria.

Teniendo claro lo anterior, puede establecerse que el objetivo central de este trabajo, como ya se mencionó en su momento a grandes rasgos en la introducción de esta obra, será el determinar de qué forma se hace efectiva la responsabilidad de los

---

<sup>149</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Derecho Privado Romano", Editorial Jurídica de Chile, 1era edición, Santiago, 1997, Tomo II, pag. 206.



participes en la *negotia gesta* en los distintos casos y situaciones en que se da, y además la forma en que dicha responsabilidad es hecha valer a través de la acción de negocios gestionados ya sea tanto en su forma directa o contraria.

### **3.1. Diferentes Casos de *Negotia Gesta* y sus Implicancias Respecto a la Responsabilidad.**

Como ya se dijo, la gestión de negocios se da para los casos de ausencia de alguien con el fin de evitar que sus bienes sufran daños o sean enajenados de su patrimonio, o para el caso de un difunto. Sin embargo, el campo de aplicación de la gestión de negocios es muy amplio: cubre, en efecto toda actuación por otro que no aparezca sancionada por una acción especial, como el mandato o la tutela, o que cese de estar regida por ellas. En este sentido, aquéllas constituyen las acciones generales de la gestión en interés ajeno.<sup>150</sup>

Teniendo en cuenta esto, puede comenzarse el estudio de los distintos casos de gestión de negocios.

La *negotia gesta* tiene una relación muy estrecha con la institución del mandato. Y es algo que salta a la vista: en ambos casos, una persona gestiona los negocios de otra, debiendo entregarse lo obtenido en la gestión por una, y resarcir daños y reembolsar gastos incurridos en la gestión por la otra. Ahora, la diferencia patente entre ambas instituciones jurídicas tampoco es menor. El mandato implica un encargo previo por parte del mandante para que el mandatario gestione sus negocios. Es esto lo que marca la línea divisoria entre mandato y gestión de negocios. Además, es esto lo que hace que el mandato sea un contrato. En él, hay un acuerdo de voluntades en que una persona encarga la administración de sus negocios a otra, que a su vez, acepta el encargo. En la gestión de negocios no existe dicho encargo. Y no puede existir tampoco ya que si así fuese, la figura degeneraría en un mandato u otra diferente (como podría

---

<sup>150</sup> Op. Cit, pag 206.

ser un arrendamiento de servicios, si es remunerado) Por esto, en la gestión de negocios tampoco puede hablarse de la existencia de contrato, pues no existe acuerdo de voluntades. Es el gestor por su propia voluntad el que decide gestionar los negocios de otra persona, por distintos motivos. Sin embargo, como ya se dijo, la gestión de negocios y el mandato tienen una relación muy estrecha. Esto precisamente queda en evidencia por el hecho de que una de las figuras que constituye gestión de negocios es el mandato putativo. Así, cuando una persona cree estar actuando por mandato de otra y gestiona así sus negocios, lo que habrá es una gestión de negocios y no mandato:

**D.3.5.5:** Asimismo, si gestioné tus negocios creyendo que me habías dado mandato, nace la acción de gestión de negocios y no la de mandato. Lo mismo sucede si y hubiese prestado fianza por ti creyendo que me lo habías mandado<sup>151</sup>.

La importancia de esta figura es que en ella queda de manifiesto que la gestión de negocios esta muy emparentada con el mandato, al punto de que si se cree actuar bajo un mandato inexistente, se actuara en una gestión de negocios.

Algo similar se plantea en el caso de que alguien gestione los negocios del pupilo de otro, para evitar que ese otro quede sujeto a la acción de tutela, pero con la particularidad de que este tercero de cuyo pupilo se gestionaron los negocios no lo hubiese encargado (pues si así fuera, habría mandato)

Escribe Juliano, 3, Dig:

**D. 3.5.5.2:** Que si yo hubiese gestionado los negocios de tu pupilo, no por mandato tuyo, sino que para que no quedaras obligado por la acción de

---

<sup>151</sup> D. 3.5.5: "Item si, cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi, et hic nascitur negotiorum gestorum actio cessante mandati actione. idem est etiam, si pro te fideiussero, dum puto mihi a te mandatum esse".

tutela, te tendré obligado por la acción de negocios y también al pupilo en la medida en que se hubiese enriquecido<sup>152</sup>.

Dejando ya atrás la figura más importante, el mandato putativo, existen otras hipótesis de gestión de negocios que se alejan ya del mandato. Así se da en el caso de que alguien hubiese pagado una cantidad al procurador del gestionado, con el fin de que este pague al acreedor, para rescatar una prenda. Si ocurre esto, se tendrá acción de gestión de negocios contra el gestionado, mas no contra el procurador:

**D. 3.5.5.3:** Asimismo, si en atención a ti hubiese entregado una cantidad a tu procurador para que pagase a tu acreedor y rescatar una prenda tuya, tendré contra ti la acción de gestión de negocios, pero no contra aquel con quien contraté...<sup>153</sup>

Esto tiene perfecta lógica pues por más que se trate de un procurador que administre todos los bienes de alguien, es en atención al gestionado que se hace el pago al procurador, con el fin de rescatar la prenda. Es por ello que se tiene acción contra aquel de quien son los bienes que el procurador administra y no contra aquel con quien hace el pago contrata.

Sin embargo, esto procede solo si se actúa en atención a beneficiar al gestionado. La acción debe estar motivada por el fin de evitarle un daño al gestionado, pues si se actúa en beneficio propio, buscando el lucro personal, la situación es distinta. Se entiende que en este caso, el gestor realiza acciones para un negocio que le es más propio que ajeno y con mayor razón queda obligado para con el gestionado por la

---

<sup>152</sup> D.3.5.5.2: "Iulianus libro tertio digestorum scribit, si pupilli tui negotia gessero non mandato tuo, sed ne tutelae iudicio tenearis, negotiorum gestorum te habebō obligatum: sed et pupillum, modo si locupletior fuerit factus".

<sup>153</sup> D. 3.5.5.3: "Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dederō tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebō actionem, adversus eum cum quo contraxi nullam..."

acción de gestión de negocios pues al interferir en sus negocios, lo hizo principalmente buscando el lucro propio. Aun así, el gestor también tiene la acción contraria contra el gestionado mas no por lo que hubiese tenido que desembolsar en gastos por la gestión sino en lo que el gestionado se enriqueció:

**D. 3.5.5.5:** Pero si alguno gestionó mis negocios no en atención a mí, sino buscando su lucro, escribió Labeón que gestionó un negocio mas suyo que mío, porque el que se entrometió para aprovecharse él busca su lucro y no mi conveniencia. Sin embargo, también éste quedará obligado, y con mas razón, por la acción de gestión, aunque él, si hubiese gastado algo con mis negocios, tiene acción contra mi, no por lo que gastó, pues hizo mal al entrometerse en mis negocios, sino en lo que yo me enriquecí.<sup>154</sup>

Otro caso a analizar desde el punto de vista de la responsabilidad y de las hipótesis de la gestión de negocios es el caso en que una persona gestiona un negocio propio, creyendo que es de otro. En tal caso, no nace acción para nadie, pues el gestor, aunque estuviese en la creencia de que gestionaba negocios de otro, se ve frente al hecho objetivo de que gestionaba sus propios negocios. Por lo tanto, no puede nacer acción contra nadie. Lo prohíbe la buena fe. Sin embargo, distinta es la situación en el caso de que alguien gestione un negocio en parte propio y en parte ajeno. Entonces, el tercero también quedará obligado por la acción de gestión de negocios para con el gestor por lo que le correspondiese en el negocio. Y es que es justo que si alguien gestiona un negocio que es propio, pero en el que también tiene parte un tercero, ese tercero quede obligado por la gestión que se haya realizado pues éste se beneficia con ella:

---

<sup>154</sup> D. 3.5.5.5: “Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse ( qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem”.

**D. 3.5.5.6:** Si alguno procedió con tanto simpleza que gestionó un negocio suyo creyendo que era mío, no nace acción alguna ni por una parte ni por la otra, pues no lo permite la buena fe; pero si hubiese gestionado uno suyo y mío creyendo que era mío, quedará obligado por lo mío, porque también si yo hubiese mandado a alguno que gestionase un negocio mío que yo tenía en común contigo, afirma Labeón que debe decirse que, si sabía que era (también) tuyo, te queda obligado por la gestión de negocios<sup>155</sup>.

Algo similar, en el concepto de actuar creyendo en una situación jurídica que no es real, genera otro caso en que se configura una gestión de negocios, y es aquel en que un hombre gestiona los negocios de otro, en la creencia de que lo hace siendo esclavo, cuando en realidad su condición es la de liberto o ingenuo. En tal caso, nacerá la acción de gestión de negocios contra el gestor pues aunque actúe en la creencia de ser esclavo del otro, no lo es y por tanto, gestiona los negocios de otra persona sin encargo ni obligación previos:

**D. 3.5.5.7:** Si alguien hubiese gestionado un negocio mío como si fuera esclavo mío, siendo en realidad liberto o ingenuo, se dará la acción de gestión de negocios<sup>156</sup>.

*Dejando un poco de lado, por el momento, los casos en que se configura la gestión de negocios, es menester analizar algo más a fondo el tipo de responsabilidad por la que se responde en estos casos, cosa fundamental a determinar pues esta en*

---

<sup>155</sup> D. 3.5.5.6: "Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur. quod si et suum et meum quasi meum gesserit, in meum tenebitur: nam et si cui mandavero, ut meum negotium gerat, quod mihi tecum erat commune, dicendum esse labeo ait, si et tuum gessit sciens, negotiorum gestorum eum tibi teneri".

<sup>156</sup> D. 3.5.5.7: "Si quis quasi servus meus negotium meum gesserit, cum esset vel libertus vel ingenuus, dabitur negotiorum gestorum actio".

*estrecha relación con la acción de gestión de negocios que, precisamente, persigue esta responsabilidad.*

En general, dentro de la gestión de negocios se responde por la culpa y el dolo. Es esa la regla general. Sin embargo, hay casos en que esta regla se altera hacia ambos lados de la responsabilidad. En algunos casos, se debe responder, además, del caso fortuito, y en otros, solamente se responde del dolo, excluyéndose la culpa.

El primero de esos casos de alteración de la regla de responsabilidad se da cuando el gestor, junto con su responsabilidad general por culpa y dolo, debe responder además de las situaciones de caso fortuito. Esto ocurre cuando el gestor administra los negocios de un ausente y este lo ignora, pero además es preciso que el gestor realice negocios nuevos y que el ausente no acostumbra hacer en su desenvolvimiento dentro del tráfico jurídico. Así, si Ticio es mercader de esclavos y está ausente, y Cayo gestiona sus negocios sin que éste lo sepa, y dentro de su gestión decide comprar una finca para explotarla, negocio en el que Ticio jamás ha probado suerte, Cayo responderá, además de su responsabilidad por culpa y dolo, por el caso fortuito. En estos casos, si existe pérdida, esta deberá ser soportada por el gestor. Sin embargo, para estos casos se da la situación de que si en el negocio gestionado existen parcialmente ganancias y pérdidas, el ausente deberá compensar estas últimas con el lucro que hubiese obtenido:

**D.3.5.10:** Si gestionas los negocios de un ausente, y éste lo ignora, debes responder de culpa y dolo. Pero dice Próculo que a veces debes responder también del caso fortuito; por ejemplo, si haces para un ausente un negocio nuevo que él no acostumbraba hacer, como comprar esclavos o meterle en algún negocio. Pues si esto hubiere causado alguna pérdida, será ésta a tu cargo,

aunque la ganancia sea para el ausente; pero si se hubiese producido en parte ganancia y en parte pérdida, el ausente debe compensar ésta con el lucro<sup>157</sup>.

El otro caso de excepción a la norma general de la responsabilidad es aquel en que el gestor actúa para evitar un daño a los bienes del gestionado, como por ejemplo, para evitar que se vendan. En tal caso, como el dueño de los bienes se benefició con la gestión en el sentido de que se evitó un menoscabo patrimonial, es justo entonces que el gestor se obligue solo por el dolo:

**D. 3.5.3.9:** Escribe Labeón que, a veces, en la acción de gestión de negocios sólo se responde por dolo; en efecto, si impulsado por el efecto hubieres intervenido en mis negocios para evitar que se vendan mis bienes, es muy justo que tan sólo te obligues por el dolo, opinión ésta que es justa<sup>158</sup>.

Algo análogo ocurre en el caso de que alguien ya no gestione los negocios de forma espontánea sin apremio alguno, sino que lo haga por verse impulsado por una necesidad urgente o con las sospechas de eso. Así, el gestor responderá solo por el dolo cuando el gestor actúe en la administración de los bienes de otro, cuando lo haga presionado por un peligro inminente o amenaza que se cierna sobre dichos bienes o cuando se tengan las sospechas fundadas de que se estará en una situación así. Y en verdad, es justo que así sea: no se le puede exigir el mismo grado de diligencia a quien actúa espontáneamente y sin ninguna clase de presiones en la gestión de unos

---

<sup>157</sup> D. 3.5.10: "Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. sed proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet".

<sup>158</sup> D. 3.5.3.9: "Interdum in negotiorum gestorum actione labeo scribit dolum solummodo versari: nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis optuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare: quae sententia habet aequitatem".

negocios ajenos, a quien los administra por verse impulsado motivo de una necesidad urgente. Es claro que el grado de responsabilidad a exigir debe ser menor cuando hay una necesidad inminente:

**D. 3.5.3.10:** A esta acción (la de gestión de negocios) queda sujeto, no solo el que intervino en negocios ajenos y los gestionó espontáneamente y sin ser apremiado en ello, sino también el que los gestionó por alguna necesidad urgente o sospechando tal necesidad<sup>159</sup>.

Hay otro asunto bastante interesante de analizar dentro de la responsabilidad en la gestión de negocios, y esto es el asunto del dolo del gestor frente a la posición del gestionado. La cuestión aquí es ver qué ocurre cuando el gestor actúa de forma dolosa, pero el gestionado nada sabe de esto. Lo que ocurre en este caso es que, a pesar de que el gestor pudo haber actuado de forma dolosa y haber obtenido más beneficios de los que la buena fe permitía, igualmente queda obligado ante el gestionado por todo lo que hubiese obtenido en la gestión del negocio en cuestión. Esto por la sencilla razón de que el dolo no se transmite, y así, aunque el gestor haya obtenido más cosas que las que le estaba permitido, actuando con engaño, queda igualmente obligado por el exceso obtenido dolosamente ante el gestionado, puesto que este no participa del dolo del gestor ya que esta característica subjetiva como es el dolo, no se le transmite:

**D. 3.5.7.1:** Asimismo, si como gestor tuyo o de la ciudad, hubiere yo reclamado un fundo tuyo o de la ciudad y hubiere conseguido por engaño (la entrega de) más frutos de los debidos, te los deberé dar o los deberé o los deberé a la ciudad, aunque no los podía reclamar<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> D. 3.5.3.10: "Hanc actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit".

<sup>160</sup> D. 3.5.7.1: "Item si fundum tuum vel civitatis per obreptionem petiero negotium tuum vel civitatis gerens et ampliores quam oportuit fructus fuero consecutus, debebo hoc ipsum tibi vel rei publicae praestare, licet petere non potuerim".



Así, entonces, el gestor queda igualmente obligado ante el gestionado por el exceso que obtuvo dolosamente, ya que el primero no participa del dolo y tiene derecho a recibir todo lo que se haya obtenido por la gestión de sus negocios.

Otra situación interesante se produce en el caso de la responsabilidad de un encargado por los actos de un subencargado. Esto se produce cuando a alguien se le encarga realizar determinada tarea y esta persona delega su función en un subencargado que incurre en responsabilidad de la que el encargado debe responder. La pregunta es, ¿con qué acción puede perseguir el encargado la responsabilidad del subencargado? La respuesta, nuevamente, está en la gestión de negocios, que como figura residual, atrapa todo lo que no esté cubierto por otra acción especial. En este caso, el encargado puede perseguir al subencargado para que le indemnice los perjuicios que le produjo el tener que responder por su acción negligente o dolosa, salvo que el encargado fuese cómplice del fraude:

**D. 3.5.29:** Se discutía el siguiente caso: Habiendo sido nombrado una persona por decreto de la curia de una ciudad para la compra de harina buena, otra designada como subencargado adulteró la harina, mezclándola con otra de inferior calidad, y por ello se forzó al primero a pagar el precio de la harina buena que se había comprado para el consumo del pueblo. Se preguntaba por qué acción podría el encargado reclamar contra el subencargado y conseguir que le indemnizase del perjuicio que por su causa había sufrido. Valerio Severo respondió que se ha de dar a un tutor la acción de gestión de negocios contra su cotutor. El mismo respondió que se debe dar la misma acción a un magistrado contra otro magistrado, pero sólo si no

fuere cómplice del fraude. De acuerdo con esto, se ha de decir lo mismo en el caso del subencargado<sup>161</sup>.

En el mismo sentido de actos dañosos pero donde el gestor no tiene responsabilidad, se encuentra la situación en que el gestor se vio en la necesidad de emplear fondos en comprar una cosa que luego se destruyó sin su culpa. ¿Qué ocurre en este caso? ¿Tiene el gestor alguna forma de recuperar lo invertido o debe el cargar con el precio de lo perdido? Ciertamente que no sería justo que el gestor tuviese que cargar con la responsabilidad de la pérdida de lo que debió comprar si estas cosas perecieron sin culpa suya. Por ello es que por medio de la acción de gestión de negocios en su modalidad de acción contraria podrá el gestor recuperar lo que hubiese gastado en la compra de las cosas que perecieron. Sin embargo, podrá utilizar la acción de negocios para recuperar el valor de las cosas que perecieron, si y solo si estas hubieren perecido sin culpa suya. Esto tiene perfecta lógica pues sería absolutamente irracional que el gestor recibiese algo por las cosas que perecieron por su culpa. Entonces, el uso de la acción de negocios gestionados en este caso esta condicionado a que las cosas hayan perecido sin culpa del gestor que intenta recuperar su valor:

**D. 3.5.21:** Si el gestor de los negocios de una herencia o de otra persona hubiese comprado por necesidad alguna cosa, aunque ésta hubiere perecido, podrá obtener por la acción de gestión de negocios lo que hubiere gastado; por ejemplo, si hubiese hecho provisión de vino o de trigo para los esclavos y se hubiere perdido por algún accidente, como incendio o

---

<sup>161</sup> D. 3.5.29: “Ex facto quaerebatur: quendam ad siliginem emendam curatorem decreto ordinis constitutum: eidem alium subcuratorem constitutum siliginem miscendo corrupisse atque ita pretium siliginis, quae in publicum empta erat, curatori adflictum esse: quaque actione curator cum subcuratore experiri possit et consequi id, ut ei salvum esset, quod causa eius damnum cepisset. valerius severus respondit adversus contutorem negotiorum gestorum actionem tutori dandam: idem respondit, ut magistratui adversus magistratum eadem actio detur, ita tamen, si non sit conscius fraudis, secundum quae etiam in subcuratore idem dicendum est”.

derrumbamiento; mas esto es así si se hubiesen producido sin falta suya, porque cuando deba ser condenado por causa del derrumbamiento o del incendio, es absurdo que consiga algo por las cosas que fueron destruidas en el accidente<sup>162</sup>.

Volviendo a los casos de error dentro de la gestión de negocios, puede verse una situación bastante particular, muy tocante en cuanto a la responsabilidad, y es aquella en que un fiador paga por error las prendas e hipotecas de un negocio que le era ajeno, creyendo asegurarse el reembolso pues servían de garantía los mismos predios. En este caso, la acción de mandato nada tiene que decir y es a través de la acción de negocios gestionados que se hará efectiva al responsabilidad tanto del gestor como del deudor. Ahora, hay una particularidad en este caso y es que en estas circunstancias, la responsabilidad por la que se responde es sólo hasta de culpa y no del caso fortuito. Esto porque se entiende que el poseedor no esta de mala fe. Paralelo a esto, además, se da la situación de que a pesar de la presencia de prendas, no es procedente la acción que emana de ella. Esto porque se entiende que en este caso, el acreedor vendió los derechos que le correspondían. Como se aprecia, se dan situaciones bastante particulares, primero, porque se tiene que se responde sino solo de culpa pues el poseedor se entiende que no está de mala fe y, además, la acción que emana de la prenda para efectos de la restitución se hace improcedente en este caso, aun cuando el gestor se hizo cargo por error de las prendas que garantizaban la obligación. Esto es así porque se entiende que el acreedor vendió su derecho de prenda:

**D. 3.5.31:** Un fiador también se hizo cargo por error de las prendas o hipotecas que correspondían a otro contrato que le era ajeno, y pagó al

---

<sup>162</sup> D. 3.5.21: "Sive hereditaria negotia sive ea, quae alicuius essent, gerens aliquis necessario rem emerit, licet ea interierit, poterit quod impenderit iudicio negotiorum gestorum consequi: veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit idque casu quodam interierit, forte incendio ruina. sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sive vitio eius acciderit: nam cum propter ipsam ruinam aut incendium damnandus sit, absurdum est eum istarum rerum nomine, quae ita consumptae sunt, quicquam consequi".

acreedor una y otra deuda, creyendo que al servir de garantía los mismos predios podría asegurarse el reembolso. No podrá ser demandado por la acción de mandato no demandar con ella al deudor, sino que uno y otro necesitarían de la acción de gestión de negocios. Litigio éste en el que se responde sólo por culpa, no por caso fortuito, porque el fiador no es considerado poseedor de mala fe. El acreedor no quedará obligado por este hecho a la restitución que se reclame por la acción que se da para la prenda, porque se estima que vendió su derecho<sup>163</sup>.

Continuando con los casos de error y de la gestión de negocios como figura residual de responsabilidad, puede verse otra situación en la que un error en las circunstancias también genera la acción de negocios gestionados. Esto ocurre en el caso en que un hombre libre sirva de buena fe a otro como esclavo y el primero tome una cantidad en préstamo para invertirla en beneficio del segundo, a quien cree su dueño. En este caso, debe reembolsársele lo invertido pues invirtió algo en provecho de alguien a quien creía de buena fe como su dueño. No tenía el gestor ninguna obligación para con el gestionado en este caso, pues actuaba de buena fe como esclavo de otro, mas en realidad no lo era. Por lo tanto, se le debe restituir lo que invirtió en beneficio de su supuesto dueño. Y la restitución se hace en virtud de la acción de gestión de negocios, puesto es la figura residual que capta todos los casos en que alguien actúe en beneficio de otro sin mandato ni vínculo obligacional previo. En este caso, precisamente se da eso. No existe un vínculo obligacional entre gestor y gestionado (ya que la condición de esclavitud solo era supuesta) ni tampoco mandato. Sin embargo, hubo una gestión en

---

<sup>163</sup> D. 3.5.31: "Fideiussor imperitia lapsus alterius quoque contractus, qui personam eius non contingebat, pignora vel hypothecas suscepit et utramque pecuniam creditori solvit, existimans indemnitati suae confusis praediis consuli posse. ob eas res iudicio mandati frustra convenietur et ipse debitorem frustra conveniet, negotiorum autem gestorum actio utrique necessaria erit: in qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casum, quia praedo fideiussor non videtur. creditor ob id factum ad restituendum iudicio, quod de pigmore dato redditur, cum videatur ius suum vendidisse, non tenebitur".

beneficio de otra persona en la que el gestor invirtió fondos. Por lo tanto, procede la acción de negocios gestionados para efectos de la restitución de lo invertido por el que servía de buena fe como esclavo, en beneficio del supuesto dueño. Ahora, es necesario hacer un alcance más respecto de este punto. La acción de gestión de negocios procederá siempre a favor del que servía como esclavo de buena fe a otro, a menos que se le pague lo invertido al acreedor del gestor. Esto quiere decir que si Cayo, actuando de buena fe como esclavo de Ticio, pide un préstamo a Sempronio y lo invierte en beneficio de Ticio, tendrá acción por negocios gestionados en contra de Ticio para la restitución de lo que gastó en la gestión, a menos que dicha cantidad le sea pagada a Sempronio, que es el acreedor de Ticio, quedando este último entonces, liberado. Es evidente, entonces, que en tal caso no proceda la acción de gestión de negocios pues el gestor ya habría sido liberado de la obligación en que incurrió por efectos de la gestión:

**D. 3.5.35:** Si el hombre libre que me sirve de buena fe como esclavo hubiera tomado una cantidad a préstamo y la hubiera invertido en mi provecho, se ha de ver por qué acción debo devolver yo lo que invirtió en nuestro provecho, porque no gestionó el negocio de un amigo suyo, sino de quien creía su dueño. Mas se le ha de conceder la acción de gestión de negocios, que deja de competirle si se hubiera pagado la cantidad a su acreedor<sup>164</sup>.

La misma idea se expresa en lo establecido en D.3.5.5.7 en que se dice que se dará la acción de negocios gestionados en el caso de que alguien siendo liberto o ingenuo actúe como esclavo.

Para cerrar este capítulo de las diversas hipótesis en que se da la gestión de negocios, aun pueden citarse tres casos más de relevancia, con los que estarían cubiertas la gran mayoría de las hipótesis en que la figura de la gestión de negocios

---

<sup>164</sup> D. 3.5.35: "Si liber homo bona fide mihi serviens mutuam pecuniam sumpserit eamque in rem meam verterit, qua actione id, quod in rem nostram vertit, reddere debeam, videndum est: non enim quasi amici, sed quasi domini negotium gessit. sed negotiorum gestorum actio danda est: quae desinit competere, si creditori eius soluta sit".

tiene aplicación ya directamente ya como figura residual de responsabilidad. Y es que, las hipótesis que puedan quedar excluidas de este trabajo serían mas que nada derivaciones de los casos fundamentales que están tratados en el Digesto. Es en base a estos casos principales tratados en el Digesto que se construyen las figuras de responsabilidad de la gestión de negocios, siendo el resto de las hipótesis, solo modificaciones y variaciones de los casos básicos (mandato putativo, errores en la gestión, actuaciones por lucro propio, presencia de ausentes, etc)

El primero de estos casos se refiere a la situación que se da cuando alguien gestiona los negocios del hijo o del esclavo de otro. Es menester entonces determinar de qué tipo es la responsabilidad que nace y por qué acción habrá de hacerse esta efectiva. La respuesta no es única y depende de las circunstancias. Así, según dice Labeón, si la gestión se hizo en atención al padre o al dueño, será este el que quedará obligado para con el gestor en virtud de la gestión de negocios realizada. Sin embargo, la situación será diferente en el caso de que la misma gestión sea hecha ya no en virtud del padre o del dueño, sino que en virtud de la amistad para con el hijo o el esclavo. En tal caso, el gestor tendrá contra el padre ya no la acción por negocios ajenos gestionados sino que solo la de peculio, puesto que ya no se entiende que lo administrado haya sido un negocio del padre, como en el caso en que se actúe mas en atención a este que al hijo o esclavo, sino que se entiende que se gestionó un negocio del propio hijo o esclavo. Es por ello que contra el padre, en este caso, ya no se tiene la acción de gestión de negocios sino que solo la de peculio. Y lo mismo ocurre si el gestor hubiese creído que padre o dueño era independiente del hijo o esclavo pues, aunque medie la ratificación del primero, mediará de todas formas acción contra el primero aunque exceda el importe de lo adquirido o gestionado el monto del peculio. Esto, por cuanto el padre o dueño se ha enriquecido igualmente gracias a la administración del gestor:

**D. 3.5.5.8:** Si yo hubiese gestionado los negocios de tu hijo o de tu esclavo, veamos si tendré contra ti la acción de gestión de negocios, y me parece acertada la distinción que hace Labeón y aprueba Pomponio, de que si realmente gestioné negocios del peculio en atención a ti, me quedarás obligado, pero si lo hice por amistad a tu hijo o esclavo, o en atención a ellos, tan sólo ha de darse, contra el padre o el dueño, la acción de peculio. Lo mismo sucede aunque yo haya creído que eran independientes, pues aunque yo hubiese comprado para tu hijo un esclavo que no era necesario y tú lo hubieses ratificado, dice Pomponio que de nada sirve la ratificación, y en el mismo lugar añade que, según su opinión, aunque nada quede en el peculio, porque excede a su importe lo que se debe al padre o al dueño, también se ha de dar acción contra el padre en cuanto se enriqueció como consecuencia de mi administración<sup>165</sup>.

Otro caso también agrega un elemento de fundamental importancia a la figura de la gestión de negocios y esto es el hecho de la exclusividad del beneficio en el gestionado. Si mediante una gestión son terceras personas las beneficiadas, no puede decirse que exista acción de gestión de negocios. Y esto es bastante evidente pues para que el gestor pueda tener acción de negocios gestionados contra el administrado, debe gestionar negocios que sean de su propiedad y que el beneficio de esta gestión se radique en el mismo dueño de los negocios administrados. De otra forma, el gestor estaría reclamando fondos utilizados en la gestión de negocios a la persona equivocada. Esto porque, por ejemplo, si Ticio gestiona los negocios de Sempronio creyendo que son de Cayo, no podría accionar contra Cayo pues no le gestionó nada a éste, en nada se

---

<sup>165</sup> D. 3.5.5.8: "Sed si ego tui filii negotia gesserō vel servi, videamus, an tecum negotiorum gestorum habeam actionem. et mihi videtur verum, quod labeo distinguit et pomponius libro vicensimo sexto probat, ut si quidem contemplatione tui negotia gessi peculiariorum, tu mihi tenearis: quod si amicitia filii tui vel servi, vel eorum contemplatione, adversus patrem vel dominum de peculio dumtaxat dandam actionem. idemque est et si sui iuris esse eos putavi. nam et si servum non necessarium emerō filio tuo et tu ratum habueris, nihil agitur ratihabitione eodem loco pomponius scribit hoc adiecto, quod putat, etsi nihil sit in peculio, quoniam plus patri dominove debetur, et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea administratione factus sit".

beneficio éste y por tanto nada debe éste a Ticio. Entonces, según lo planteado en este caso, para que proceda la acción de negocios en contra de determinada persona, queda claro que los negocios gestionados deben ser de esta persona determinada y el beneficio, o al menos la acción que intenta beneficiar, deben recaer en esta persona. Si se gestionan los negocios de un tercero creyendo que son de una persona en particular, nada se tiene contra esta persona porque nada se le gestionó:

**D. 3.5.5.13:** ¿Qué diremos, pues, pregunta Pedio, si creyéndote yo heredero, hubiese reparado una casa de la herencia y tu lo hubiese ratificado? ¿Tendré acción contra ti? Dice que no la tendré, ya que con este hecho mio se enriqueció otro y se gestionó la cosa de otro, no pudiéndose considerar negocio tuyo lo que por la misma gestión se adquirió para otro<sup>166</sup>.

Por último, cabe tratar un asunto de mucha importancia y es aquel que implica determinar si el gestor debe necesariamente realizar actos eficaces en el negocio para que tenga derecho al reembolso. La solución al asunto esta en lo que el mismo Digesto llama como “gestión útil”. Esto quiere decir que para que el gestor pueda demandar el reembolso, basta que éste haya realizado cualquier gestión útil para el negocio. Ahora, surge una interrogante y es saber ¿qué se entiende por gestión útil? La respuesta puede encontrarse en el mismo Digesto, donde, a contrario sensu de lo que es una acción útil (la que si da derecho a acción), no resulta útil la gestión en la que el gestor acomete a una empresa innecesaria o que ha de ser gravosa para el propietario. Así, entonces, se entiende que una gestión es aquella que no es gravosa para el propietario y que además se entiende como que fue necesaria para la conservación de sus negocios. Se refiere a actos de conservación y administración. Cualquier gestión que esté dentro de este rango de ser necesaria para la conservación de los negocios del gestionado, otorgará acción de

---

<sup>166</sup> D. 3.5.5.13: “Quid ergo, inquit pedius, si, cum te heredem putarem, insulam fulsero hereditariam tuque ratum habueris, an sit mihi adversus te actio? sed non fore ait, cum hoc facto meo alter sit locupletatus et alterius re ipsa gestum negotium sit, nec possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri”.



gestión de negocios al gestor pues se entiende como útil, aunque en sí el negocio sea ineficaz. Dentro de estas gestiones ineficaces queda incluida también aquella que se creyó útil pero que no lo era para el gestionado. Esto porque la gestión debe ser útil, al menos al iniciarse, cosa que no ocurre en este caso. Así, no basta tampoco la apariencia de utilidad. El error aquí no es irrelevante y si una gestión no era útil, no otorgará acción aunque el gestor hubiese actuado pensando que si lo era:

**D. 3.5.9.1:** El que demanda por los negocios gestionados no sólo lo hará si resulto eficaz el negocio gestionado, pues basta que la gestión sea útil, aunque no haya resultado eficaz el negocio. Por tanto, si reparó una casa o cuidó a un esclavo enfermo, aunque se haya quemado la casa o el esclavo se haya muerto, podrá ejercitar la acción de gestión de negocios, y así lo aprueba también Labeón. Pero como refiere Celso, le observa Próculo que no siempre debe darse. ¿Qué se dirá si el gestor reparó una casa que su propietario hubiere abandonado por resultarle demasiado costosa o por considerar que no le era necesaria? Dice Próculo que, según la opinión de Labeón, el gestor gravaría al propietario pues cualquiera puede abandonar también una cosa por causa de daño temido. Pero Celso bromea elegantemente contra este parecer, al decir: el que hizo una gestión útil dispone de acción de gestión de negocios, pero no lo hace el que acomete una empresa innecesaria o que ha de ser gravosa para el propietario. Está de acuerdo con esto lo que escribe Juliano de que quien reparó la casa o cuidó al esclavo enfermo tiene la acción de gestión de negocios siempre que la gestión fuera útil, aunque no tuviera un resultado satisfactorio. Yo pregunto ¿y si creyó que hacía una gestión útil pero que no convenía al titular? Sostengo que en ese caso no ha de tener la acción

de gestión de negocios, porque así como prescindimos de su resultado, si debe ser útil la gestión al emprenderse<sup>167</sup>.

Así, entonces, la gestión debe ser necesariamente útil para que de derecho a reembolso por medio de la acción de negocios gestionados. Asimismo, el gestor tendrá derecho al reembolso de los gastos útiles, mas si gastó algo demás que no cupiera dentro de dichos gastos útiles, no tendrá derecho a reembolso. El derecho a recuperar lo invertido solo se circunscribe a los gastos útiles para la gestión y no para cualquier gasto:

**D. 3.5.24:** Si un gestor de negocios ajenos hubiera gastado mas de lo conveniente, solo recuperará aquello que hubiera debido pagar<sup>168</sup>.

En el mismo sentido puede decirse que está el caso en que un gestor paga una deuda ajena. Tendrá acción de gestión de negocios por el importe de la deuda, ya que se entiende que fue una gestión útil, salvo que el deudor tuviese interés en que dicha deuda no se pagase. En tal caso, la gestión dejaría de serle útil al gestionado y por tanto, el gestor carecería de acción, pues se requiere que la acción sea útil y si no lo es, no dará acción aunque el gestor hubiese creído que si era útil:

**D. 3.5.42:** Como hubieses pagado una cantidad en nombre de uno que nada te había mandado, puesto que en virtud de ese pago el deudor quedó libre

---

<sup>167</sup> D. 3.5.9.1: "Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obit, aget negotiorum gestorum: idque et labeo probat. sed ut celsus refert, proculus apud eum notat non semper debere dari. quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi inpar sumptui deliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? oneravit, inquit, dominum secundum labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. sed istam sententiam celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur. iuxta hoc est et, quod iulianus scribit, eum qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. ego quaero: quid si putavit se utiliter facere, sed patri familias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum".

<sup>168</sup> D. 3.5.24: "Si quis negotia aliena gerens plus quam oportet impenderit, recipaturum eum id, quod praestari debuerit".

de su acreedor, te compete la acción de gestión de negocios, salvo si el deudor tenía algún interés en que no se pagase aquella cantidad<sup>169</sup>.

La misma idea también se expresa en otros párrafos del mismo Digesto:

**D. 3.5.44:** Puede pedirse por la acción de gestión de negocios lo que se gasta de una manera útil en los negocios de otro, en lo que se comprende lo gastado por decoro en correspondencia a las distintas magistraturas (que se festejan)<sup>170</sup>.

#### **4. LA ACCION DE GESTION DE NEGOCIOS**

Es este el medio por el cual se hace efectiva la responsabilidad que nace de la figura de la Gestión de Negocios. El origen de esta acción se encuentra en los casos en que el pretor otorgaba acción para quien hubiese gestionado los negocios de una persona difunta o ausente:

**D. 3.5.3:** Dice el pretor: “Daré acción cuando alguno hubiese gestionado los negocios de otro, o los negocios (pendientes) propios de un difunto”<sup>171</sup>.

Entonces, en los casos de gestión de negocios de ausentes o difuntos, el pretor comenzó a dar acción para quien hubiese gestionado esos negocios. Luego, comenzó a concederse una acción de carácter general y ex fide bona, es decir, para cualquier

---

<sup>169</sup> D. 3.5.42: “Cum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit: nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi”.

<sup>170</sup> D. 3.5.44: “Quae utiliter in negotia alicuius erogantur, in quibus est etiam sumptus honeste ad honores per gradus pertinentes factus, actione negotiorum gestorum peti possunt”.

<sup>171</sup> D. 3.5.3: Ait praetor: “ si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo.”

caso de gestión de “negocios de otro” y con una fórmula construida sobre la base de una demonstratio y de una intentio y una condemnatio inciertas.<sup>172</sup>

Esta acción, como ya se ha dicho en otras partes de este trabajo, la puede tener tanto el gestionado para exigir lo obtenido por la gestión de sus negocios y también para exigir la rendición de cuentas del negocio, como el mismo gestor para obtener el reembolso por los gastos en gestiones útiles en los que pudiera haber incurrido. Esto es por razones de justicia y equidad pues si puede exigírsele al gestor que rinda cuenta de sus actos o si puede condenársele por actuar dolosamente, también debe estar el gestor en posición de que se le pague lo que empleó por sus gestiones útiles:

**D. 3.5.2:** Si alguno hubiese gestionado los negocios de un ausente, aunque éste lo ignore, tiene acción, tiene acción por los gastos útiles y las obligaciones contraídas a causa del patrimonio del ausente. Así, pues, en este caso nace por una y otra parte una acción que se llama de negocios gestionados. En efecto, así como es justo que el gestor dé cuenta de sus actos, y en consecuencia, que sea condenado si obró como no debía, o retiene algo de tales negocios, también es justo, de la otra parte, que si gestionó útilmente, se le pague lo que perdió o ha de perder por tal motivo<sup>173</sup>.

Así, entonces, esta acción de gestión de negocios puede intentarse de dos formas. Una de ellas es la modalidad directa, mediante la cual el gestionado puede exigir la rendición de cuentas del negocio, lo que en él se hubiese obtenido y las

---

<sup>172</sup> Op. Cit. pág. 205

<sup>173</sup> D. 3.5.2: “Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem: itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum. et sane sicut aequum est ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet: ita ex diverso iustum est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est”.

indemnizaciones por actuar doloso, abandono de gestión y los intereses del dinero utilizado.<sup>174</sup>

La otra forma de utilizar esta acción es en modalidad de acción contraria, cuya legitimación activa corresponde al gestor. Mediante ella se busca el reembolso de los gastos hechos en las gestiones útiles del negocio, las indemnizaciones por los perjuicios que hubiese sufrido en la realización de dichas gestiones útiles y los intereses del dinero utilizado.

Entonces, de esta forma no se rompe la equidad, pudiendo el gestionado y el gestor exigir lo que les corresponde en virtud de la gestión de negocios. Ahora, cabe decir también que estas acciones tienen carácter liquidatorio de todos los negocios gestionados, que se consideran como unidad<sup>175</sup>, de forma que sea cual de las partes sea la que inicia el juicio, se hacen valer las obligaciones recíprocas y se pone término a toda la relación.<sup>176</sup>

Teniendo claras las dos modalidades en que la *actio negotiorum gestorum* puede ser utilizada, cabe analizar sus características.

Primero, esta acción de gestión de negocios, por nacer de un negocio, es perfectamente transmisible a los herederos del titular, ya sea a su favor como en su contra:

**D. 3.5.3.7:** Esta acción, como nace de un negocio, es transmisible a favor y en contra del heredero<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> D.3.5.18.4

<sup>175</sup> D.3.5.15

<sup>176</sup> Op. Cit. Pág 206.

<sup>177</sup> D. 3.5.3.7: "Haec autem actio cum ex negotio gesto oriatur, et heredi et in heredem competit".

En complemento de lo anterior, otros pasajes del Digesto entregan ideas que reafirman la transmisibilidad de esta acción, junto con reafirmar la idea de que los reembolsos que pueden corresponderle al gestor son solo por las gestiones útiles que haya realizado, pues la situación de los difuntos se trata como si fuera una gestión de negocios entre vivos:

**D. 3.5.11:** Se habrá de dar esta acción al sucesor de aquél, de quien eran los negocios, que falleció en poder de los enemigos (1) Pero si gestioné los negocios de un hijo de familia militar que murió dejando testamento, igualmente deberá darse esta acción. (2) Respecto de los bienes de los fallecidos ocurre como la gestión de negocios de los vivos, que es suficiente que se haya hecho una gestión útil, aunque no lo haya sido el resultado<sup>178</sup>.

Por último, cabe decir que la transmisibilidad de la acción de gestión de negocios afecta a ambas modalidades, directa y contraria:

**D. 3.5.19:** Si falleció en poder de los enemigos, las acciones directa y contraria de la gestión de negocios se dan en contra y en favor del sucesor<sup>179</sup>.

Otro punto interesante e interesante a analizar respecto de la acción de gestión de negocios es el relativo a la ratificación del gestionado. Podría afirmarse que la acción en cuestión se extingue si ha mediado la ratificación del gestionado. Sin embargo,

---

<sup>178</sup> D. 3.5.11: "Successori eius, cuius fuerunt negotia, qui apud hostes decessit, haec actio danda erit. (1) Sed si filii familias militis defuncti testamento facto gessi, similiter erit danda actio. (2) Sicut autem in negotiis vivorum gestis sufficit utiliter negotium gestum, ita et in bonis mortuorum, licet diversus exitus sit secutus".

<sup>179</sup> D. 3.5.19: "Sin autem apud hostes constitutus decessit, et successori et adversus successorem eius negotiorum gestorum directa et contraria competit".

analizando bien la situación planteada cabe concluir que algo así sería inaceptable. Esto porque no es posible que la acción de gestión de negocios permanezca pendiente a la espera de si el gestionado ratifica o no el negocio. Además, no es posible aceptar que dicha acción nazca y luego dependa en su existencia de la sola voluntad del gestionado en el sentido de que si no ratifica, la acción se extingue. Sería dejar al solo arbitrio del gestionado la posibilidad del gestor de recuperar el dinero empleado en el negocio y los intereses del dinero gastado.

Por lo anterior, entonces, se dice que la acción no se extingue aunque medie la ratificación del gestionado. Esto porque no podría el gestionado reprobar posteriormente algo que primeramente aprobó. Sin embargo, la razón de mayor peso va por el lado de que si se extinguiera la acción de gestión de negocios por la sola ratificación del gestionado, se presentarían una serie de problemas prácticos a la hora de hacer efectiva la responsabilidad que emana de la gestión de negocios. Al no haber ninguna acción, cabe preguntarse cómo podría el gestionado hacerse con lo obtenido en la administración del negocio en cuestión. O cómo podría reclamar el gestor los gastos por las gestiones útiles que, con justicia, se le adeuda. Ciertamente, sería imposible hacer efectiva la responsabilidad de ambas partes del negocio sin acción a su disposición. Por ello, entonces, aunque medie la ratificación del gestionado, la acción subsiste:

**D. 3.5.8:** Escribe Pomponio que si yo hubiese aprobado un negocio mal gestionado por ti, no me quedas obligado por la acción de gestión de negocios. Se ha de ver, pues, si la acción de gestión de negocios va a quedar pendiente de la duda de si yo ratifico, pues ¿cómo se extinguirá por la sola voluntad una vez que hubiese comenzado a existir? Pero opina que es verdad lo anteriormente dicho si no hubiera dolo por tu parte. Añade Escevola: es más, creo que, aunque yo apruebe la gestión, subsiste la acción de gestión de negocios, pero lo de que no me quedas obligado e dice, porque ni puedo reprobar lo que una vez aprobé, y del mismo modo que es necesario ratificar ante el juez una gestión útil, también es preciso que lo sea

todo lo que yo mismo ya había aprobado. Por lo demás, si la acción de gestión de negocios deja de existir al dar mi aprobación ¿qué se hará si él hubiera cobrado de mi deudor y yo lo hubiere aprobado? ¿De qué modo lo obtendría? ¿y si hubiese vendido? En fin, si él mismo gastó algo ¿cómo lo cobrará? Ciertamente no hay mandato, pero habrá, aún después de la ratificación, la acción de gestión de negocios<sup>180</sup>.

Por último, cabe decir respecto de la acción de gestión de negocios, que esta se le concede a quien tenga interés en pedir, exigir o recuperar algo con ella sin importar que parte sea en la relación. Además, hay una particularidad de índole procesal respecto de esta acción y es que da igual que se demande por la acción directa o la contraria pues en los juicios extraordinarios en los que no importa el tenor de la fórmula, esto es irrelevante y más aun cuando ambas acciones tienen el mismo objeto. Entonces, no interesa mayormente si se demanda o se es demandado por la acción en modalidad directa o contraria pues en los juicios de índole extraordinaria, esto poco importa pues no se observa el tenor de la fórmula. Además, ambas acciones persiguen el mismo objeto y tienen idéntico alcance. Esto dada la naturaleza liquidadora de la que se hacia alusión anteriormente, pues el ejercicio de la acción por una persona sirve para liquidar todas las obligaciones y poner término a la obligación. En estas circunstancias, entonces, poco importa quien demande y en qué modalidad: de todas maneras, la acción persigue el mismo objeto, con el mismo alcance y se liquidan todas las obligaciones que hayan nacido. La responsabilidad de ambas partes se hace efectiva bastando que cualquiera demande:

---

<sup>180</sup> D. 3.5.8: "Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. videndum ergo ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. scaevola: immo puto et si comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum: et quemadmodum quod utiliter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. ceterum si ubi probavi, non est negotiorum actio: quid fiet, si a debitore meo exegerit et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non est. erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio".



**D. 3.5.46:** Se da la acción de gestión de negocios a aquél a quien interesa pedir con esta acción. (1) No importa que uno demande o sea demandado por la acción directa o por la útil, porque en los juicios por vía extraordinaria, en los que no se observa el tenor de las fórmulas, es inútil esta sutileza, sobre todo cuando ambas acciones tienen el mismo alcance y producen mismo objeto<sup>181</sup>.

---

<sup>181</sup> D. 3.5.46: "Actio negotiorum gestorum illi datur, cuius interest hoc iudicio experiri. (1) Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec suptilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum".

CAPÍTULO IV: LA RESPONSABILIDAD EN  
EL CONTRATO DE MANDATO



# 1. INTRODUCCIÓN

*En el presente capítulo se busca establecer el ámbito de responsabilidad contractual en el mandato. Los hechos de los cuales deriva la responsabilidad para las partes contratantes, los efectos que produce y si éstos pueden llegar a alcanzar a terceros ajenos al contrato.*

De esta manera se tratara de comprobar que son hechos generadores de responsabilidad la culpa, el dolo, la mora, el caso fortuito, la fuerza mayor y la custodia en el mandato romano.

De esta manera se darán a conocer los diferentes elementos que conforman este contrato, realizando un análisis de cada uno de ellos; las obligaciones derivadas de este contrato que deben respetar las partes entre sí; y por ultimo su responsabilidad ante terceros ajenos al mandato.

## 2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL MANDATO

### 2.1. Definición y Elementos del Mandato.

Como es sabido los juristas clásicos no elaboraron conceptos de sus instituciones, pero se puede desprender uno, de los elementos que se establecen en las fuentes, por lo que, podemos definirlo como un contrato consensual, bilateral imperfecto, de buena fe, mediante el cual una persona denominado mandante,

encarga a otra denominado mandatario, la gestión de uno o mas negocios, quien la realiza en forma gratuita, que le interesa al mandante o a un tercero. Los elementos propios del mandato son por lo tanto: la consensualidad, la imperfecta bilateralidad, esta regido por el principio de la buena fe, el encargo hecho al mandatario (objeto), la gratuidad, el interés del mandante o un tercero.

### **2.1.1. Consensualidad.**

Siguiendo la clasificación Gayana<sup>182</sup> el mandato esta incluido dentro de los contratos consensuales junto con el arrendamiento, la compraventa y la sociedad. La característica más importante de estos contratos se encuentra en que el consentimiento se puede expresar sin formas determinadas, incluso sin palabras, por un gesto concluyente (que implica una declaración de voluntad)

La consensualidad de estos contratos permitía, que se determinara su contenido, que se considerara como tácitamente convenido todo aquello que constituye costumbre en cada contrato, que la obligación se pudiera extinguir mediante el mismo consentimiento y que se pudiera pactar bajo una condición o término resolutorio:

**D.2l.1.31.20:** Como es frecuente la estipulación del duplo, se estimó procedente que también pudiese demandarse por la acción de compra cuando el vendedor del esclavo, no garantiza el duplo, pues aquellas cosas que son de uso y costumbre deben estar comprendidas en las acciones de buena fe.<sup>183</sup>

---

<sup>182</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, Derecho Privado Romano, vol. II; 1º edición; 1996.

Gai.3,135. Las obligaciones nacen por consentimiento mutuo en materia de compraventa, de locación, de sociedad, de mandato.; D.17.1.1pr. La obligación de mandato se establece por el consentimiento de los contratantes (Obligatio mandati consensu contrahentium consistit)

<sup>183</sup> D.2l.1.31.20: Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.

Por otro lado, la validez del contrato dependerá de que el consentimiento haya sido manifestado sin vicios.

En el mandato como aparece en el Digesto, las partes pueden manifestar su consentimiento de cualquier manera como por ejemplo el mandante puede realizar el encargo por medio de una carta o un mensajero, y el mandatario podrá manifestar su consentimiento en forma expresa o tácita, será de esta última manera cuando realiza el encargo o inicia las gestiones necesarias para cumplirlo:

**D.17.1.1.1:** Por ello puede ser aceptado el mandato por mensajero o por carta.<sup>184</sup>

#### **2.1.2. Imperfecta Bilateralidad.**

Utilizando una terminología moderna el mandato es considerado como un contrato sinalagmático imperfecto, esto es, que en su nacimiento se crean obligaciones para una sola de las partes, pudiendo en lo sucesivo nacer obligaciones para la contraparte.

Es así como en principio solo nace la obligación para el mandatario de realizar el encargo, y podrá nacer obligaciones para el mandatario de restituir los gastos y perjuicios en que haya incurrido el mandatario en la ejecución del encargo.

#### **2.1.3. Buena Fe<sup>185</sup>:**

El mandato está incluido dentro de los contratos de buena fe, aunque generalmente estos contratos requieren de bilateralidad, entendida esta desde el punto de vista de las acciones, mas que de las obligaciones; como ya se dijo en el

---

<sup>184</sup> D.17.1.1.1: Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatam suscipi potest.

<sup>185</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, ob.cit.

contrato de mandato nacen inicialmente obligaciones para una sola de las partes, pudiendo en lo sucesivo la contraparte contraer obligaciones también.

Los contratos de buena fe son aquellos que llevan incluida en su fórmula la cláusula *ex bona fide*.

La función de esta cláusula es fijar un criterio abstracto con que regular el comportamiento de las partes, en orden a todo cuanto deben dar y hacer.

La función de esta cláusula, no sólo se manifiesta en relación con el deudor, el cual debe comportarse según las exigencias de la *bona fides*; también en relación con el juez, quien juzga el comportamiento del deudor de acuerdo a las mismas exigencias. De esta forma le está permitida una amplia discrecional y libertad de valoración y apreciación del comportamiento de las partes en todas las fases de la relación, de modo de juzgar si han hecho todo lo necesario para cumplir con sus obligaciones.

El contenido de la buena fe no está determinado, sin embargo la jurisprudencia fue tipificando aplicaciones concretas, sin perjuicio de que el juez pueda apreciar la causa en concreto. Entre las aplicaciones más importantes se encuentran:

- Si en la relación entre las partes existen obligaciones recíprocas, será contrario a la buena fe que una de las partes pretendiera el cobro íntegro de lo que le es debido sin estar dispuesta ella misma al pago íntegro de lo que debe: por lo tanto, se permite al juez realizar una compensación de deudas que conduce a la condena por la diferencia (*compensatio ex fide bona*)

- Las excepciones que puedan hacer valer las partes entre sí no requieren mención expresa en la fórmula.

**D.2.14.7.6:** Hasta tal punto se incluyen en los juicios de buena fe las excepciones propias del contrato pero hechas después, que consta que en la compra y demás juicios de buena fe se puede desistir de la compra en tanto el negocio no se ha cumplido.<sup>186</sup>

**D.18.5.3:** La compraventa así como se contrae por el consentimiento, también se disuelve por voluntad contraria antes de haberse cumplido.<sup>187</sup>

- Los pactos celebrados por las partes, conjuntamente con la conclusión del negocio básico (*pacta in continenti*), se incorporan a éste y son tenidos en cuenta por el juez, no solo como excepciones, sino para determinar el contenido concreto de las obligaciones. Los pactos celebrados con posterioridad a la conclusión del negocio (*pacta ex intervallo*), sólo son tenidos en cuenta en cuanto disminuyan o extingan las obligaciones, no en cuanto las aumenten.

**D.2.14.7.5:** Por lo demás, a veces forma parte de la acción misma, como en los juicios de buena fe, pues solemos decir que los pactos convenidos están incluidos en los juicios de buena fe.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> D.2.14.7.6: Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione.

<sup>187</sup> D.18.5.3: Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio.

<sup>188</sup> D.2.14.7.5: Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis.



**D.18.1.72 pr:** Los pactos convenidos posteriores al contrato que reducen algún aspecto de la compra se consideran inherentes al contrato; por el contrario, los que añaden algo, creemos que no son inherentes.<sup>189</sup>

- Se considera directamente contrario a la buena fe ( sin necesidad de excepción) todo comportamiento precontractual y contractual de las partes realizado con dolo o culpa.
- También es contraria a la buena fe la coacción que una de las partes haya ejercido en contra de la otra.
- El cumplimiento de la obligación demandada después de haber recaído la litis contestatio, la extingue.
- El juez no solo está autorizado para estimar la prestación incumplida de modo de condenar a pagar su valor objetivo, sino también para estimar los perjuicios directamente sobrevinientes al acreedor como consecuencia del incumplimiento doloso del deudor; aunque no hayan sido previstos por éste; y los perjuicios previsibles resultado del comportamiento culposo de la contraparte, aunque no sean directos. Es decir, comprende lo que hoy llamamos daño emergente y lucro cesante.
- También permite imponer el pago el pago de una indemnización de perjuicios causados al acreedor por la mora del deudor en cumplir sus obligaciones, que normalmente se expresa en intereses moratorios.

---

<sup>189</sup> D.18.1.72pr: Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse.

- La buena fe permite que se condene al deudor a indemnizar el valor de los frutos de la cosa debida, percibidos por el deudor desde su mora culposa.

### 3. EL ENCARGO REALIZADO AL MANDATARIO (OBJETO)

El objeto del mandato es el negocio encargado al mandatario, consistente el cualquier hecho sea jurídico o no, que puede ser un dar, hacer o no hacer; en todo caso el hecho encargado no puede ser ilícito o inmoral:

**D.17.1.6.3:** El mandato de cosa inmoral es nulo, y por ello no se puede demandar con esta acción.<sup>190</sup>

**D.17.1.22.6:** El que acepta el mandato de despojar un templo, herir o matar a una persona, nada puede conseguir por la acción de mandato por la inmoralidad del mismo.<sup>191</sup>

**D.17.1.12.11:** Si un joven licencioso te manda que salgas fiador de una meretriz, y tú hubieras aceptado tal mandato a sabiendas, no tendrás acción de mandato, porque es lo mismo que si hicieses un préstamo a uno que sabias que iba a perder el dinero. Pero si se hubiese atrevido a mandarte de

---

<sup>190</sup> D.17.1.6.3: Rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agetur.; Si adulescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum suscepis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit)

<sup>191</sup> D.17.1.22.6: Qui aedem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum mandatum suscipiat, nihil mandati iudicio consequi potest propter turpitudinem mandati.

modo directo que prestes una cantidad a una meretriz, no se obliga por mandato, como si se hubiese mandado en contra de la buena fe.<sup>192</sup>

El mandato puede contener la realización de un negocio determinado, o bien un conjunto de negocios o todos los negocios del mandante; en los mandatos generales para la realización de ciertos actos se requiere encargo específico de hacerlo, como por ejemplo enajenación de bienes, prenda; por el contrario en el mandato general va incluido el poder de pagar y de novar:

**D.3.3.63:** El procurador de todos los bienes, a quien se le encomendó el patrimonio para administrarlo, no puede enajenar muebles ni inmuebles ni esclavos sin especial mandato del titular, salvo si son frutos u otras cosas que pueden deteriorarse fácilmente.<sup>193</sup>

**D.13.7.11.7:** Si mi procurador o tutor hubiera pignorado una cosa, podrá demandar él con la acción pignoraticia; en el caso del procurador, siempre que se le hubiera mandado pignorar.<sup>194</sup>

**D.3.3.59:** También se entiende que se le manda que le pague a los acreedores.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> D.17.1.12.11: Si adulescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit.

<sup>193</sup> D.3.3.63: Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest, nisi fructus aut alias res, quae facile corrumpi possunt.

<sup>194</sup> D.13.7.11.7: Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pignoratitia poterit: quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuit ^ fuerit ^ pignori dare.

**D.3.3.58:** El procurador a quien se encomendó en general la libre administración de los bienes, puede reclamar, novar y permutar una cosa por otra.<sup>196</sup>

### 3.1. Gratuidad

Es un contrato gratuito, siendo este un elemento de la esencia, por lo tanto, nulo todo mandato que sea pagado. Esta característica se explica en el origen del mandato, cual es los buenos oficios de la amistad considerado incompatible con el salario. Lo que no obsta a las indemnizaciones que el mandatario puede exigir al mandante por los gastos en que haya incurrido en la realización del encargo:

**D.17.1.1.4:** El mandato es nulo, si no es gratuito, pues tiene su origen en los buenos oficios de la amistad, y esto es incompatible con el salario; así, si interviene una cantidad, el negocio se parece mas a un arrendamiento.<sup>197</sup>

Sin embargo si el mandante hace una prestación pecuniaria en favor del mandatario, a modo de agradecimiento por el encargo realizado, no se considera pago, y por lo tanto, no afecta la validez del mandato; este tipo de gratificación se denomina comúnmente *honorarium*:

**D.17.1.6 pr:** Si medió honorario a modo de remuneración, habrá acción de mandato.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> D.3.3.59: Sed et id quoque ei mandari videtur, ut solvat creditoribus.

<sup>196</sup> D.3.3.58: Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, novare, aliud pro alio permutare.

<sup>197</sup> D.17.1.1.4: Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

En la última etapa de la época clásica se admite la posibilidad de exigir *extra ordinem* (no mediante la *actio mandati*) un *honorarium*, por parte de quien al prestar un servicio, actuó al mismo tiempo como mandatario, como es el caso de los abogados:

**D.50.13.1:** El gobernador de provincia suele juzgar sobre salarios pero tan sólo de los que se deben a los preceptores de estudios liberales. Entendemos por estudios liberales los que los griegos llaman *eleuthera* <o libres>, que abarcan los retóricos, los gramáticos y los de agrimensura.<sup>199</sup>

### **3.2. Interés del mandante o un tercero**

En el mandato es también esencial que el encargo que debe realizar el mandatario sea al menos en interés parcial del mandante o de un tercero, la gestión que sólo interesa al mandatario constituye un mero consejo que a nada obliga.

A este respecto Gayo examina las diferentes posibilidades que puede ofrecer el encargo:

**D.17.1.2:** Se contrae mandato entre nosotros, tanto si te mando solamente por mi utilidad, como solamente por utilidad ajena, o mía y ajena a la vez, o bien mía y tuya y ajena; pero si te mando solamente por utilidad tuya, el mandato es superfluo y, por tanto, no nace de el ninguna obligación. (1) El mandato se realiza únicamente por mi utilidad si te mando, por ejemplo, que gestiones mis negocios, o que me compres un fundo, o que salgas fiador por mi. (2) Solamente por utilidad ajena, por ejemplo, si te mando que gestiones

---

<sup>198</sup> D.17.1.6 pr: Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.

<sup>199</sup> D.50.13.1: Praeses provinciae de mercedibus ius dicere solet, sed praeceptoribus tantum studiorum liberalium, liberalia autem studia accipimus, quae graeci eleuveria appellant: rhetores continebuntur, grammatici, geometrae.

los negocios de Ticio, o le compres un fundo, o que salgas fiador por él. (3) Por utilidad mía y ajena, por ejemplo, si te mando que gestiones negocios míos y de Ticio, o que me compres un fundo a mi y a Ticio, o que salgas fiador mío y de Ticio. (4) Por tu utilidad y la mía, por ejemplo, si te mando que des un crédito con intereses a aquel que toma en préstamo para un asunto mío. (5) Por utilidad tuya y ajena, por ejemplo, si te mando que des en préstamo a Ticio con intereses. (6) Por tu utilidad interviene el mandato, por ejemplo, si te mando que coloques tu dinero en compras de fincas más que en prestamos a interés, o bien, por el contrario, que lo inviertas a interés mejor que en la compra de predios. Este género de mandato es mas bien un consejo y, por lo tanto, no es obligatorio, porque nadie se obliga mediante un consejo, aunque no resulte conveniente para aquel a quien haya sido dado, porque cada uno es libre para saber si el consejo le conviene o no.<sup>200</sup>

- a) En el sólo interés del mandante (*mea tantum gratia*);
- b) En el sólo interés de un tercero ajeno (*aliena tantum gratia*);
- c) En interés del mandante y un tercero (*mea et aliena gratia*);

---

<sup>200</sup> D.17.1.2: Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena. quod si tua tantum gratia tibi mandem. supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.(1)Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras vel ut fundum mihi emeris vel ut pro me fideiubeas.(2)Aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut titii negotia gereres vel ut fundum ei emeris vel ut pro eo fideiubeas.(3)Mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et titii negotia gereres vel ut mihi et titio fundum emeris vel ut pro me et titio fideiubeas.(4)Tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur.(5)Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut titio sub usuris crederes: quod si, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum.(ó)Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam faeneres, vel ex diverso ut taeneres potius quam in emptiones praediorum colloques: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium.

- d) En interés del mandante y del mandatario (*mea et tua gratia*);
- e) En interés del mandatario y de un y tercero ajeno (*tua et aliena gratia*);
- f) En el sólo interés del mandatario (*tua tantum gratia*)

Gayo concluye que todas las posibilidades darían origen a un mandato válido, salvo la última.

El mandato es también un contrato *in tuito personae* (en consideración a la persona), aunque el mandatario no obstante puede delegar en un tercero la realización de la gestión encargada, naciendo entre este último y el mandatario original un nuevo mandato independiente de la relación anterior:

**D.17.1.8.3:** Si alguno hubiera mandado a otro a gestionar los negocios de otra persona que, a su vez, se lo había encomendado a él, tiene la acción de mandato, porque también él mismo responde (responde porque puede demandar) Aunque vulgarmente se diga que el procurador antes de la litiscontestación no puede nombrar otro procurador, no obstante se da la acción de mandato: únicamente no puede hacer esto a efectos de demandar.<sup>201</sup>

Por último el mandato puede contraerse bajo condición o plazo:

**D.17.1.1.3:** Igualmente el mandato puede diferirse a un término o convenirse bajo condición.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> D.17.1.8.3: Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverit, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur <tenetur autem, quia agüere potest>: quamquam enim volgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest.

<sup>202</sup> D.17.1.1.3: Item mandatum et in diem differri et sub condicione contrahi potest.

#### 4. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

##### 4.1. Obligaciones del Mandatario

a) La primera obligación que tiene el mandatario es realizar y terminar la gestión según la buena fe, respondiendo por ello del dolo y la culpa:

**D.17.1.22.11:** Del mismo que es libre el no ser mandatario, así también, una vez aceptado el mandato, debe ser cumplido, salvo que se renuncie ( pero únicamente puede renunciarse de modo que se preserve íntegramente el derecho del mandante a llevar a cabo convenientemente esa gestión por si o por medio de otro), o que redunde en perjuicio del mandatario. Ciertamente, si el mandatario encargado de comprar algo no lo ha comprado, y esto por culpa suya y no de otro, conviene que pueda ser demandado por la acción de mandato: tanto mas, como también escribió Mela, si hubiese renunciado con fraude, cuando ya no podía comprar debidamente.<sup>203</sup>

**D.17.1.27.2:** El mandatario, si puede cumplir el mandato, no debe abandonar el servicio prometido; si no, será condenado en la medida del interés del mandante; pero si comprende que el no puede cumplir ese servicio, debe notificarlo al mandante cuanto antes, para que utilice este, si quiere, el servicio de otro; y si, pudiendo notificarlo, hubiese dejado de hacerlo,

---

<sup>203</sup> D.17.1.22.11: Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet, nisi renuntiatum sit (renuntiari autem ita potest, ut integrum ius mandatori reservetur vel per se vel per alium eandem rem commode explicandi) aut si redundet in eum captio qui suscepit mandatum. et quidem si is cui mandatum est ut aliquid mercaretur mercatus non sit neque renuntiaverit se non empturum idque sua, non alterius culpa fecerit, mandati actione teneri eum convenit: nee amplius tenebitur, sicuti mela quoque scripsit, si eo tempore per fraudem renuntiaverit, cum iam recte emere non posset.



responderá por el interés del mandante; si no hubiera podido notificarlo por alguna otra causa, quedara libre de responsabilidad.<sup>204</sup>

**b)** También esta obligado, si la gestión produjo efectos jurídicos, a traspasar dichos efectos al mandante mediante los actos apropiados para este fin. La no restitución de aquello que el mandatario está en condiciones de restituir se considera dolo:

**D.17.1.8.9:** Se considera que obra con dolo el que no restituye lo que puede restituir.<sup>205</sup>

**c)** Asimismo se obliga a dar cuentas de lo obrado en cumplimiento del encargo y a restituirle el dinero y las cosas sobrantes o gestionadas que de él hubiera recibido.

El *periculum* de las cosas no fungibles entregadas al mandatario esta a cargo del mandante, a menos que se hubiera convenido estar a cargo de aquél:

**D.17.1.26.6:** No todo aquello que no iba a gastar el mandante se <le> imputará; por ejemplo, si el mandatario ha sido despojado por atracadores, o ha perdido cosas en un naufragio, o por enfermedad propia o de los suyos ha gastado algo; pues estas cosas más bien deben imputarse al azar del mandato.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> D.17.1.27.2: Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet, alioquin quanti mandatoris intersit damnabitur: si vero intellegit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare, ut is si velit alterius opera utatur: quod si, cum possit nuntiare, cessaverit, quanti mandatoris intersit tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nuntiare, securus erit.

<sup>205</sup> D.17.1.8.9: Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere non restituit.

<sup>206</sup> D.17.1.26.6: Non omnia, quae impensus non fuit mandator imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adpraehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet.

**D.17.1.39:** También Aristón y Celso padre admiten que puede hacerse un depósito o aceptarse un mandato bajo la condición de que la cosa este a riesgo del depositario o del mandatario; lo que también a mi me parece cierto.<sup>207</sup>

El cumplimiento del mandato se rige por dos principios combinables<sup>208</sup>:

- (i) El mandatario debe actuar dentro de los límites del mandato (*finis mandati*):

**D.17.1.5pr:** Han de ser, observados pues, los límites del mandato.<sup>209</sup>

- (ii) El mandatario puede hacer mejor la condición del mandante, pero nunca peor, en relación con las instrucciones recibidas:

**D.17.1.3pr:** Además, entra en la razón del mandato el hecho que durante el mismo puede mejorarse <a veces> la causa del mandante, pero nunca empeorarse.<sup>210</sup>

**D.17.1.5.5:** Puede mejorarse la causa del mandante, por ejemplo, si te hubiese mandado que comprases a Estico en diez mil y tu lo hubieras comprado en menos o en lo mismo, pero de modo que se agregase al

---

<sup>207</sup> D.17.1.39: Et aristonis et celso patri placuit posse rem hac condicione deponi mandatum que suscipi, ut res periculo eius sit qui depositum vel mandatum suscepit: quod et mihi verum esse videtur.

<sup>208</sup> GUZMAN BRITO, Alejandro, ob.cit.

<sup>209</sup> D.17.1.5pr: Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt.

<sup>210</sup> D.17.1.3pr: Praeterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim nee melior causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero numquam. (Melior autem causa mandantis fieri potest, si, cum tibi mandassem, ut stichum decem emeris, tu eum minoris emeris vel tantidem, ut aliud quicquam servo accederet: utroque enim casu aut non ultra pretium aut intra pretium fecisti)

esclavo alguna otra cosa; en uno y otro caso lo hiciste no mas allá del precio o dentro del mismo.<sup>211</sup>

- a) Cuando se aparta totalmente de ellas, se considera que hace algo distinto que no empece al mandante, de modo que lo actuado queda activa y pasivamente para el mandatario; sin perjuicio de lo cual queda como incumplido el mandato y el mandatario debe responder por ello:

**D.17.1.5.2:** Así, pues, si te hubiese mandado que comprases la casa Seyana en cien mil sestercios y tú hubieras comprado la Ticiania de mayor precio (aunque sea en cien mil o menos), no parece que has cumplido el mandato.<sup>212</sup>

- b) Cuando, sin apartarse de las instrucciones en su gestión el mandatario, excede los límites del mandato en perjuicio del mandante, al respecto los Sabinianos consideraban incumplido el contrato, y dándole al mandante la acción por cuanto le había interesado su cumplimiento y negándosele al mandatario; en cambio los Proculianos lo consideraban cumplido en la parte en que la gestión realizada quedó comprendida en el mandato, dando acciones a ambos, pero la mandatario sólo hasta el límite fijado, de modo de tener que soportar el exceso.

La opinión de lo Proculianos fue mayoritaria y Juliano terminó por sancionarla.

- c) Si el exceso es en beneficio del mandante, lo obrado por su mandatario le empece y lo obliga, porque su condición se ha hecho mejor.

---

<sup>211</sup> D.17.1.5.5: Melior autem causa mandantis fieri potest, si, cum tibi mandassem, ut stichum decem emeris, tu eum minoris emeris vel tantidem, ut aliud quicquam servo accederet: utroque enim casu aut non ultra pretium aut intra pretium fecisti.

<sup>212</sup> D.17.1.5.2: Itaque si mandavero tibi, ut domum seianam centum emeris tuque titianam emeris longe maioris pretii, centum tamen aut etiam minoris, non videris implisse mandatum.

- d) Cuando el mandatario actúa por defecto en perjuicio del mandante, como su condición se hace peor, se considera incumplido el mandato. Si no hubo perjuicio, el mandato está cumplido.
  
- e) En caso de actuar el mandatario por defecto en beneficio del mandante, como su condición se ha hecho mejor, se entiende que cumple el mandato.

#### **4.2. Obligaciones del Mandante.**

El mandante esta obligado a proporcionar al mandatario todos los medios y recursos necesarios para el cumplimiento del encargo o a reembolsarle las expensas y los gastos asumidos por él con dicho objetivo, también los perjuicios que personalmente hubiera sufrido en el cumplimiento del mandato:

**D.17.1.10.9:** El mismo Labeón dice, y es cierto, que esta acción incluye la rendición de cuentas, y así como el procurado se obliga a restituir los frutos, así debe deducir los gastos que hizo al percibir los frutos. Así también, si hizo gastos de transporte al recorrer los predios, creo que debe ponerlos también en cuenta, salvo que fuese asalariado y se conviniese que hiciera a su coste estos gastos de viaje, es decir, a costa del salario.<sup>213</sup>

**D.17.1.12.9:** Si me hubieras mandado que te comprase una cosa y yo la hubiese comprado con mi dinero, tendré la acción contraria de mandato; y

---

<sup>213</sup> D.17.1.10.9: Idem labeo ait et verum est reputationes quoque hoc iudicium admittere et. sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet: sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in praedia, sumptum fecit, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere, nisi si salariarius fuit et hoc convenit, ut sumptus de suo faceret ad haec itinera, hoc est de salario.

también si no quisieras recibir la cosa comprada. Igualmente si hubieses mandado alguna otra cosa e hiciese algún gasto en ello. No solamente deberé conseguir lo que he gastado, sino también los intereses. Los intereses han de ser abonados, no solo desde la mora, sino que el juez debe tener en cuenta si el mandatario, para pagar cobro de un deudor suyo, del que hubiera podido conseguir intereses elevados, pues será muy justo tener en cuenta estas cosas; también si el mismo, para pagar, tomó en préstamo con gravosos intereses. Pero también si no libero al deudor del pago de intereses, pero el mismo dejó de percibirlos o bien si le liberó de intereses menores, pero el mismo tomo en préstamo con intereses superiores, para liberarse de su fianza, no dudo que deberá conseguir con la acción de mandato también esos intereses < que el dejó de cobrar o la diferencia de los que pagó>. Como esta establecido, todo esto lo determinara el juez según la equidad.<sup>214</sup>

**D.17.1.27.4:** Los gastos realizados con ocasión del mandato, si han sido hechos de buena fe, deben ser abonados en todo caso, y no importa que el mandante, gestionando el mismo el negocio, hubiese podido gastar menos.<sup>215</sup>

---

<sup>214</sup> D.17.1.10.9: Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebō mandati actionem de pretio recipiendo: sed et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio: aut si rem emptam nolis recipere: simili modo et si quid aliud mandaveris et in id sumptum fecero. nee tantum id quod impendi, verum usuras quoque consequar. usuras autem non tantum ex mora esse admittendas, verum iudicem aestimare debere, si exegit a debitore suo quis et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur, aequissimum enim erit rationem eius rei haberi: aut si ipse mutuatus gravibus usuris solvit. sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absoot, vel si minoribus relevavit, ipse autem maioribus faenus accepit, ut fidem suam liberaret. non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi. et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur.

<sup>215</sup> D.17.1.27.4: Impendia mandati exsequendi gratia facta si bona fide facta soot, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet. quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret. minus impendere.

**D.17.1.56.4:** Necesariamente han de ser restituidos por la acción de mandato los gastos necesarios hechos de buena fe, aunque el procurador no haya podido llevar a término el negocio.<sup>216</sup>

## 5. EFFECTOS DEL MANDATO FRENTE A TERCEROS.

El mandato por sí sólo, no afecta a terceros. Cuando el mandatario realiza su gestión frente a terceros, esta le afecta pasiva y activamente a él y no al mandante, en consecuencia es él quien adquiere el dominio de las cosas o la titularidad de los derechos reales de que se trate, es él quien contrae o adquiere las pertinentes obligaciones; ni el mandante contra terceros ni estos contra él tienen acción alguna.

En el mandato, por o tanto, no opera el efecto de la "representación directa", es decir, lo actuado por el mandatario y sus consecuencias jurídicas se radican *ipso iure* en el mandante, como si hubiera sido éste el que hubiere actuado. Opera en cambio el efecto de la "representación indirecta", que como ya se dijo, los actos y consecuencias jurídicas del mandato se radican en la persona del mandatario, siendo necesario el traslado de estas consecuencias y actos al mandante, mediante actos posteriores idóneos para tal efecto.

Sin embargo, puede ocurrir, que el interesado junto con celebrar un mandato, pronuncie una "*autorización*"(*iussum*)

El *iussum* consiste en declarar el *iubens* que asumirá para sí las consecuencias activas y pasivas del acto de la persona autorizada.

La autorización tiene como destinatarios tanto aquel a quien le es conferida,

---

<sup>216</sup> D.17.1.56.4: *Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, iudicio mandati restitui necesse est.*

en este caso el mandatario, como al tercero ante el cual actuará. Pero el tercero y el mandatario no son parte del *iussum*, sino receptores de él, por que la autorización es un acto unilateral del *iubens*, que no requiere de contraparte que consienta, sino sólo de personas que tomen conocimiento de haber sido conferido.

El *iussum* no exige formas para ser conferido, pero es necesario que sea puesto en conocimiento, también de cualquier manera a sus destinatarios o receptores:

**D.15.4.1.1:** Se ha de entender que hay autorización, cuando especialmente para un contrato o en términos generales, se hubiera autorizado ante testigos, o por carta, o de palabra, o por nuncio. Por lo tanto, también si lo hubiera hecho constar diciendo « el negocio que a mi riesgo quieras hacer con mi esclavo Estico», se entiende dada la autorización para todo, a no ser que una determinada cláusula prohíba algo.<sup>217</sup>

Aunque pueda haber mandato sin *iussum*, no puede conferirse este sin otorgarse al mismo tiempo o después un mandato sustentador.

---

<sup>217</sup> D.17.1.56.4: *iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: " quod voles cum sticho servo meo negotium gere periculo meo", videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.*

**CAPÍTULO V: LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATO DE FIDUCIA,  
DEPÓSITO Y COMODATO.**

**I. LA FIDUCIA.**

**1. ORIGEN.**

La Fiducia, más que un contrato fue un procedimiento para crear relaciones obligatorias y que, por su amplio carácter, admitía aplicación tanto en el derecho patrimonial como en el derecho de familia.

En principio la Fiducia presenta gran analogía con una datio de las que dan lugar a una conditio recuperatoria (datio ob rem) y puede ser que se hubiera dado la legis actio per conditionem con ese fin.

Gayo no menciona esta figura entre los contratos reales, aunque da muestra de conocerla, pues usa la expresión Fiducia contrahere y recuerda entre los iudicia bonae fidei el de la Fiduciae.

Se trata de un contrato cuya historia y evolución es difícil de describir porque los textos clásicos contenidos en el Digesto, y que lo mencionaban, han sido



sistemáticamente interpolados por los compiladores, sustituyendo la palabra Fiducia por pignus.

Se ha sugerido la hipótesis de que ya en la época del antiguo procedimiento romano el propietario anterior podía actuar con la legis actio per iudicis arbitrive postulationem para hacer que le fuera transferida la propiedad de la cosa que había dado (esta acción parece haber sido la matriz de las acciones formularias de buena fe) En la época del procedimiento formulario, una actio fiduciae daba lugar a un juicio de buena fe, demandado que había sido condenado incurría en infamia, era una acción directa, infamante con su contraria (Ley Julius municipalis) Sin embargo, la presencia de la usureceptio fiduciae que permite sin ceremonia, por la mera posesión, el retorno de la cosa a su condición jurídica primitiva, hacía innecesaria la acción Fiduciae.

La Fiducia aparece muy usada en la época republicana, principales aplicaciones eran:

- a)** Garantía de una obligación preexistente, deudor transfería la propiedad de una cosa al acreedor y éste se comprometía a volver a transferir la propiedad de la cosa al deudor, en cuanto éste hubiese satisfecho su deuda (Fiducia cum creditore)
  
- b)** Con fin de depósito o comodato, una persona transfería a otra la propiedad de una cosa para que la usara de un modo convenido, o para que la custodiara, y el que la recibía se comprometía a transferirla de nuevo en propiedad a quien la había dado, transcurrido un determinado plazo, o a solicitud del antiguo propietario (Fiducia cum amico)

- c) Como emancipación de un *filiusfamilias* o de una *coemptio* de una mujer, aquel a quien se hacía la *mancipatio* de la persona *alieni iuris* se comprometía con la *Fiducia* a manumitirla.
  
- d) Para asegurar una manumisión, el *dominus* de un esclavo transfería a éste en propiedad a una persona de su confianza que se comprometía a manumitir al *servus* después de un cierto tiempo, o si se cumplían ciertas circunstancias.
  
- e) Como donación, por acto entre vivos o *mortis causa*, se transmitía la propiedad de una cosa a otro, el que se comprometía con la *Fiducia* a darla a un tercero. Se realizaba una *donatio mortis causa*, con la obligación de restitución, cuando donatario moría antes que el donante.
  
- f) Es posible que la *Fiducia* haya sido la base de la *mancipatio familiae*.

La ubicación de la *Fiducia* dentro de los contratos reales se explica porque en ella se hace necesaria la transferencia de la propiedad, pero la característica propia del contrato es que el adquirente se obliga a obrar de buena fe y sin dolo. La *Fiducia* es un contrato formal y real al mismo tiempo, el carácter formal del negocio deriva de operar por medio de *mancipatio* o *in iure cessio*, y su naturaleza real, de estribar en una transferencia es decir en una *datio*.

En el derecho clásico romano se conocieron dos tipos de derechos de prenda: la enajenación aseguratoria o *fiducia cum creditore contracta* del derecho civil y la prenda en sentido propio, con sus dos formas: prenda e hipoteca.

*Fiducia, pignus e hypotheca* son tres modalidades de garantías reales, pero solo las dos últimas se configuraron como tipos particulares de derechos reales, pues la Fiducia permaneció en el ámbito de los derechos de obligaciones. En el derecho Justiniano solo se conoció la prenda en sentido propio, la Fiducia cayó en desuso en el curso de los siglos cuarto y quinto junto con la *mancipatio* y la *in iure cessio* que eran su base.

El término Fiducia subsiste en época post-clásica para designar una modalidad de enajenación temporal o para designar la hipoteca, al desaparecer los modos abstractos de enajenación de la propiedad, la Fiducia pierde razón de ser, y el negocio Fiduciario debe tipificarse por la causa concreta que lo determina.

## **2. CONCEPTO.**

Podemos definir la Fiducia como:

- a) El negocio jurídico cuyo cumplimiento queda basado en la buena fe o lealtad de una de las partes, la cual, generalmente, se compromete a realizar cerca de una tercera persona la entrega de una cosa o la ejecución de una obligación. En el Derecho de finales de la República y del Principado constituye un contrato real de buena fe y sinalagmático imperfecto, creador de un derecho real de garantía realizado por medio de una *mancipatio* o *in iure cessio* de la cosa dada en garantía por el deudor, con la obligación por parte del adquirente de volver a transferir la propiedad de la cosa al enajenante cuando la deuda sea satisfecha o determinadas circunstancias

sean dadas, obligación que se contrae en virtud de una estipulación; contrato que desaparece en el derecho Justiniano<sup>218</sup>.

- b) Es el procedimiento por el cual una persona (tradens) transmite a otra (accipiens) una cosa determinada, obligándose ésta por un pacto de Fiducia a transmitirle nuevamente la propiedad, cuando lo solicite, o al ser saldada la deuda, en caso de haberse constituido como garantía de una obligación.<sup>219</sup>
- c) Es un contrato por el cual una persona (fiduciante) transmite a otra (fiduciario) la propiedad de una cosa, mediante mancipatio o in iure cessio, con el objeto de garantizar un crédito (fiducia cum creditore) o con miras a fines de varia índole (fiducia cum amico) Al acto formal de transmisión se agrega un pactum fiduciae, que patentiza la finalidad perseguida con el mismo. Tal pacto se halla sancionado por una acción pretoria, cual es la actio fiduciae.<sup>220</sup>

A través de la Fiducia el Fiduciario adquiere el dominio civil del bien y, por lo tanto, puede reivindicarla y si la cosa le es hurtada dispone de la actio furti y de la condictio furtiva:

**D.13.7.22 pr:** Si a consecuencia del hurto de la prenda hubiera demandado el acreedor con la acción de hurto, reconoce Papiniano que debe compensar con la deuda todo lo que hubiera conseguido por ello, y es verdad, aun cuando el hurto se ha cometido por culpa del acreedor. Con más razón habrá que decir esto mismo en relación con lo que el acreedor cobra mediante la condición. En cambio, lo que el mismo deudor (que sustrajo la prenda) pagó al acreedor mediante la acción de hurto y la condición, veamos si debe

---

<sup>218</sup> GUTIERREZ ALVIZ, Faustino. Diccionario de Derecho Romano, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1948.

<sup>219</sup> ODERIGO, MARIO. Sinopsis de Derecho Romano, Buenos Aires: Depalma, 1967.

<sup>220</sup> IGLESIAS, JUAN. Instituciones de Derecho Privado, Barcelona: Ariel, 1958.

compensarse con la deuda: ciertamente, no se le debe devolver lo que pagó en la acción de hurto, según opinión general ya establecida, que es también la de Papiniano.<sup>221</sup>

La *mancipatio* o *in iure cessio* operan la transferencia del dominio, pero de la posesión. En algunos casos, como en la fiducia cum creditore, la cosa suele quedar en manos del fiduciante como precarista o arrendatario:

**D.13.7.22.3:** Si el acreedor vendió la prenda que el deudor retenía en precario o en arriendo, y el deudor no restituye la posesión, queda obligado por la acción contraria.<sup>222</sup>

**D.13.7.37:** Si yo arrendé al deudor propietario de la prenda entregada, retengo la posesión por el arriendo, porque antes de que el deudor la tomara, en arriendo, no tenía la posesión de la misma, ya que tenía yo el ánimo de retener la posesión y el arrendatario no lo tiene de adquirirla.<sup>223</sup>

La reciprocidad del negocio Fiduciario se aprecia en la incorporación de la cláusula “fidei Fiduciae causa”, en las respectivas fórmulas que el adquirente debía

---

<sup>221</sup> D 13.7.22 pr: Ulpianus 30 ad ed. Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare papinianus confitetur, et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex conditione consecutus est. sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel conditione, an debito sit imputandum videamus: et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum, et ita papinianus libro nono quaestionum ait)

<sup>222</sup> D 13.7.22.3: Ulpianus 30 ad ed. Si post distractum pignus debitor, qui precario rogavit vel conduxit pignus, possessionem non restituat, contrario iudicio tenetur.

<sup>223</sup> D 13.7.37: Paulus 5 ad plaut. Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conducirer debitor, non fuerit eius possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.

recitar para cumplirlos. En esta cláusula se relacionan la confianza (Fiducia) del mancipiante con la credibilidad (fides) del accipiente.

En virtud de dicha cláusula, la adquisición del dominio producida por el acto es funcional: el Fiduciario contrae la obligación de cumplir algo con la cosa, en la mayoría de los casos ello envuelve su restitución al fiduciante (eventualmente a un tercero) La época de esta restitución y la finalidad a que el fiduciante debe destinar la cosa están determinadas por un pacto separado que acuerdan las partes en el momento de la celebración del negocio, que llamamos "pacto de Fiducia" ("*pactum fiduciae.*"), por lo tanto, a pesar que en el formulario de la mancipatio o de la in iure cessio figurase la mención de la fiducia como causa del acto, esta mención no era suficiente para tipificar el acto, ya que la causa sólo sirve para determinar la obligación de restituir pero no señala cómo ni en qué momento. Para solucionar esto, se debía convenir este pacto especial con el cual podremos determinar los derechos y obligaciones del adquirente y si estamos frente a una fiducia con fin de garantía (cum creditore) o con fin de depósito, comodato o mandato (cum amico) Los juristas separaron este pacto del acto de transmisión del dominio con el cual estaba vinculado y en época anterior a Cicerón, le dieron una protección judicial, naciendo así la actio fiduciae. Sin embargo, la acción de la fiducia no nace de este pacto sino de la enajenación fiduciae causa, el pacto servía para limitar el ejercicio de esta acción.

### **3. TIPOS DE FIDUCIA.**

#### **3.1. Fiducia Cum Amico Contracta.**

Contrato de fiducia celebrado con un amigo o persona en quien se deposita plena confianza a fin de que la propiedad de una cosa que se le transfiere sea transferida en su día al transmitiente al primer requerimiento o al llegar un día determinado.

### **3.2. Fiducia Cum Creditore Contracta.**

Contrato de fiducia concluído por el deudor con su acreedor, en cuya virtud le transfiere la propiedad de la cosa dada en garantía del cumplimiento de la obligación contraída. A este contrato se unía una estipulación por parte del acreedor que se compromete a retransmitir la propiedad de la cosa que recibe cuando la deuda que garantiza le haya sido satisfecha.

### **3.3. Fiducia Manumissionis Causa:**

Negocio jurídico en cuya virtud el paterfamilias transfería a una persona de su confianza la propiedad de un esclavo, obligándose quien lo recibía a manumitirlo dentro de un cierto plazo o inmediatamente.

### **3.4. Fiducia Remancipationis Causa.**

Negocio jurídico por virtud del cual el paterfamilias mancipaba un alieni iuris a una persona de su confianza, la cual se obligaba a remanciparla inmediatamente a fin de que la persona libre cayese bajo el mancipium de su antiguo paterfamilias, conforme a las reglas que regían la emancipación y la adopción.

### **3.5. Fiducia Cum Creditore.**

La enajenación aseguratoria o fiducia cum creditore es una institución de la época republicana, pero aún en la clásica se hallaba muy extendida su aplicación como medio de dar en garantía de créditos cosas mancipi. La enajenación fiduciaria se realizaba por mancipatio o in iure cessio. La cosa era entregada por alguno de estos medios al acreedor pero con el pacto de devolución al deudor tan pronto la deuda fuera cancelada, y por el mismo procedimiento.

La enajenación cum fiducia constituyó una eficaz garantía para el acreedor, ya que tenía la titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa y, por tanto, el ejercicio de la reivindicatio. Para el deudor presentaba desventajas, porque por ejemplo, si el acreedor enajena la cosa y luego el deudor satisfacía la deuda, no estaba seguro de recuperar la cosa, pues carecía de una acción in rem para perseguirla contra terceros adquirentes, ya que solo tenía una acción personal, la actio fiduciae contra el acreedor. Además, el deudor estaba privado de la propiedad del bien y de obtener sus frutos, salvo que el acreedor accediera a dejársela en su poder como precarista o arrendatario. Como consecuencia de lo anterior, al perder la propiedad de la cosa, no podía servirse de ella para asegurar otras obligaciones.

## II. EL DEPÓSITO.

### 1. ORIGEN DEL DEPÓSITO.

Este contrato consistía en la entrega de una cosa mueble o inmueble confiando su custodia a la persona que la recibía. El depositario no adquiere ni la propiedad ni la posesión, era un mero tenedor y depositante continuaba siendo posesor de la cosa depositada. Es un contrato sinalagmático imperfecto, gratuito y de buena fe:



**D.16.3.1 pr:** Depósito es lo que se dio a alguien para guardar; se llama así porque se “pone”, ya que la preposición “de” intensifica lo “puesto” para mostrar que está encomendado a su lealtad todo lo que se refiere a la custodia de la cosa.<sup>224</sup>

El depósito es un antiquísimo contrato que encontramos reconocido como institución en los más viejos sistemas jurídicos. En tiempos primitivos, las gentes sentían necesidad de confiar la custodia de objetos valiosos a personas de cuya lealtad estuviesen seguros. Por esto, las Doce Tablas protegen al depositante concediéndole acción por el doble de la cosa depositada. Era esta una acción penal especial por quebrantamiento de la lealtad y no una *actio furti nec mancipati*, pues en la época de las Doce Tablas, *furtum* significaba solamente “llevarse la cosa”. Los detalles de esta acción prácticamente desaparecieron en la época republicana.

El depósito es un servicio entre amigos y Gayo observa que podía realizarse, igual que el comodato, mediante la *Fiducia cum amico*. En la época clásica, se conservan estos caracteres: contrato gratuito, faltas del depositario son sancionadas con acción infamante, si se utiliza la cosa depositada se comete “robo de uso” (*furtum usus*) Las necesidades de la práctica y las exigencias del crédito obligaron a los juristas a reconocer cierto número de operaciones muy semejantes al contrato de depósito. Estos actos en razón de la finalidad perseguida o de las condiciones particulares de su formación, presentan diferencias con el contrato típico, así se distingue: Contrato tipo, depósito necesario, depósito-secuestro y depósito irregular.

Según la concepción clásica, el depósito es esencialmente gratuito. Si media cualquier compensación suege la figura del arrendamiento. Sin embargo, el Derecho

---

<sup>224</sup> D 16.3.1 pr: Ulpianus 30 ad ed. *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet.*

Justiniano no considera opuesto a la naturaleza del depósito el pago de una pequeña merced.

En algún momento el pretor introdujo una *actio depositi in factum* para reprimir el *dolus* de aquel que recibió en custodia gratuita una cosa mueble de otro. Aunque esta acción ofrece algunos rasgos de las delictuales, no es tal, porque la condena no es a una pena sino al *quanti ea res erit*. A partir de entonces ya puede considerarse al depósito como un negocio pretorio que engendra una obligación de ese género (*actio teneri*), muy similar al comodato y a la prenda. Hacia fines de la época republicana apareció una *actio in ius y ex bonafide*, que, como puede ser entablada tanto por el depositante (*actio directa*) como por el depositario (*actio contraria*), determinó que el negocio civil del depósito quedara contractualizado.

Es un contrato de buena fe, por el que las partes contratantes quedan obligadas a todo lo que sea consecuencia o exigible de acuerdo a los dictados de la *bona fides*.

En cuanto al depósito irregular, éste está más cercano al mutuo que al depósito, pues mientras el depósito se perfecciona transmitiendo la simple tenencia de la cosa, en el depósito irregular, al igual que en el contrato de mutuo, se transmite al depositario la propiedad de la cosa. Por esta razón, el depósito irregular no fue admitido como tal en el derecho clásico.

Sin duda, este depósito irregular es mucho más beneficioso para el acreedor que el mutuo, porque como el depósito es un contrato de buena fe, era posible exigir intereses establecidos por un simple pacto, o a través de la *actio depositi directa* cuando el deudor hubiere incurrido en mora, mientras que en el mutuo esto no es posible.

En opinión de Shulz, el depósito irregular es una figura híbrida e innecesaria, que sólo crea dificultades, no hay razón para justificar la admisión por los clásicos del depósito irregular.

Por tanto, todos los textos clásicos que aparecen tratando este depósito irregular, han sido interpolados por los compiladores bizantinos.

Arangio-Ruiz coincide con Shulz en cuanto a que este depósito no fue aceptado por los clásicos, pero sostiene que la jurisprudencia republicana no tuvo reparos en admitir que el depósito irregular fuese un auténtico contrato de depósito.

Al contrario, Bonifacio considera que el *depositum irregulare* fue plenamente admitido por los clásicos.

Posiciones intermedias encontramos en Jörs-Kunkel y Juan Iglesias, para quienes el depósito irregular era una figura postclásica, y también encontramos la opinión de Segré, según el cual fue Papiniano el primero en conceder la calidad de depósito a esta figura, pero como Ulpiano y Paulo se la desconocen, el texto debe haber sido interpolado.

Fueron los juristas Justinianeos los que admitieron plenamente la vigencia del depósito irregular.

## 2. **CONCEPTO.**

*Depósito, depositum, es un contrato real, bilateral imperfecto y de buena fe, por el que una persona, deponente, entrega a otra, depositario, una cosa mueble, para que la custodie.*

Podemos decir también que el depósito es un contrato real en cuya virtud una persona llamada depositante, entrega una cosa mueble a otra llamada depositario, para que la guarde gratuitamente y se la restituya cuando se la pida.

El depósito requiere para ser perfecto:

- Que depositante entregue la cosa al depositario, como ya se dijo, la datio en el depósito no exige en el depositante más que la simple posesio naturales para la validez del contrato.
- Que la cosa objeto del contrato sea mueble y, en principio, no fungibles (plenamente individualizadas, in specie), era posible dar en depósito cosas fungibles siempre que estuvieren completamente identificadas.
- Que la entrega se verifique con la finalidad de custodia gratuita.
- Que restituya la cosa el depositario al depositante cuando éste se lo pida, aun cuando existiere plazo.
- El plazo se establece para que el depositante no esté obligado a recibir la cosa antes de llegado el término.

### **3. TIPOS DE DEPÓSITO.**

Hasta ahora nos hemos referido solamente al depósito regular u ordinario, pero también existían otras figuras especiales de depósito.

#### **3.1. Depósito Necesario o Miserable.**

*Tiene lugar en caso de calamidad pública o privada, incendium, ruina, naufragium, terremoto, que no permite elegir libremente a la persona a quien confiar las cosas en custodia. Es aquel que ha sido impuesto por circunstancias de urgencia o miseria en que se encuentra el depositante quien se ve obligado a salvar sus bienes.*

*El depositario en estos casos tiene las mismas obligaciones que si se tratara de un depósito regular, pero debe responder no sólo de la culpa lata sino también de la leve in concreto, aunque no obtenga ningún beneficio del contrato. La mayor responsabilidad se impone por las razones de miseria en que se realiza el depósito y el hecho de que el depositario no puede ser elegido libremente por el depositante.*

*Contra el depositario infiel concede el Pretor una actio in duplum.*

*Debido a la circunstancia imperiosa en que se encuentra el depositante, la falta de consentimiento del depositario no hace inválido el contrato.*

### **3.2. Secuestro.**

*Hay secuestro cuando dos o más personas confían a otra la custodia de una cosa, con la obligación de devolverla a un individuo previamente determinado, o bien a quien llegue a encontrarse en cierta situación, v. gr., en la de vencedor tras una apuesta o luego de fallado el litigio promovido sobre la cosa misma.*

*El secuestro puede ser voluntario cuando es por acuerdo de las partes, o necesario cuando la entrega se hace por el juez y se llama “secuestro judicial”.*

*A diferencia del depósito ordinario o del irregular, el secuestro confiere la posesión interdictal. Por consiguiente, el secuestro puede reclamar la posesión, aunque no tiene ánimo de dueño, por los interdictos de retinendi o de recuperando possessionis. Para conseguir la restitución de la cosa, es concedida la actio depositi sequestrataria.*

*El sequestratario sólo puede restituir la cosa cuando sea llegada la situación prevista, es decir, cuando esté decidida la controversia o se encuentre cumplida la condición.*

*Se diferencia de los otros depósitos, en que se transfiere por él la posesión y no la mera tenencia, como en el ordinario, ni la propiedad como en el irregular; en que pueden depositarse cosas muebles o inmuebles y aun personas; en que el depósito no lo hace el dueño sino el que tiene la cosa litigiosa; en que puede ser obligatorio como cuando lo establece el juez; y en que la restitución no se hace al que practicó la entrega sino al que resulte vencedor en el litigio.*

### **3.3. Depósito Irregular.**

Es una figura propia de la época post-clásica.

Podemos decir que es una denominación dada por los autores a la forma especial de depósito que tiene por objeto dinero u otras cosas fungibles entregadas al depositario para que las restituya al primer requerimiento en cosas de igual género, con

lo que explícita o implícitamente se le autoriza para hacer uso de ellas, pudiendo adicionarse un pacto de usuras e intereses.<sup>225</sup>

Tiene por objeto sumas de dinero o cosas fungibles; además, y en razón de la naturaleza consumible de estas cosas, el depositario se encuentra facultado a restituir cosas distintas a las recibidas, siempre que sean de la misma especie y calidad.<sup>226</sup>

Es el único caso de depósito que cae sobre cosas fungibles y consumibles, por ejemplo: el dinero. El caso más frecuente, practicado con frecuencia en los derechos helenísticos, eran las sumas de dinero transferidas por particulares a un banco, que tenía la plena disponibilidad de las mismas pero con la obligación de restituirlas con intereses. El objeto del depositante era siempre el mismo, tener su dinero seguro en manos de una persona solvente y confiable y conservar la libre disposición del mismo, es lo que actualmente llamamos depósito a la vista. Puede ser que los juristas clásicos hayan considerado esta relación como mutuo y no un depósito. La distinción entre el dinero depositado y el mutuo al banquero radica en la contabilidad del banquero, y la importancia de la distinción está en que, si se trata de dinero depositado, en caso de quiebra debe devolverse antes el dinero a los depositantes, mientras que los mutuantes del banquero siguen la suerte general de sus acreedores:

**D.16.3.7.2:** Siempre que los banqueros se declaran en quiebra, se suele tener en cuenta, ante todo, a los depositantes, es decir, a los que tuvieran cantidades entregadas en depósito, y no prestadas con interés a los banqueros, juntamente con ellos o por mediación de ellos; por consiguiente, si se hubieren vendido los bienes, se da preferencia a los depósitos sobre los créditos privilegiados, pero de modo que no se tengan en cuenta los que

---

<sup>225</sup> GUTIERREZ ALVIZ, Faustino. Op. Cit.

<sup>226</sup> ODERIGO, Mario. Op. Cit.

devengaron intereses, aunque sea por convenio posterior, pues es como si se hubiera renunciado al depósito.<sup>227</sup>

Como se trata de cosas fungibles y consumibles, el depositario se hace dueño de ellas.

En el depósito irregular encontramos características del contrato típico: Cosas depositadas deben ser devueltas a la primera solicitud, en tanto que en el derecho moderno se suele dar un plazo a favor del depositario, la finalidad económica del contrato es librar al depositante de la guarda de objetos preciosos o embarazosos, por más que en la práctica el banquero que recibe varios depósitos de dinero, puede utilizarlos porque las solicitudes de devolución nunca son simultáneas.

Podemos decir que el depósito está perfecto si:

- El depositante entrega la cosa al depositario. La cosa debe ser mueble.
- La entrega se verifica con la finalidad de custodia gratuita.
- Las partes han convenido que el depositario restituirá la cosa en cuanto sea requerido por el depositante.

#### **4. PARALELO ENTRE DEPÓSITO IRREGULAR Y MUTUO.**

- El depósito irregular se parecía al mutuo en que, en ambos casos, el que recibía la cosa objeto del contrato tenía derecho de disponer de ella y no estaba obligado a

---

<sup>227</sup> D 16.3.7.2: Ulpianus 30 ad ed. Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.



devolver sino su equivalente en valor; en ambos se entregan cosas fungibles y consumibles, en uno y otro el que recibe se hace dueño de las cosas entregadas.

- Mientras el mutuo se efectúa a solicitud del deudor o mutuario, y en su exclusivo provecho, el depósito irregular es realizado a solicitud del depositante o acreedor.
- A diferencia de lo que ocurre con el mutuo, el hijo de familia menor de edad no goza a su favor, contra la acción del depositante, de la *exceptio senaticonsulti Macedoniano*.
- Mutuo era un contrato de derecho estricto, mientras el depósito era un contrato de buena fe. Por esto, en el mutuo no es bastante un simple pacto para engendrar una obligación de réditos, como en el depósito.
- En el depósito, el depositario condenado llevaba nota de infamia, no así el mutuario condenado.
- El depositario tiene la *actio depositi contraria* para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones eventuales del depositante; el mutuo, en su calidad de contrato unilateral, solo daba acción al mutuante.
- El depósito permitía cobrar intereses mediante un simple pacto o a través de la *actio depositi directa*, si el deudor se constituyó en mora. Esto porque se trata de un contrato de buena fe.

**D 16.3.29.1:** Si el depositario usa con mi permiso la cantidad depositada, queda obligado a causa de ello a pagarme intereses como en las otras acciones de buena fe. (D 16.3.29.1: Paulus 2 sent. Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur)

**D.16.3.28:** Quinto Cecilio Cándido escribió a Pacio Rogaciano una carta en éstos términos: “Por la presente carta te notifico que las veinticinco monedas que quisiste estuvieran en mi poder ingresaron a mi cuenta y procuraré

cuanto antes que no te queden sin invertir, es decir, procuraré que percibas intereses de ellas". Se preguntó si podrán reclamarse en virtud de esta carta también los intereses. Respondió que se deben intereses por la acción de buena fe, tanto si los percibió como si usó la cantidad en asunto propio.<sup>228</sup>

El mutuo, en cambio, por ser de derecho estricto, no admite cobro de intereses, salvo que se hubieran pactado por medio de stipulatio:

**D.16.3.24:** Lucio Ticio saluda a Sempronio: Por la presente carta escrita por mi mano te notifico que las cien monedas que en este día me has encomendado y me entrega tu agente el esclavo Estico, están en mi poder, para que te des por enterado. Te las entregaré inmediatamente, cuando y donde quieras". Se pregunta acerca del incremento de los intereses. Respondí que tiene lugar la acción de depósito porque ¿qué es encomendar sino depositar? Lo cual es cierto si se hizo para que se devolvieran las mismas monedas, porque si se convino que se diese en pago otro tanto, el asunto excede de los límites evidentes del depósito. En cuyo caso, si no hubiera acción de depósito, al convenirse que se devolviera otro tanto - no lo mismo- no puede decirse fácilmente que se computan los intereses. Y está establecido para los juicios de buena fe, por lo que se refiere a los intereses, que el ministerio del árbitro puede tener el mismo efecto, de obligar al pago de intereses, que la estipulación; pero va contra la buena fe y la naturaleza del depósito el pedir intereses, antes de incurrir en mora, de aquél que hizo

---

<sup>228</sup> D. 16.3.28: Scaevola 1 resp. Quintus caecilius candidus ad paccium rogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: " caecilius candidus paccio rogatiano suo salutem. viginti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebō". quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive perceptit sive pecunia in re sua usus est.

el favor de recibir la cantidad. Pero si se convino inicialmente sobre el pago de intereses, se observará lo dispuesto en el contrato.<sup>229</sup>

- Mutuo es unilateral, depósito es sinalagmático imperfecto.
- Mutuo es gratuito, depósito persigue fines de lucro. Para los clásicos el depósito es esencialmente gratuito, pues si se exige cualquier tipo de compensación por razón de la custodia de la cosa nos encontraríamos con que el depositario estaría arrendando sus servicios al depositante, lo que sería locación o arrendamiento de servicios (si la compensación fuera en dinero) o contrato innominado (si la remuneración consiste en otra cosa cualquiera)

**D.16.3.1.8:** Si se perdieron los vestidos dados al encargado de unos baños para que los guardase, si no recibió merced alguna por guardar los vestidos, se obliga por la acción de depósito, y creo que sólo debe responder del dolo; pero sí, si recibió merced, por la acción de conducción.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> D.16.3.24: Papinianus 9 quaest. "lucius titius sempronio salutem. centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo." quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.

<sup>230</sup> D 16.3.1.8: Ulpianus 30 ad ed. Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto.

Fue en el derecho Justiniano en el que se consideró que el pago de una módica merced o remuneración por parte del depositante no es contrario a la naturaleza del contrato de depósito.

### III. EL COMODATO.

#### 1. ORIGEN.

Es probable que el origen del comodato se encuentre en la enajenación de cosas, con pacto de Fiducia.

Este contrato fue desconocido en el antiguo derecho de la República, sin embargo, es indudable que siempre se prestaron cosas a las demás personas, ya sean parientes, amigos, etc. Por lo mismo, los juristas romanos consideraron a este préstamo como originado de la amistad y no susceptible de ser incluido dentro de la esfera de las relaciones jurídicas.

Este contrato se inspira básicamente en un espíritu de benevolencia y en una intención de liberalidad del comodatario.

No existía una necesidad imprescindible de reconocer jurídicamente estas relaciones, porque su mismo fin se obtenía por medio de una enajenación de la cosa a través de mancipatio o in iure cessio, con pacto de fiducia anexo, en virtud del cual

el que recibía la cosa asumía la obligación de restituirla, obligación sancionada por una *actio fiduciae infamante*, a favor del que transmitió la cosa.

Con el tiempo se admitió que la simple entrega, sin acto alguno de enajenación de la cosa, además del consentimiento de las partes, implicaba un contrato real. A fines de la República y principios del Imperio, el comodato fue considerado como una propia e independiente variedad contractual.

La denominación primitiva de la institución es *utendum dare*, que era un préstamo de uso que tenía por objeto cosas muebles, este nombre se repetía en los edictos anuales de los pretores republicanos, el nombre nuevo de *commodatum* (de *commodo datum*) parecería haber sido oficialmente adoptado en la redacción de Juliano (unificación del edicto de los pretores realizada por Salvio Juliano por encargo del emperador Adriano, probablemente hacia el año 134) La inclusión del comodato dentro del ámbito de los contratos no ha dejado de ser discutida debido a que no era corriente su celebración y de lo raramente que originaba conflictos jurídicos.

Aunque muy practicado en la antigua sociedad romana, el préstamo de uso tuvo reconocimiento jurídico y configuración autónoma en el *ius civile* en una época relativamente tardía, primero fue protegido judicialmente por el pretor con una *actio in factum* y, posteriormente, con una *actio iuris civilis bonae fidei*.

En el derecho clásico, el comodato se presenta como contrato real (el acuerdo junto a la entrega efectiva de la cosa originan la relación obligatoria), bilateral, imperfecto y gratuito. Normalmente, el objeto del comodato es una cosa no consumible, pero en la casuística se ven casos de comodato en que alguien da gratuitamente una cosa consumible a otra persona para que ésta ostente la propiedad de la misma frente a otros o para que la haga objeto de estudio o de

observación y la restituya sin haberla consumido (Ej: monedas) Este es el comodato ad pompam vel ostentationem:

**D.13.6.4:** A menudo se comodan también cantidades para hacer con ellas un pago figurado.<sup>231</sup>

## 2. CONCEPTO.

Comodato, préstamo de uso; contrato real, sinalagmático imperfecto, a título gratuito y de buena fe, que se perfecciona por la entrega que realiza una persona, comodante, a otra, comodatario, de una cosa no consumible, para que haga uso de ella y la restituya en el término fijado. Se deriva para el beneficiado la obligación de devolver la cosa y puede, eventualmente, derivarse para el comodante la obligación de reintegrar los gastos llevados a cabo por el comodatario para la conservación de la cosa o por los vicios que ésta tuviere.<sup>232</sup>

El comodato (comodatum, commodare, utendum dare), también llamado préstamo de uso, es un contrato real, nominado, bilateral imperfecto, gratuito y de buena fe, por el cual una persona llamada comodante (is qui comodat), entrega a otra, llamada comodatario (is qui commodatum accepti), una cosa no consumible,

---

<sup>231</sup> D.13.6.4: Gaius 1 de verb. oblig. Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.

<sup>232</sup> GUTIERREZ ALVIZ, Faustino. Op Cit.

mueble o inmueble, para que la use por cierto tiempo o con cierto destino y, tras ello, la restituya al comodante.<sup>233</sup>

Para su perfeccionamiento es necesario que hubiera tradición de la cosa por el comodante al prestario. Esta tradición confería al comodatario solamente la detentación y no la propiedad, ni siquiera la posesión de la cosa prestada. Comodatario es un mero tenedor (posesor naturalis) y como tal, no puede usucapir la cosa, tampoco es poseedor pretorio, pues no está protegido por interdictos:

**D.13.6.8:** Retenemos la posesión y la propiedad de la cosa comodada a otro.<sup>234</sup>

**D.13.6.9:** Pues nadie que comoda da la propiedad de la cosa al comodatario.<sup>235</sup>

El edicto pretorio ofrecía dos fórmulas al prestamista: una in factum concepta y la otra in ius concepta. La fórmula in ius concepta muestra claramente que el comodato fue conocido por el ius civile en tiempos de Adriano, a pesar de que Gayo no lo mencione. El prestamista podía elegir entre estas dos fórmulas. Es difícil determinar las diferencias entre las mismas pues los compiladores las fusionaron.

### **3. CARACTERÍSTICAS.**

- a) Es un contrato real, se debe entregar la cosa al comodatario y éste tiene la calidad jurídica de mero tenedor de la cosa, no es poseedor porque no tiene el ánimo de señor y dueño. Por esto, puede dar en comodato aquel que no es dueño de la cosa,

---

<sup>233</sup> Montes, Angel: Curso de Derecho Romano, Caracas: Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1964.

<sup>234</sup> D.13.6.8: Pomponius 5 ad sab. Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus.

<sup>235</sup> D.13.6.9: Ulpianus 2 ad ed. Nemo enim commodando rem facit eius cui commodat.



como el arrendatario, el usufructuario y hasta el ladrón mismo. Por ser un contrato real, la simple promesa de prestar no obliga:

**D.13.6.15:** Podemos comodar también una cosa ajena que tengamos en posesión, aunque sepamos que es ajena.<sup>236</sup>

**D.13.6.16:** De manera que incluso el ladrón o atracador tienen la acción de comodato si hubiesen comodado algo a alguien.<sup>237</sup>

- b)** La cosa entregada debía ser en especie o cuerpo cierto. No había comodato de cosas fungibles porque debía restituirse la misma cosa prestada. Podía ser cosa mueble o inmueble. Hay un caso de excepción en que el comodato podía recaer sobre cosas fungibles para devolverlas tales como se recibieron: *ad pompam et ostentationem*:

**D.13.6.3.6:** No pueden comodarse las cosas consumibles, a no ser que se tomen para pompa y ostentación.<sup>238</sup>

**D.13.6.1.1:** ...En efecto, dice Labeón que entre lo comodado y lo dado en uso, la diferencia es tan solo entre la especie y el género, pues el comodato es de cosas muebles y el uso abarca también los inmuebles. Pero, según

---

<sup>236</sup> D.13.6.15: Paulus 29 ad ed. Commodare possumus etiam alienam rem quampossidemus, tametsi scientes alienam possidemus.

<sup>237</sup> D.13.6.16: Marcellus 5 D. Ita ut et si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem.

<sup>238</sup> D.13.6.3.6: Ulpianus 28 ad ed. Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.

crea Casio, puede decirse propiamente comodato, como es evidente, también el de un inmueble...<sup>239</sup>

- c) Sinalagmático imperfecto. Crea la obligación del comodatario de restituir la cosa prestada en el plazo fijado con todas sus accesiones y frutos; y eventualmente, nace la obligación del comodante de reembolsar las expensas hechas para la conservación de la cosa y de indemnizar los daños derivados de los vicios de la cosa prestada cuando el comodante conociera de su existencia:

**D.44.7.1.3:** También el comodatario nos queda obligado por recibir una cosa, pero él está obligado a restituir aquella misma cosa que ha recibido.<sup>240</sup>

- d) Es un contrato de buena fe. En caso de demanda judicial, puede el juzgador, si lo cree conveniente, apartarse de la letra del contrato, para buscar la norma más adecuada de acuerdo a la equidad y a las buenas costumbres.
- e) Esencialmente gratuito, es un servicio que el comodante presta al comodatario. Si el comodante se hiciera pagar una remuneración no habría préstamo de uso sino un arrendamiento de cosa (locatio conductio rei) o bien, un contrato innominado si la contraprestación es algo que deba prestarse en especie o de hecho:

---

<sup>239</sup> D.13.6.1.1: Ulpianus 28 ad ed. Huius edicti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum paconius utendi fecit mentionem. inter commodatum autem et utendum datum labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et cassius existimat. vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait.

<sup>240</sup> D.44.7.1.3: Gaius 2 aur. Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur.

**D.13.6.5.12:** Por ejemplo: te di una cosa para que la pignoraras a tu acreedor, y la has pignorado, pero no la rescatas para devolvérmela. Dice Labeón que tiene lugar la acción de comodato, y así opino yo, siempre que no haya intervenido alquiler, pues en ese caso habrá que reclamar con la acción por el hecho o con la de arrendamiento.<sup>241</sup>

- f) El comodatario debe usar la cosa en conformidad a su propia naturaleza y destino, o bien al tenor de lo pactado, de lo contrario comete hurto de uso.

**D.13.6.10 pr:** Es cierto que el comodatario que usó de la cosa con el fin para el que la recibió no tiene responsabilidad si no la deterioró por su culpa en parte alguna, pues si la deterioró por su culpa, queda obligado.<sup>242</sup>

#### **4. DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS.**

---

<sup>241</sup> D.13.6.5.12: Ulpianus 28 ad ed. Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneris, ut mihi reddas. labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit. plane si ego pro te rem pignori dederam tua voluntate, mandati erit actio. idem labeo recte dicit, si a me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc dumtaxat commodati, ut tibi actiones adversus eum praestem. abesse autem culpa a me videtur, sive iam solvi pecuniam siveolvere sum paratus. sumptum plane litis ceteraque aequum est eum agnoscere, qui commodatum accepit.

<sup>242</sup> D.13.6.10 pr: Ulpianus 29 ad sab. Eum, qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriorem fecit, verum est: nam si culpa eius fecit deteriorem, tenebitur.

Con el arrendamiento el comodato se diferencia en que el arrendamiento es un contrato consensual, bilateral y oneroso, mientras el comodato es un contrato real, unilateral, sinalagmático imperfecto y gratuito.

El comodato se diferencia del derecho real de uso, en que el usuario tiene una acción real contra cualquiera que tenga la cosa, sin consideración a determinada persona, el comodato, en cambio, es un contrato que crea obligaciones y que sólo produce acciones personales.

El depósito no admite el uso de la cosa por parte del depositario y puede recaer sobre cosas consumibles o inconsumibles, en cambio, el comodato se basa en el uso de la cosa y generalmente sólo recae sobre cosas inconsumibles.

El mutuo es un préstamo de consumo, el comodato es sólo de uso. Se distingue de la donación en que sólo atribuye un uso temporal de la cosa. A diferencia del precario el comodato no es revocable a voluntad.

#### **IV. DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE SURGEN DE CADA CONTRATO. LA RESPONSABILIDAD.**

##### **1. LA FIDUCIA.**

El fiduciario esta obligado al cumplimiento de lo señalado en el "pactum fiduciae", y no puede comportarse con el bien como lo hace un dueño ordinario, por ejemplo, no debe enajenarlo o gravarlo (si no está autorizado en el pacto); de la integridad de la cosa responde por dolo y culpa. Debe restituir en el momento previsto al fiduciante a través de una remancipatio o una in iure cessio.

Si la fiducia es cum creditore, el fiduciario (pignoratario) debe restituir el bien cuando la obligación garantizada es cumplida o se extingue de cualquier manera, o si es garantizada de otro modo, o si el acreedor incurre en mora de recibir el pago. En esta fiducia se podía pactar que la actio fiduciae para reclamar la restitución quedara excluída por el hecho de incurrir en mora el deudor fiduciante, pacto que recibe el nombre de lex comissoria, como en la prenda. Este pacto cumplía un rol de pena por el incumplimiento de la obligación garantizada y resultaba muy gravoso para el deudor.

**D.13.7.6 pr:** Aunque se hubiese convenido que te fuese lícito vender e fundo pignorado, no por ello puedes ser forzado a hacerlo, aunque el deudor que te hubiera dado la prenda fuera insolvente, pues ese convenio se hace a causa de tu interés. Pero Atilicino dice que hay causa a veces para forzar al acreedor para que venda la prenda. Pues ¿Qué hacer si no cuando la deuda vale mucho menos que la prenda o cuando puede ésta venderse por mejor precio hoy que más tarde? Pero es mejor decir que el deudor que hubiera dado la prenda puede él vender y pagar su deuda con el precio cobrado, con tal de que el acreedor sea forzado a exhibir la cosa pignorada, si es cosa mueble, después de recibir caución del deudor para el daño que pudiera

sufrir por ello. Porque es bastante inhumano forzar al acreedor para que venda contra su voluntad.<sup>243</sup>

**D.13.7.8.3:** Si hubiese estipulado treinta mil sestercios a pagar en tres anualidades y hubiera recibido un objeto en prenda con el pacto de que pudiera venderla, si no fuera pagada la cantidad en sus respectivos plazos, se admite que no puedo yo vender lo dado en prenda antes de vencer el último plazo de las anualidades, porque con aquellas palabras se quería decir todas las anualidades y no es verdad que la cantidad dejó de pagarse antes del vencimiento de todos los plazos; pero, una vez vencidas todas las anualidades, puede venderse aunque sólo una parte haya dejado de pagarse; en cambio, si se escribió “si no fuera pagada cada cantidad en su plazo”, la convención del pacto surte efecto desde el primer plazo. La pacción para poder vender la prenda debe redactarse objetivamente, para comprender a todos los posibles vendedores, pero aunque sólo hubiera incluido el nombre del acreedor, su heredero podrá vender según derecho, a no ser que se haya convenido lo contrario.<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup> D.13.7.6 pr: Pomponius 35 ad sab. Quamvis convenerit, ut fundum pigneraticium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui pignus dederit, quia tua causa id caveatur. sed atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit: quid enim si multo minus sit quod debeatur et hodie pluris venire possit pignus quam postea? melius autem est dici eum, qui dederit pignus, posse vendere et accepta pecunia solvere id quod debeatur, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda. invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.

<sup>244</sup> D.13.7.8.3: Pomponius 35 ad sab. Si annua bima trima die triginta stipulatus acceperim pignus pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere, quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur: nec verum est sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent. sed omnibus pensionibus praeteritis, etiamsi una portio soluta non sit, pignus potest venire. sed si ita scriptum sit: " si qua pecunia sua die soluta non erit", statim competit ei pacti conventio.

En la fiducia *cum creditote*, el acreedor puede, como propietario, disponer plenamente de la cosa fiduciada, pero queda obligado a restituir aquella cosa cuando el deudor fiduciante haya pagado la deuda garantizada. Esta obligación de restituir hace irrealizable aquel otro poder de disposición. Para superar esta contradicción se establece un pacto en virtud del cual el fiduciante que no pague en su día no pueda reclamar más que el excedente (*superfluum*) del precio obtenido de la venta de la cosa fiduciada, con lo que se produce el mismo efecto que con el pacto de vendendo:

**D.13.7.42:** El acreedor, en la acción que se da para recuperar la prenda, viene forzado a restituir el excedente del precio con los intereses, y no será oído si quiere delegar en el comprador, ya que al proceder a la venta, en virtud del pacto, el acreedor obra en interés propio.<sup>245</sup>

**D.13.7.24.2:** Si el acreedor hubiera vendido la prenda en mayor precio que la deuda, y no hubiera cobrado aún el precio del comprador ¿Podrá ser demandado con la acción pignoraticia para restituir el excedente o deberá esperarse que pague el comprador o cederse las acciones contra el comprador? Yo estimo que no debe urgirse al acreedor para que pague el excedente, sino que o debe esperar el deudor, o, si no espera, le deben ser cedidas las acciones contra el acreedor, pero a riesgo del vendedor. Si el acreedor cobró ya la cantidad, debe restituir el excedente.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> D.13.7.42: Papinianus 3 resp. Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quae fit ex facto, suum creditor negotium gerat.

<sup>246</sup> D.13.7.24.2: Ulpianus 30 ad ed. Si vendiderit quidem creditor pignus pluris quam debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit, an pignoratitio iudicio conveniri possit ad superfluum reddendum, an vero vel exspectare debeat, quoad emptor solvat, vel suscipere actiones adversus emptorem? et arbitror non esse urgendum ad solutionem creditorem, sed aut exspectare debere debitorem aut, si non

En el pacto se suele establecer también que el fiduciante autoriza la venta sin garantía y al contado, a pesar de que eso puede disminuir el precio cobrable y el superfluum reclamable por la actio fiduciae. Así, por ejemplo, si el fiduciario, al vender, promete indemnizar por evicción, debe hacerlo para aumentar el superfluum, si lo hace para obtener el mismo precio que sin la estipulación, no puede, en caso de tener que indemnizar por evicción, reclamar luego del fiduciante:

**D.13.7.22.4:** Si el acreedor, al vender la prenda, prometió seneamiento por el doble, según se acostumbra en otras ventas, y fue demandado y condenado por evicción ¿tendrá acaso la pignoraticia contraria como acción de regreso? Y puede decirse que sí, con tal de que vendiera sin dolo ni culpa y obrara como un diligente padre de familia; en cambio, si esa venta con responsabilidad por evicción no reportó ninguna ventaja, sino que vendió al mismo precio por el que habría podido vender sin responder por evicción, no tiene acción de regreso.<sup>247</sup>

También puede intentar la impetratio domini en el evento de no encontrar un interesado en comprar:

**D.13.7.24 pr:** Si un acreedor hubiese alcanzado del César la concesión de la posesión definitiva de la prenda, y ésta fue objeto de evicción, se me planteó elegantemente la cuestión de si tendrá la acción pignoraticia contraria. Y

---

exspectat, mandandas ei actiones adversus emptorem periculo tamen venditoris. quod si accepit iam pecuniam, superfluum reddit.

<sup>247</sup> D.13.7.22.4: Ulpianus 30 ad ed. Si creditor, cum venderet pignus, duplam promisit (nam usu hoc evenerat et conventus ob evictionem erat et condemnatus), an haberet regressum pignoratitiae contrariae actionis ? et potest dici esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut pater familias diligens id gessit: si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quanto vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere.



parece que se extinguió la prenda y se resolvió el contrato; es más, se proporcionó al acreedor una acción de compra, como si la cosa le hubiese sido dada a causa de pago, con el fin de que se le satisfaga la cantidad de la deuda o el interés que tiene, y pueda el acreedor hacer la compensación si se le demanda con la acción pignoratícia o por otra causa.<sup>248</sup>

Pero como el fiduciario es verdadero dueño, la enajenación y los gravámenes de que haga objeto la cosa son válidos, porque con estos actos solo incumple sus obligaciones con el fiduciante, a quien deberá indemnizar, sin que se vea afectada la relación de terceros con la cosa. Por ejemplo, el fiduciario pudo haber legado la cosa a terceros, caso en el cual su heredero queda responsable al fiduciante.

El fiduciante esta obligado a indemnizar al fiduciario las impensas necesarias y las mejoras útiles introducidas en la cosa y los daños que ésta le hubiere causado, como si el esclavo comete un hurto en su contra:

**D.13.7.8 pr:** Si yo hubiese hecho impensas necesarias en el esclavo o en el fundo que había recibido a causa de prenda, tendré, no sólo la retención, sino también la acción pignoratícia contraria. Supongamos que por enfermedad del esclavo había dado una cantidad, a los médicos, y que el esclavo había muerto, o también que apuntalé o reparé la casa, y luego se incendió, y no tenía nada que retener.<sup>249</sup>

---

<sup>248</sup> D.13.7.24 pr: Ulpianus 30 ad ed. Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a caesare, ut pignus possideret idque evictum esset, an habeat contrariam pignoratíciam. et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. immo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pignoratícia vel ex alia causa cum eo agetur.

<sup>249</sup> D.13.7.8 pr: Pomponius 35 ad sab. Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratíciam actionem habeo: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me

**D.13.7.31:** Si un esclavo que ha sido pignorado hurta algo al acreedor, puede el deudor abandonar por el daño aquel esclavo al acreedor; y si el acreedor me lo hubiera dado a sabiendas de que era ladrón, aunque estuviera dispuesto a dejármelo por el daño, tendrá contra él, a pesar de ello, la acción pignoraticia, para que me indemnice. Lo mismo debe observarse dice Juliano, cuando un esclavo depositado o comodado comete hurto.<sup>250</sup>

La fiducia esta sancionada por una acción in ius y ex bona fide que es la actio fiduciae de carácter infamante. Esta actio fiduciae no nace del "pactum fiduciae" sino del contrato mismo a que éste va anexado, pero la acción lo cubre y permite que su contenido se haga exigible, al mismo tiempo sirve al fiduciario para limitar el ejercicio de la acción.

La actio fiduciae es bilateral y puede ser ejercida en función directa por el fiduciante contra el fiduciario para exigirle el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, en especial la de restituir, y en función contraria por el fiduciario hacia el fiduciante para reclamar los gastos hechos en la cosa y resarcirse de los daños que ésta le haya ocasionado, sin perjuicio de poder obtenerlas en el juicio directo entablado en su contra por la vía de la compensación o de la retención. También le sirve esta acción para reclamar la cosa, si ésta quedó en poder del fiduciante como precarista o arrendatario (D. 13.7.22.3) En esto radica el carácter contractual de la fiducia: en la

---

pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere.

<sup>250</sup> D.13.7.31: Africanus 8 quaest. Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditioe relinquere: quod si sciens furem pignori dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet. eadem servanda esse iulianus ait etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat.

bilateralidad de la acción. Como las obligaciones del fiduciante son eventuales, se trata de un contrato sinalagmático imperfecto.

La fiducia, si bien transfiere el dominio al fiduciario, no transfiere la posesión, ésta debe adquirirse en conformidad con las reglas generales, corpore et ánimo, normalmente con la tradición inmediata o sucesiva de la cosa por el fiduciante al fiduciario. Pero puede ocurrir que no se produzca traspaso físico de la cosa, o que, habiéndose producido, aquella vuelva al poder del fiduciante. Entonces tiene lugar una especial usucapio en su favor, para la cual no requiere justo título ni buena fe, y que se cumple en el plazo de un año, aunque se trate de bienes raíces; la figura toma el nombre de "readquisición por el uso (posesión)" (usureceptio), porque el fiduciante recobra lo que antes le perteneció.

Cuando la fiducia es cum creditare, el fiduciario puede evitar la usureceptio del fiduciante dejándole la cosa como precarista o arrendatario, y la usureceptio no puede empezar porque entonces es un mero tenedor, sin embargo, cuando la deuda garantida es pagada, puede usucapir el fiduciante porque se entienden extinguidos el arrendamiento o el precario. De no haber tornado esta precaución el fiduciario, el fiduciante recobra el dominio en un año, aunque la deuda no sea pagada (Gayo llama lucrativa a esta usucapición)

## **2. EL DEPÓSITO.**

*El depósito como contrato sinalagmático imperfecto, generaba siempre obligaciones a cargo del depositario y solo eventualmente generaba obligaciones para el depositante.*

## **2.1. Obligaciones del Depositario:**

- a) *El depositario debe custodiar la cosa entregada en depósito, pero no puede usarla, a menos que tenga una autorización expresa de parte del depositante. Si el depositario viola la prohibición de hacer uso de la cosa, comete el delito de furtum (furtum usus) y responde incluso del caso fortuito, debiendo indemnizar por daños e intereses. Obviamente, esto no sucede si el depositario utiliza la cosa autorizado por el depositante:*

***D.16.3.29 pr:*** *Si yo deposité una bolsa de dinero sellada, o plata sellada, y el depositario se lo hubiera apropiado contra mi voluntad, me compete contra él tanto la acción de depósito como la de hurto.<sup>251</sup>*

***D.16.3.1.34:*** *Si se te hubiera depositado una cantidad, conviniendo ya desde el principio que, si querías, usaras de ella, antes de usarla quedarás obligado por la acción de depósito.<sup>252</sup>*

---

<sup>251</sup> D.16.3.29 pr: Paulus 2 sent. Si sacculum vel argentum signatum deposuero et is penes quem depositum fuit me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit.

<sup>252</sup> D.16.3.1.34: Ulpianus 30 ad ed. Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses uteris, prius quam utaris depositi teneberis.

**D.16.3.25.1:** *El depositario que gastó en sus propias cosas el dinero depositado sin ser sellado, para que devolviese otro tanto, después de la mora ha de ser condenado también en la acción de depósito, a pagar los intereses.*<sup>253</sup>

- b)** *Depositario debe restituir la cosa depositada sin deterioros y con todas las acciones y frutos producidos durante el tiempo del depósito:*

**D.16.3.1.24:** *Por ello, hay que decir que en esta acción se comprenden los frutos y todos los accesorios y el parto, para que no se devuelva estrictamente la cosa depositada.*<sup>254</sup>

**D.16.3.1.5:** *No se consideran depositados los accesorios de las cosas depositadas; por ejemplo, si se depositara un esclavo vestido, el traje no se considera depositado; ni tampoco si se depositara un caballo con cabestro, pues sólo se entiende depositado el caballo.*<sup>255</sup>

---

<sup>253</sup> D.16.3.25.1: Papinianus 3 resp. Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus propios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est.

<sup>254</sup> D.16.3.1.24: Ulpianus 30 ad ed. Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat.

<sup>255</sup> D.16.3.1.5: Ulpianus 30 ad ed. Quae depositis rebus accedunt, non sunt deposita, ut puta si homo vestitus deponatur, vestis enim non est deposita: nec si equus cum capistro, nam solus equus depositus est.

*Si no cumple con estas obligaciones se considera que la cosa no ha sido restituída y el depositante puede ejercer la actio depositi, pues se estima que el depositario ha actuado con dolo:*

**D.16.3.1.16:** *Si la cosa depositada se devolviese deteriorada, puede demandarse con la acción de depósito como si no se hubiere devuelto, ya que cuando se devuelve deteriorada puede decirse que no fue devuelta por dolo malo.<sup>256</sup>*

**c)** *Depositario debe restituir la cosa al primer requerimiento del depositante. Si se fijó un plazo de duración del depósito, se entiende que este plazo se ha establecido en beneficio exclusivo del depositante, y, por lo tanto, puede exigir la devolución de la cosa cuando lo estime conveniente aunque el plazo no haya transcurrido o vencido:*

**D. 16.3.1.22:** *También escribe Juliano, 13 dig., que el que depositó una cosa puede demandar enseguida con la acción de depósito, porque comete dolo el que la recibió por el hecho de no devolverla al que la reclama. Pero dice Marcelo que no siempre puede parecer que comete dolo aquél que no devuelve al que reclama, porque ¿Qué ocurre si la cosa esté en una*

---

<sup>256</sup> D.16.3.1.16: Ulpianus 30 ad ed. Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest: cum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse.

*provincia o en almacenes cuya apertura no fuere posible en el momento de la condena? ¿O si no se ha cumplido la condición para restituir el depósito?*<sup>257</sup>

**D. 16.3.1.45:** *Si yo hubiera depositado una cosa en tu poder para que la devuelvas después de tu muerte, puedo demandar con la acción de depósito contra ti y contra tu heredero, pues puedo mudar de voluntad y reclamar el depósito antes de tu muerte.*<sup>258</sup>

**D. 16.3.1.46:** *Por consiguiente, si yo hubiere depositado para que se devuelva después de mi muerte, yo y mi heredero podremos demandar con la acción de depósito: yo, si he mudado de voluntad.*<sup>259</sup>

---

<sup>257</sup> D.16.3.1.22: Ulpianus 30 ad ed. Est autem et apud iulianum libro tertio decimo Destorum scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. marcellus autem ait non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat: quid enim si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel condicio depositionis non exstitit?

<sup>258</sup> D.16.3.1.45: Ulpianus 30 ad ed. Si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas, et tecum et cum herede tuo possum depositi agere: possum enim mutare voluntatem et ante mortem tuam depositum repetere.

<sup>259</sup> D.16.3.1.46: Ulpianus 30 ad ed. Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate.

*Si se fijó un plazo y el depositante no renuncia a él, el depositario está obligado a restituir la cosa al vencimiento del plazo convenido.*

*La devolución debe efectuarse en el lugar en que se encuentre la cosa al tiempo de la devolución.*

**d)** *El depositario debe guardar y conservar la cosa.*

*En cuanto a la responsabilidad del depositario por deterioro, pérdida o destrucción de la cosa depositada, tomando en cuenta que es un contrato gratuito y que la actio depositi es infamante, la regla general es que el depositario responde sólo por su dolo. En las compilaciones Justinianeas, el depositario, salvo pacto en contrario, sólo responde del dolo el que se asimila a la culpa lata:*

**D. 16.3.1.20:** *En la acción de depósito se comprenderá, no sólo el dolo pretérito, sino también el futuro, esto es, el posterior a la litiscontestación.<sup>260</sup>*

**D.16.3.32:** *Lo que decía Nerva de que el dolo es una culpa más lata, no gustaba a Próculo, pero me parece certísimo. Pues si alguno no es tan diligente como requiere la naturaleza de los hombres, no está exento de fraude,*

---

<sup>260</sup> D.16.3.1.20: Ulpianus 30 ad ed. Non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam.



*salvo que cuide el depósito como hace con sus propias cosas, porque, para ser de buena fe, no podrá el tal menos diligencia que en sus propias cosas.*<sup>261</sup>

**D.16.3.1.47:** *Dado que en esta acción se comprende solamente el dolo, se preguntó si se obligará el heredero que vendió una cosa depositada o dada en comodato al testador, ignorando que estaba depositada o comodada. Como no cometió dolo, no se obligará respecto de la cosa. ¿Acaso se obligará, sin embargo, por el precio que consiguió? Es más cierto que sí, pues comete dolo por el mismo hecho de no devolver lo que consiguió.*<sup>262</sup>

**D.44.7.1.5:** *También el depositario nos queda obligado por la recepción de una cosa; el cual también debe restituir la misma que recibió, pero éste no responde aunque haya perdido la cosa depositada por su negligencia; como no la recibió por su interés, sino por el interés del depositante, sólo responde si la cosa perece por su dolo, y no responde por su negligencia, porque del depositante es la falta si entregó la cosa para que la guardara un amigo*

---

<sup>261</sup> D.16.3.32: Celsus 11 D. Quod nerva diceret latiore culpam dolum esse, proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.

<sup>262</sup> D.16.3.1.47: Ulpianus 30 ad ed. Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distrahit ignarus depositam vel commodatam, an teneatur. et quia dolo non fecit, non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit.

*negligente; sin embargo, se ha admitido que la negligencia más grave entra ya en el crimen de dolo.*<sup>263</sup>

*Aunque se admite que es válido el pacto por el cual el depositante renuncia al ejercicio de la actio depositi (pactum ne depositi agatur), es nulo el pacto que exonera de responsabilidad al depositario por su dolo (pactum ne dolus praestetur) Sin embargo, el depositario es libre si la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor. Por convenio puede asumir el riesgo de la cosa, es decir, su pérdida por caso fortuito (periculum rei), que generalmente es del depositante, además, de acuerdo a las normas generales, ese riesgo pasa al depositario desde el momento de la litis contestatio, esto es, desde la mora:*

**D.16.3.12.3:** *Del mismo modo que, una vez aceptado el juicio, perecería con detrimento del deudor lo que debe darse a causa de estipulación o de testamento en cumplimiento de legado; así también lo depositado, desde el día en que se demanda con la acción de depósito, está a riesgo del depositario, si el demandado podía devolverlo en el momento de la litiscontestación y no lo devolvió.*<sup>264</sup>

---

<sup>263</sup> D.44.7.1.5: Gaius 2 aur. Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. sed is etiamsi negligenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere.

<sup>264</sup> D.16.3.12.3: Pomponius 22 ad sab. Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret, sic

**D.16.3.14.1:** *Pero si se hubiere demandado contra el mismo depositario o contra su heredero y la cosa hubiera perecido por su propia naturaleza antes del fallo judicial, por ejemplo, si el esclavo hubiera muerto, dijeron Sabino y Casio que el demandado debe ser absuelto, porque es justo que la muerte natural afecte al demandante; por supuesto, cuando aquella cosa hubiera tenido que perecer aunque se hubiera restituído al actor.*<sup>265</sup>

*En ciertos supuestos el depositario responde de la culpa leve:*

- a) *Cuando voluntariamente se haya ofrecido para custodiar la cosa: se responde del dolo, la culpa y de la custodia:*

**D.16.3.1.35:** *Ocurre frecuentemente que la cosa o las monedas depositadas lo sean a riesgo de aquel en el cual se depositan, por ejemplo, si esto se convino expresamente. Pero si alguno se ofreció para el depósito, escribe el mismo Juliano que se obligó al riesgo del depósito, pero de tal modo que no*

---

depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius apud quem depositum fuerit est, si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit.

<sup>265</sup> D.16.3.14.1: Gaius 9 ad ed. provinc. Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, sabinus et cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.

*solamente responde por dolo, sino también por culpa y por custodia, aunque no por los casos fortuitos.*<sup>266</sup>

**b)** *Cuando así se estipuló expresamente en el contrato de depósito:*

**D.16.3.1.6:** *Si se acordó que en el depósito se responda también por la culpa, el acuerdo es válido, pues el acuerdo da la ley a los contratos.*<sup>267</sup>

**c)** *Cuando el depósito se ha celebrado en interés de ambas partes:*

**D.13.6.5.2:** *Veamos ahora si la acción de comodato se refiere al dolo, a la culpa o incluso a todo riesgo. Ciertamente, en los contratos respondemos a veces sólo por el dolo, otras veces también por la culpa, por el dolo en el depósito, pues como o hay utilidad para el depositario, con razón se responde sólo por el dolo, a no ser que se señale acaso un alquiler (porque en ese caso, como está establecido, se responde también por la culpa), o se convino desde el primer momento que el depositario responda por la culpa y por el riesgo; más allí donde hay utilidad para las dos partes, como en la*

---

<sup>266</sup> D.16.3.1.35: Ulpianus 30 ad ed. Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. sed et si se quis deposito obtulit, idem iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

<sup>267</sup> D.16.3.1.6: Ulpianus 30 ad ed. Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventionem accipiunt.

*compra, en el arrendamiento, en la dote, en la prenda, en la sociedad, se responde por el dolo y por la culpa.*<sup>268</sup>

- d) *Cuando en el contrato se ha establecido la facultad del depositante de usar la cosa depositada. Si el depositario hace uso de la cosa sin el consentimiento expreso o tácito del depositante, responde por la pérdida, destrucción o deterioro del objeto depositado acaecida por caso fortuito:*

**D. 16.3.1.25:** *Si vendiste la cosa depositada y después la redimiste para devolver el depósito, aunque hubiere perecido después sin dolo malo, quedas obligado por la acción de depósito, porque cometiste dolo por el hecho de venderla.*<sup>269</sup>

## **2.2. Obligaciones Eventuales del Depositante.**

---

<sup>268</sup> D.13.6.5.2: Ulpianus 28 ad ed. Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit ( tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.

<sup>269</sup> D.16.3.1.25: Ulpianus 30 ad ed. Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes.

- a) *Indemnizar o resarcir al depositario los daños que por su culpa le ha ocasionado la cosa depositada. Como el depósito está establecido en el solo beneficio del depositante, éste responde tanto de su culpa grave como de su culpa leve.*
  
- b) *Reembolsar al depositario los gastos de conservación de la cosa, ordinarios y extraordinarios, y cualquier otro gasto permitido por el depositante.*
- c) *Parece ser que en el derecho clásico se permitió al depositario oponer la compensación a la actio depositi directa del depositante e, incluso, hacer uso del ius retentionis sobre la cosa depositada hasta que se le indemnizaran los daños y se le reembolsaran los gastos.*

*Sin embargo, en el derecho Justiniano, se excluye expresamente la compensación, por lo que el depositario siempre debe restituir la cosa al depositante, aunque tengo contra éste un derecho de crédito. Incluso podemos decir que se niega la compensación aunque las dos partes tengan recíprocamente cosas dadas en depósito.*

### **2.3. Restitución de la Cosa Depositada.**

*Nos referiremos a los casos en que el depositario no debe restituir de inmediato la cosa y a los que debe restituirla a una persona distinta del depositante.*

- a) *No existe obligación de restitución inmediata cuando apareciere alguna circunstancia imprevista o grave que la hiciera imposible material o moralmente. Desaparecida la imposibilidad, vuelve a surgir la obligación de restituir.*
  
- b) *Cuando la restitución implicase daños inminentes y graves al depositante o a un tercero.*
  
- c) *Cuando la cosa hubiere sido depositada por el ladrón de ella, y luego, el ladrón y el dueño de la cosa, solicitaran su devolución. Obviamente, la restitución debe hacerse al dueño, pero de no aparecer éste, debe restituirse al ladrón:*

*D.16.3.1.39: Si un poseedor de mala fe, o un ladrón, hubieren depositado, cree Marcelo que también éstos demandarán con razón por la acción de depósito, pues les interesa por responder de la cosa.<sup>270</sup>*

- d) *Cuando el ladrón deposita la cosa sustraída en manos del propio dueño de ella, si éste se entera que la cosa depositada le pertenece, no está obligado a restituirla al ladrón.*
  
- e) *Cuando los bienes del depositante han sido confiscados en su totalidad, las cosas depositadas no deben ser restituidas a él sino al Tesoro Público:*

---

<sup>270</sup> D.16.3.1.39: Ulpianus 30 ad ed. Si praedo vel fur deposuerint, et hos marcellus libro sexto Destorum putat recte depositi acturos: nam interest eorum eo, quod teneantur.

**D.16.3.31 pr:** *La buena fe que se exige en los contratos requiere la máxima equidad. Pero ¿la estimamos según el mero derecho o con arreglo a los preceptos civiles y pretorios? Por ejemplo: un reo de pena capital te depositó cien mil sestercios; fue deportado y confiscado sus bienes: ¿se le han de devolver al mismo o se han de llevar al tesoro público? Si sólo tenemos en cuenta el derecho natural y el de gentes, se han de restituir al que los dio, si el derecho civil y el orden legal, más bien han de llevarse al tesoro público, porque el castigado públicamente debe padecer necesidad para que con su ejemplo aparte a los demás de los crímenes.*<sup>271</sup>

#### **2.4. Acciones Derivadas del Depósito.**

*Como ya dijimos anteriormente, el derecho clásico no reconoció al depósito como un verdadero contrato. Las XII Tablas lo sancionaban con una actio in duplum contra el depositario infiel. Esta acción desaparece en la época republicana, hacia fines de la cual el pretor otorga una actio in factum para proteger los intereses del depositante. A comienzos del Imperio, cuando el depósito era considerado un verdadero contrato, se lo protege con un actio in ius concepta, con cláusula ex fide*

---

<sup>271</sup> D.16.3.31pr: Tryphonus 9 disp. Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.



*bona. El depositante podía elegir entre la fórmula in factum y la fórmula in ius, pues ambas siguieron vigentes durante la época clásica.*

*El Edicto pretorio de Juliano, contenía cuatro fórmulas:*

- a) Una fórmula in factum, por el doble del valor, en el depósito miserable.*
- b) Una fórmula in factum concepta in simplum, para el depósito regular.*
- c) Una fórmula in ius concepta para todo tipo de depósito (con cláusula ex fide bona)*
- d) Una fórmula sequestratoria para el secuestro.*

Durante el derecho Justiniano, surgen del depósito dos acciones para el reclamo de las obligaciones que emanan de él: la actio depositi directa (para el depositante) y la actio depositi contraria (para el depositario para los gastos y daños), ambas acciones son de buena fe:

**D.16.3.1.23:** *No cabe duda de que esta acción es de buena fe.*<sup>272</sup>

**D.16.3.5 pr:** *El depositario tiene la acción de depósito contraria, en la cual con razón no se jura de litigio estimado: porque no se demanda por haber faltado a la lealtad, sino para indemnizar al depositario.*<sup>273</sup>

---

<sup>272</sup> D.16.3.1.23: Ulpianus 30 ad ed. Hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet.

<sup>273</sup> D.16.3.5 pr: Ulpianus 30 ad ed. Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit.

En todo caso, la indemnización por impensas y daños ocasionados por la custodia, puede ser reclamada por el depositario en el mismo juicio entablado como directo por el depositante:

**D.16.3.23:** *El demandado con la acción de depósito, una vez que se compromete a devolver el esclavo, puede demandar útilmente ante el mismo juez por los alimentos que suministró al esclavo.*<sup>274</sup>

*La actio depositi directa era infamante y se concedía al depositante y a sus herederos contra el depositario y los suyos.*

### **3. EL COMODATO.**

*Debemos recordar que el comodato es un contrato sinalagmático imperfecto que solo eventualmente genera obligaciones para el comodante.*

#### **3.1. Obligaciones del Comodatario.**

---

<sup>274</sup> D.16.3.23: Modestinus 2 diff. Actione depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur.

- a) *Está obligado a usar la cosa de acuerdo con los términos y límites que se hayan establecido en el contrato, o de acuerdo con la naturaleza y destino naturaleza de la cosa. El comodato es un préstamo de uso, si se hace con la cosa un uso diferente al señalado, en el derecho Justiniano se cometía hurto (furtum usus):*

**D.13.6.17.3:** *Como el acto de comodar es cosa de liberalidad y conveniencia más que de necesidad, el fin y límites del comodato los señala el que concede el favor; pero después de haberlo hecho, es decir, después de haber comodado, no sólo la conveniencia, sino también la misma obligación del dar y recibir impide que señale entonces el fin con efecto retroactivo y quitar así intempestivamente el uso de la cosa comodada.<sup>275</sup>*

**D.13.6.5.8:** *Es más: el comodatario que usa de la cosa comodada de manera distinta a la convenida, queda obligado, no sólo por la acción de comodato,*

---

<sup>275</sup> D.13.6.17.3: Paulus 29 ad ed. Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntas fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntas est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvare quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.

*sino también por la de hurto, como escribe Juliano, 11 dig. Y si yo te hubiera comodado un libro de tablillas enceradas, y tú hubieras hecho escribir allí a tu deudor un documento quirografario, y luego yo lo hubiera borrado, si te lo hubiese comodado precisamente para que te hicieran allí un documento, dice Juliano que yo quedaré obligado por la acción contraria; si no fue con ese fin, y tampoco me advertiste tú que había allí un documento escrito, dice que me responderás tú por la acción de comodato, e incluso por la de hurto, ya que usaste de la cosa comodada de manera distinta que la convenida, por la misma razón que se obliga de hurto el que usa distintamente del caballo o del vestido comodados.<sup>276</sup>*

- b)** *La cosa debe restituirse en el lugar convenido con todos sus accesorios una vez que transcurra el tiempo estipulado en el contrato o el suficiente para el uso para el cual fue entregada la cosa. Si se acuerda un plazo para que el comodatario use la cosa, esto impide que comodante pida la devolución anticipada al vencimiento del plazo o al agotamiento del uso acordado. De no haberse incluido un acuerdo sobre plazo o uso, el comodatario está defendido ante una reclamación intempestiva de la cosa, porque puede no haber dolo de su parte al negarse a restituir así:*

---

<sup>276</sup> D.13.6.5.8: Ulpianus 28 ad ed. Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut iulianus libro undecimo Destorum scripsit. denique ait, si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio: si minus neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum, etiam teneris mihi, inquit, commodati: immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur.

**D.13.6.5 pr:** *Si se conviene la restitución del comodato en determinado lugar y tiempo, entra en el ministerio del juez el tener en cuenta el lugar y el tiempo.*<sup>277</sup>

**D.13.6.5.9:** *Hasta tal punto se debe responder en el comodato de la diligencia, que se debe responder de ella respecto a los accesorios de la cosa comodada; por ejemplo, te comodé una yegua, a la que acompañaba un potro: los antiguos jurisconsultos respondían que también debías responder de la custodia del potro.*<sup>278</sup>

**c)** *Debe restituirse la misma cosa recibida. Devolver implica restitución de la cosa sin deterioros:*

**D. 13.6.3.1:** *Si la cosa comodada es restituida sí, pero deteriorada, no se tendrá por restituida; y se restituye deteriorada, si no se indemniza el importe del deterioro, pues propiamente, no se dice que se restituye lo que se restituye deteriorado.*<sup>279</sup>

**d)** *Comodatario responde del dolo, la culpa y de la custodia. Debemos recordar que la custodia fue primitivamente una responsabilidad por culpa. Comodatario respondía cuando la pérdida, deterioro o destrucción de la cosa era imputable a su culpa*

---

<sup>277</sup> D.13.6.5 pr: Ulpianus 28 ad ed. Si ut certo loco vel tempore reddatur commodatum convenit, officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeas.

<sup>278</sup> D.13.6.5.9: Ulpianus 28 ad ed. Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt.

<sup>279</sup> D.13.6.3.1: Ulpianus 28 ad ed. Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videtur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur.

*(culpa levis in abstracto) También respondía el comodatario por todos aquellos actos que se consideraban evitables si se hubiese tenido mayor cuidado y vigilancia con la cosa, en cambio, no responde por los hechos inevitables, aun con la mayor diligencia y cuidado, se trata del caso fortuito y la fuerza mayor:*

**D.13.6.5.5:** *Debe responder, claro está, de la custodia, incluso diligente, de la cosa comodada.<sup>280</sup>*

**D.13.6.5.4:** *Pero debemos decir que no debe imputarse al comodatario los accidentes que provienen de su vejez o enfermedad, o lo que ha sido robado por los atracadores, o casos similares, a no ser que intervenga alguna culpa. Por tanto, si algo ocurre por incendio, ruina, u otro daño fatal, no queda obligado, a no ser que pudiendo salvar las cosas comodadas, prefirió acaso salvar las propias.<sup>281</sup>*

**D.13.6.18 pr:** *En las cosas comodadas debe ponerse tanta diligencia como pone la persona en sus propias cosas, de modo que tan sólo deje de*

---

<sup>280</sup> D.13.6.5.5: Ulpianus 28 ad ed. Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.

<sup>281</sup> D.13.6.5.4: Ulpianus 28 ad ed. Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.

*responder por los riesgos inevitables, como muertes de esclavos que ocurren sin su dolo o culpa, ataques de atracadores o enemigos en guerra, asaltos de piratas, naufragios, incendios y fugas de esclavos, que no solían vigilarse. Lo dicho de los atracadores, de los piratas y del naufragio, hemos de entenderlo en el sentido de que la cosa fuera comodada a alguien con permiso para llevársela de viaje; porque si el comodatario a quien dejé la plata del servicio de mesa, porque me decía que iba a tener invitados unos amigos a cenar, se la hubiese llevado de viaje, no hay duda de que responderá también del riesgo de piratas, atracadores y naufragio. Esto siempre que la cosa se haya comodado en interés del comodatario exclusivamente, pues si fue en interés de ambos, por ejemplo, si hubiéramos invitado a cenar a un amigo común y tu habías tomado el cuidado de la plata que yo te hubiera comodado, deberás responder tan sólo del dolo, según opinión que encuentro en los libros de algunos jurisconsultos; pero hemos de ver si no responde también de la culpa, y no debe hacerse la estimación de la culpa, como suele hacerse en las cosas pignoradas y en las cosas dotales.<sup>282</sup>*

---

<sup>282</sup> D.13.6.18 pr: Gaius 9 ad ed. provinc. In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. haec ita, si dumtaxat

*Como la responsabilidad del comodatario abarca la culpa y la custodia, si la cosa mueble objeto del comodato era hurtada por un tercero, el comodatario respondía frente al comodante, sin que pudiera eximirse objetando que había vigilado la cosa con la debida diligencia. En razón de esta especial responsabilidad, el comodatario estaba legitimado para ejercer la actio furti contra el ladrón.*

*Hubo casos en que el comodatario respondía incluso del caso fortuito y de la fuerza mayor.*

- a) Cuando expresamente se hubiere comprometido a responder por el caso fortuito o la fuerza mayor (contractus ex conventione legem accipiunt)*
- b) Cuando la cosa que se dio en comodato hubiese sido estimada, en cuyo caso el comodatario era siempre responsable por la estimación o valor de la res sibi commodata, ya que se consideraba que la fijación de valor o estimación implicaba una mayor responsabilidad:*

**D.13.6.5.3:** *El comodato no tiene utilidad generalmente más que para el comodatario, y así es más exacta la opinión de Quinto Mucio cuando cree*

---

accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicam ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotibus aestimari solet.



*que debe responder por la culpa y de su diligencia, y si la cosa se dio acaso con estimación, que debe responder de todo riesgo aquél que aceptó pagar la estimación.*<sup>283</sup>

- c) *Cuando se ha destinado la cosa comodada a usos distintos a los pactados o convenidos:*

**D.13.6.5.7:** *A veces incluso pertenece al comodatario el riesgo de muerte, como, por ejemplo, si te hubiese comodado un caballo para que lo llevaras a la finca y tú lo hubieras llevado a la guerra, quedarás obligado por la acción de comodato; y lo mismo con un esclavo; claro que si fue para que lo llevaras a la guerra, el riesgo es mío. Porque si yo te hubiese comodado un esclavo albañil y hubiera caído del andamio, dice Namusa que el riesgo es mío; mas yo creo que esto es exacto si te lo comodé para que trabajara en el andamio, pues si fue para trabajar en tierra, y tú lo mandaste subir al andamio, o también si ocurrió el daño por culpa del andamio que otra persona había amarrado sin la debida diligencia, o por estar gastados los tablones y cuerdas, entonces digo que el daño ocurrido por culpa del comodatario, debe indemnizarlo él. También escribió Mela que, si hubiera perecido bajo el*

---

<sup>283</sup> D.13.6.5.3: Ulpianus 28 ad ed. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est quinti mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

*andamio un esclavo comodado a un cantero, queda obligado por la acción de comodato el obrero que amarró el andamio sin la debida diligencia.*<sup>284</sup>

- d) *Cuando el comodatario ha incurrido en culpa o dolo, como si en un incendio prefirió salvar lo suyo a la cosa comodada:*

**D.44.7.1.4:** *El mutuario, si por cualquier accidente perdiera lo que ha recibido, no deja por ello de estar obligado; el comodatario, en cambio, queda sin responsabilidad si lo hubiera perdido por caso mayor, al que no puede resistir la debilidad humana, como es un incendio, un derrumbamiento, un naufragio; en otro caso, debe responder por la diligencia más rigurosa, no basta que preste la misma diligencia que pone en sus propios bienes, si existe quien podría custodiar la aquella cosa con mayor diligencia. Más, aun en los casos mayores, si hay culpa por su parte, queda obligado; por ejemplo, si con el pretexto de que iba a invitar a unos amigos a cenar, hubiera recibido una*

---

<sup>284</sup> D.13.6.5.7: Ulpianus 28 ad ed. Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit.

*vajilla con ese fin y hubiera querido llevársela de viaje, y aquella se hubiera perdido en un naufragio, atraco de bandidos o asalto de enemigos.*<sup>285</sup>

- e) *Cuando el comodatario hubiere caído en mora por su culpa.*
- f) *Cuando el caso fortuito a devenido por causa de un hecho positivo o negativo del comodatario.*
- g) *Si el comodatario entregaba la cosa a un tercero para que se la entregara al comodante, y la cosa perecía, se destruía o dañaba en poder del tercero, hay que distinguir:*
  - *Si el comodante había designado al tercero para que le entregara la cosa, el comodatario estaba libre de responsabilidad:*

**D.13.6.19:** *No hay duda de que los guardianes mediante alquiler y los comodatarios no deben responder del daño causado injustamente por un*

---

<sup>285</sup> D.44.7.1.4: Gaius 2 aur. Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.

*tercero, pues ¿Qué cuidado o diligencia nuestros pueden bastar para que un tercero no cause daño en una cosa que tenemos?*<sup>286</sup>.

**D.13.6.10.1:** *Si di una cosa a alguien para que la examinara, se pregunta si es semejante a un comodatario; y si la di a causa de mi interés, por querer saber cuánto podía valer, responderá tan sólo por su dolo; sí, en cambio fue por su interés, también responderá por la custodia, y consiguientemente tendrá la acción de hurto. Si se pierde la cosa cuando se la llevaban, el riesgo es mío si yo había mandado quien la llevase, pero si él encargó a quien quiso, me responderá incluso por su culpa, si tenía interés en recibir la cosa.*<sup>287</sup>

- *Si el comodante no había designado al tercero, comodatario se hacía responsable de toda pérdida o daño, a no ser que, manifiestamente haya designado a una persona de honestidad y capacidad reconocidas:*

**D.13.6.20:** *Si yo hubiese entregado el servicio de plata que me comodaste, para que te lo devolviera, a un esclavo mío tan idóneo que no podía*

---

<sup>286</sup> D.13.6.19: Iulianus 1 D. Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?

<sup>287</sup> D.13.6.10.1: Ulpianus 29 ad sab. Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit: si sui, et custodiam: et ideo furti habebit actionem. sed et si dum refertur perit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit: si vero ipse cui voluit commisit, aequae culpam mihi praestabit, si sui causa accepit.

*esperarse pudiera ser engañado por unos maleantes, en el caso de que éstos se hubiesen quedado con la plata, la pérdida es para ti y no para mi.*<sup>288</sup>

*La responsabilidad del comodatario en caso de vis maior con resultados dañosos para la cosa a él imputables se limita al dolo, con exclusión de la culpa, cuando:*

**a)** *Así se convino:*

**D.13.6.5.10:** *Claro que a veces en el comodato, el comodatario responderá tan sólo del dolo; por ejemplo, si así se convino; o si el comodante obraba en interés propio, quizás para recibir más adornada a su prometida o a su esposa; o si el pretor que daba una representación teatral con ocasión de su elección, comodó algo a los actores u otra persona quiso comodarlo al mismo pretor.*<sup>289</sup>

**b)** *En los casos en que el comodato se ha celebrado para proporcionar un interés o ventaja exclusivos para el comodante, el comodatario sólo respondía del dolo. En cambio, si el comodato se celebró en beneficio común y recíproco del comodante y comodatario, éste respondía del dolo y de la culpa levis in concreto.*

*El dolo futuro nunca puede ser excluido por convenio anticipado:*

---

<sup>288</sup> D.13.6.20: Iulianus 3 ad urs. ferocem. Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines interceptissent.

<sup>289</sup> D.13.6.5.10: Ulpianus 28 ad ed. Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit.

**D.13.6.17 pr:** *No vale en el comodato el pacto de no responder por dolo.*<sup>290</sup>

- c) *El comodatario está obligado a soportar los gastos ordinarios propios de la cosa comodada, tales como la alimentación del esclavo o animal.*
- d) *Comodatario está obligado a pagar al comodante el importe de los perjuicios y deterioros que hubiere ocasionado a la cosa comodada.*

### **3.2. Obligaciones del Comodante.**

- a) El comodante debía indemnizar los daños que hubiere sufrido el comodatario en virtud de vicios o defectos ocultos de la cosa, pero solamente en el caso de que conociere dichos vicios o defectos, es decir, cuando el comodante hubiere actuado con dolo o culpa grave:

**D.13.6.18.3:** *Asimismo debe ser condenado el comodante por haber comodado a sabiendas recipientes defectuosos en los que el vino o el aceite se estropeó o se derramó.*<sup>291</sup>

**D.13.6.17.5:** *Perdí una cosa comodada, y pagué por ella el valor; tú la recuperaste luego: dice Labeón que por la acción contraria debes entregarme la cosa o restituirme el valor que cobraste de mí.*<sup>292</sup>

---

<sup>290</sup> D.13.6.17 pr: Paulus 29 ad ed. In commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est.

<sup>291</sup> D.13.6.18.3: Gaius 9 ad ed. provinc. Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.

**D.13.6.22:** Si el esclavo que te hubiese comodado cometió hurto, se pregunta si bastará la acción de comodato contraria (como compete si hiciste alguna impensa en la curación del esclavo) o hay que demandar con la acción de hurto. No hay duda de que el comodatario tiene la acción de hurto como noxal, pero que el comodante queda obligado por la acción de comodato contraria cuando comodó un esclavo así sin saber el comodatario cómo era, pero él sí.<sup>293</sup>

- b)** *Comodante debe reembolsar o resarcir los gastos necesarios y extraordinarios (impensae) que el comodatario se vio obligado a realizar sobre la cosa para conservarla en buen estado, siempre que los mismos no fueran objeto del goce de la cosa:*

**D.13.6.18.2:** *Pueden existir justas causas por las que debe demandarse al comodante; por ejemplo, por las impensas hechas en la curación del esclavo o las que se hubiesen hecho con motivo de fuga, para buscarlo y detenerlo, porque, en cambio, las impensas de manutención pertenecen como es natural al comodatario; pero incluso lo dicho acerca de las impensas de curación y*

---

<sup>292</sup> D.13.6.17.5: Paulus 29 ad ed. Rem commodatam perdidit et pro ea pretium dedi, deinde res in potestate tua venit: labeo ait contrario iudicio aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere.

<sup>293</sup> D.13.6.22: Paulus 22 ad ed. Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est, contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit.

*fuga debe referirse a las impensas mayores, pues las menores es más exacto que pertenezcan al comodatario al igual que las impensas de manutención.*<sup>294</sup>

*En los dos casos anteriores y para garantía de sus derechos, el comodatrio gozaba del ius retentionis (derecho de retención), por el cual podía negarse a restituir la cosa comodada mientras el comodante no le resarciera los daños o le reembolsare los gastos a su cargo. También el comodatario podía oponer en compensación las sumas que el comodante le adeudare:*

**D.13.6.18.4:** *Y lo que se puede conseguir con la acción contraria puede obtenerse también por compensación en la acción directa; pero puede ocurrir que lo que debe conseguir el adversario por contrapartida sea más, o que el juez no opere la compensación, o que no se le demanda para restituir la cosa comodada, por haberse perdido ésta casualmente o haberse restituido sin necesidad de intervención judicial: hemos de decir en estos casos que es necesaria la acción contraria.*<sup>295</sup>

---

<sup>294</sup> D.13.6.18.2: Gaius 9 ad ed. provinc. Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet: veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibarium impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibarium ad eundem pertineant.

<sup>295</sup> D.13.6.18.4: Gaius 9 ad ed. provinc. Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea



### **3.3. Acciones Derivadas Del Comodato.**

*El comodante para el ejercicio de sus derechos contaba con la actio commodati directa.*

*Como en un principio el comodato estaba fuera del ius civile, su protección fue sólo pretoria y la actio commodati directa era una actio in factum concedida por el pretor. Reconocido luego por el ius civile, en tiempos de Adriano (Edicto de Juliano), la actio commodati fue un actio in ius.*

*Existen dudas de si la actio commodati in ius concepta incluía la cláusula ex fide bona. Aunque Gayo no menciona a la actio commodati entre los iudicia bona fidei, el desarrollo de la fórmula in ius concepta resulta inentendible si no se admite que contuviese la cláusula ex fide bona. La fórmula in factum concepta se desarrolló en la época Republicana, cuando el commodatum aun no había sido reconocido por el ius civile. La fórmula in ius concepta, debió corresponder a este período aunque no fuese considerada como una fórmula in ius concepta, el juez estaría autorizado para resolver conforme a la bonae fides, en contraste con el ius civile.*

---

res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.

*Corresponde al actor la prueba del hecho de haber habido un comodato, y al demandado, la de haberla devuelto (reddere); la condena es al quanti ea rest erit, esto es, al valor de la cosa en el momento mismo de la sentencia. La fórmula no contiene cláusula arbitraria, pero el demandado se exonera de la condena en virtud del mismo supuesto de hecho que ella incluye, de no haber habido devolución, pues si devuelve, incluso después de la litis contestatio, ese supuesto falla y debe haber absolución. Pagada la condena, el comodatario la posee como comprador, y de no haber sido su dueño el comodante, la adquiere así por usucapión:*

***D.13.6.5.1:*** *Si alguien hubiera demandado por esta acción y hubiera cobrado la estimación del litigio que se le ofrece, hace que la cosa sea del que ofreció pagar la estimación.*<sup>296</sup>

*La actio commodati directa in factum concepta tendía a la devolución de la cosa, y si la misma no era devuelta, perseguía su aestimatio (valor de la cosa)*

*La actio commodati directa in ius concepta (ex fide bona), se dirigía a obtener todo lo que el juez considerase exigible de acuerdo con los dictados de la buena fe.*

---

<sup>296</sup> D.13.6.5.1: Ulpianus 28 ad ed. Si quis hac actione egerit et oblatam litis aestimationem susceperit, rem offerentis facit.

*Según el Profesor Alejandro Guzmán Brito, hasta la época de Trebacio, se confería una actio de dolo al comodatario. En las fuentes más tardías aparece una actio commodati contraria (o indicium contrarium), cuya inserción en el sistema Clásico es muy problemática, de modo que quizá se trate de un recurso formado en la época posclásica. No debe descartarse que en la anterior haya podido servir la actio negotiorum gestorum al comodatario para reclamar estas prestaciones del comodante.<sup>297</sup>*

En todo caso, para la protección de sus derechos, el comodatario contaba con la *actio commodati contraria*, que primero fue *in factum* y luego *in ius ex fide bona*. Esta acción servía para la reclamación de los gastos y daños sufridos por el comodatario, pero también podía utilizarse cuando el comodante no le permitía al comodatario servirse de la cosa con arreglo al contrato:

**D.13.6.17.1:** La acción de comodato contraria puede ejercitarse incluso sin la principal, como las otras acciones que se llaman contrarias.<sup>298</sup>

También se refieren a esta acción: **D.13.6.17.5** (ya transcrito): Para recuperar el valor pagado por la cosa perdida que después reapareció. **D.13.6.22** (ya transcrito): El esclavo prestado hurta algo al comodatario, y se pregunta si basta la *actio furti* o es necesaria la contraria del comodato.

**D.13.6.21.1** (acción contraria útil): Me comodaste una cosa y luego la hurtaste; al ser demandado luego por ti con la acción de comodato, sin saber

---

<sup>297</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro: Derecho Privado Romano, Edit. Jurídica de Chile, 1996, t. I.

<sup>298</sup> D.13.6.17.1: Paulus 29 ad ed. *Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae.*

yo que tu la habías hurtado, me condenó el juez, y pagué; descubrí más tarde que tú la habías hurtado, y se preguntó qué acción tengo contra ti. Respondió Juliano que no se da la acción de hurto, sino que me ha de servir la acción de comodato contraria.<sup>299</sup>

*En el caso de que el comodato fuese inválido, por falta de capacidad del comodatario, el comodante disponía solamente de la actio ad exhibendum o la reivindicatio para obtener la restitución de la cosa. En los últimos tiempos se otorgó la actio commodati directa contra el pupilo hasta la concurrencia del enriquecimiento por éste obtenido.*

Si el comodatario usa la cosa fuera del fin convenido con el comodante, o de un modo en que sería posible pensar en que este no lo aprobara, independientemente de que sufra pérdida o deterioro la cosa, comete hurto el comodatario (furtum usus) Pero el ejercicio de la actio furti excluye el de la actio commodati y viceversa. De acuerdo con las reglas generales, el comodante dispone además de la conditio furtiva contra el comodante si la cosa se perdió:

**D.44.7.34.1:** Si aquel a quien dejé una cosa en comodato la hubiera hurtado, responderá ciertamente por la acción de comodato y por la condición, pero,

---

<sup>299</sup> D.13.6.21.1: Africanus 8 quaest. In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi ac deinde meus servus subreptis his ad hostes profugit et postea sine vasis receptus est. habiturum me commodati actionem cum contubernalibus constat pro cuiusque parte: sed et illi mecum furti servi nomine agere possunt, quando et noxa caput sequitur. et si tibi rem periculo tuo utendam commodavero eaque a servo meo subripiatur, agere mecum furti possis servi nomine.

si elige una de ellas, extingue la otra de propio derecho o mediante excepción, que es más seguro.<sup>300</sup>

Los daños sufridos por la cosa imputables al comodatario, dan lugar a la actio legis Aquiliae en favor de su dueño, pero ejercida ésta, ya no puede intentarse la del comodato, y viceversa:

**D.13.6.18.1:** Si el acreedor pignoraticio, el comodatario o el depositario deterioran la cosa recibida, no sólo se dan estas acciones de que estamos tratando, sino también la de la ley Aquilia; pero ejercitada la una, se quitan las otras.<sup>301</sup>

## **CAPITULO VI: LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS INNOMINADOS.**

### **1. INTRODUCCIÓN.**

A la hora de analizar los contratos innominados, será necesario revisar su evolución histórica, separada en etapas, sobre la base de los textos jurisprudenciales que clásicos y posclásicos nos han legado, teniendo presente tanto la evolución que las propias figuras presentaron en el Derecho Romano, como la evolución que ha experimentado el pensamiento romanista a su respecto.

---

<sup>300</sup> D.44.7.34.1: Paulus I.S. de concurr. act. Si is, cui rem commodavero, eam subriperit, tenebitur quidem et commodati actione et conditione, sed altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius.

<sup>301</sup> D.13.6.18.1: Gaius 9 ad ed. provinc. Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis aquiliae: sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.

Efectivamente, durante el último siglo, el pensamiento romanista ha experimentado una evolución sustancial. Desde una posición conservadora o tradicional de la teoría de los contratos innominados, según la cual ya en la Época Clásica hay atisbos de estos como figuras contractuales, se ha ido abriendo paso, desde principios del siglo pasado, una postura más moderna que sostiene que los estos no se configuran como tales sino hasta la Época Justiniana, siendo erradas las concepciones que los sitúan en la Época Clásica, e incluso a fines del Imperio, fundamentalmente por cuanto ello no se condice con la mentalidad de los juristas de la época, y ven en la doctrina tradicional un error que es consecuencia directa de la manipulación del pensamiento de los juristas clásicos en la obra de los compiladores. Esta nueva teoría es impulsada en el pensamiento romanista por autores como Gradenwitz, Pernice, Naber, Perozzi, De Francisci, Lenel, y seguida por autores como Arangio Ruiz, Giffard, Kunkel y Schulz<sup>302</sup>. Estos autores dudan de la posibilidad de que hayan sido juristas de la Época Clásica quienes sentaron las bases de la Teoría de los Contratos Innominados, y sus argumentos pueden sintetizarse en:

- a) Los textos clásicos que han llegado a nosotros gracias al esfuerzo de los interpoladores han sido profundamente desvirtuados por éstos por causa de labor, con lo cual, no hay certeza que lo que en los textos se atribuye a tal o cual jurista corresponde con lo que efectivamente éste aconsejó en su tiempo;
- b) En segundo lugar, por la serie de errores gramaticales e inconsistencias que se presentan, tanto en el mismo texto como entre un texto y otro, parece dudoso que efectivamente correspondan a la opinión de un jurista, hombre instruido que por su saber profundo y notable es consultado acerca de los temas jurídicos más controversiales, y cuyas opiniones son recogidas para la posteridad;

---

<sup>302</sup> Según Juan Iglesias en su obra "Derecho Romano: Historia e Instituciones", Ediciones Ariel, Barcelona, 1972, nota al pie número 290, pp.251.

- c) En tercer lugar, la lógica que desarrollan los textos que sirven de base a la doctrina tradicional, en opinión de los modernos, no corresponde a la lógica imperante en los tiempos clásicos, mientras que encaja sin problemas en la seguida por los posclásicos, así por ejemplo ocurre con el concepto de *synallagma*, el cual aparece mencionado en textos atribuidos a autores clásicos, mientras que su recepción en el pensamiento romano es muy posterior.
- d) Finalmente, se argumenta la gran variedad de nombres con que se trata en los textos a la comúnmente conocida como *actio praescriptis verbis*, lo cual estos interpretan como una muestra de que los compiladores se esmeraron en hacer concordar las soluciones propuestas por los diversos juristas clásicos que se pronunciaron acerca del tema. En el mismo sentido, Juan Iglesias anota: “Esta intrincada variedad de medios, junto con la especial relación en que se muestran algunos de ellos y con las denominaciones diversas que se dan a la acción por la que se pide la contraprestación, obliga a pensar en un crecido laboreo de manos postclásicas y justinianeas.”<sup>303</sup>

En opinión de los romanistas modernos, los justinianeos habrían introducido modificaciones en los textos clásicos a fin de hacerlos concordantes con las teorías imperantes en la época en la que desarrollaron su tarea compiladora, lo que explicaría las inconsistencias acusadas. Así ocurriría, por ejemplo, con la acción que permite al contratante cumplidor compeler al incumplidor a efectuar la prestación debida, la cual recibe en los textos una enorme cantidad de denominaciones (*actio praescriptis verbis*, *actio in factum civilis*, *actio civilis incerti*, *actio incerti*, y *agere praescriptis verbis*) lo cual, en opinión de éstos, sólo se explica por el intento de los compiladores de concordar las distintas alternativas propuestas por los clásicos, y así sustentar un sistema uniforme capaz de configurar una teoría.

---

<sup>303</sup> Iglesias, Juan. Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. Ediciones Barcelona, 1972. p. 452.

Hay también autores modernos de posturas algo más moderadas, que, si bien dudan que la Teoría de los Contratos Innominados como la presentan los textos de los compiladores haya comenzado a desarrollarse en la Época Clásica, ven en ésta época el germen de su creación, y admiten, a diferencia de los autores más radicales en el tema, la posibilidad de que ya en el Edicto Pretorio se haya tutelado el *aestimatum* o contrato estimatorio con la *actio aestimatoria*, que es la *actio praescriptis verbis* aplicada a éste contrato. Entre ellos se destaca en Chile don Alejandro Guzmán Brito.

En conclusión, si se estima que los textos que se refieren a los Contratos Innominados no fueron manipulados por los compiladores, se está siguiendo la Doctrina Tradicional, si se admite que algunos fragmentos fueron objeto de manipulación, se está optando por una Teoría Moderna más Moderada; pero si se estima que todos los textos que conceden un acción para exigir la prestación adeudada por el contrario fueron objeto de alteraciones, se está reconociendo la Doctrina Moderna más Extrema.

## **2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS.**

No es posible hablar de los contratos innominados, también llamados *nova negotia*, sin atender a su desarrollo histórico, debido a que, como se verá, si bien no hay consenso en cuanto a su verdadera génesis y la época de sus primeros reconocimientos, es innegable que no reciben durante la Época Clásica el mismo tratamiento que en la Época Justiniana.

### **2.1. Albores de los Contratos Innominados en el Sistema Contractual Romano.**



Hay acuerdo en que en un principio, a lo menos durante la primera mitad de la Época Clásica, los posteriormente denominados “contratos innominados” generaban simplemente obligaciones naturales, carentes de acción para exigir su cumplimiento; su reconocimiento como contratos, en el sentido en que ello debe entenderse en el Derecho Romano antiguo, fue gradual y prolongado en el tiempo. Esto es consecuencia directa de la noción de contrato que poseían los romanos.

Los romanos, particularmente los clásicos, no idearon, diferencia del derecho moderno una teoría general del contrato, como señala Arangio-Ruiz, “el punto de partida en el desarrollo de la doctrina romana del contrato no está en un concepto genérico de *contractus*, capaz de coger en sí, como recipiente, cualquier contenido obligatorio, sino en el haber reconocido poco a poco la oportunidad de que surgiese, de ciertos actos o declaraciones de voluntad, la obligación del comportamiento correspondiente”<sup>304</sup>; en otros términos, el Sistema Contractual Romano no conoció el principio de la Libertad Contractual, hoy principio rector en materia de contratación, tras lo cual, el simple acuerdo de voluntades carecía de eficacia obligatoria, a menos de que el acuerdo de voluntades configurase alguna de las figuras típicamente reconocidas como vinculantes, o de que se celebrase de modo tal que se revistiera de alguna de ellas, como por ejemplo, que se acordase bajo estipulación. De este modo, sólo se reconocían como contrato, en el sentido en el que hoy lo entendemos, los actos jurídicos a los cuales el ordenamiento romano atribuía eficacia, capacidad de hacer surgir un vínculo obligatorio entre dos o más personas. De ello se desprende una de las características esenciales del Sistema Contractual Romano: “no hay derecho sin acción”, vale decir, el simple acuerdo de voluntades no basta para crear obligación civil, sino que es menester que esté reconocido como vinculante a través de su tutela jurídica por medio de una acción. Bajo este sistema entonces, los únicos acuerdos de voluntades dotados de obligatoriedad eran los amparados por una acción.

---

<sup>304</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano; Editorial de Palma, B.A.; 1952; Primera Edición, p. 352.

Así, en una primera etapa, el vínculo obligatorio solo nacía con la realización de ciertos actos solemnes preestablecidos a los cuales las partes debían ceñirse, sin serles posible modificar ni su forma ni efectos; es el caso de los *litteris* y los *verbis*. Luego, por vía jurisprudencial, este restringido concepto de contrato se amplía al elevar a la categoría de contratos a convenios que se celebraban sin sujeción ni a palabras ni a escritos sacramentales, sino que su perfeccionamiento venía dado por la *datio* de la cosa que constituía su objeto. Posteriormente, cuando se reconoce respecto de ciertas figuras el simple consentimiento de las partes como suficiente para dotar de obligatoriedad a lo pactado, es decir, cuando el derecho reconoce los contratos consensuales, la rigidez del Sistema Contractual Romano se atenúa considerablemente, si bien persiste, pues aunque admite el consensualismo, lo restringe a los casos en los cuales el derecho así lo permitía, otorgando una acción. Al respecto, dice Juan Iglesias: “por excepción, el derecho Civil otorga fuerza obligatoria al simple *consensus*(...) En los demás casos, la fuerza obligatoria se hace depender, según la disciplina de ese mismo Derecho, de un elemento real -contratos *re-* o formal – contratos *verbis* o *litteris*.”<sup>305</sup>

En otros términos, en el Derecho Romano los contratos se enmarcaban en cuatro categorías:

- a) **Reales**: aquellos que generan obligaciones *quae re fiunt*, y que requieren para su perfeccionamiento la entrega de la cosa, como ocurre con el mutuo, el comodato, la prenda y el depósito.

---

<sup>305</sup> Iglesias, Juan. Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. Ediciones Barcelona, 1972. p. 451.

- b) Verbales: aquellos que generan obligaciones *quae verbis fiunt*, y que se perfeccionan solamente a través de la manifestación a viva voz del consentimiento, como ocurre con la estipulación.
- c) Literales: aquellos que generan obligaciones *quae literis fiunt*, y que para ser válidos requieren constar por escrito.
- d) Consensuales: aquellos que generan obligaciones *quae consensu fiunt*, y que se perfeccionan por el sólo consentimiento de las partes, como la compraventa, la sociedad y el mandato.<sup>306</sup>

Desde esta perspectiva, puede conceptualizarse al contrato en el derecho romano como “aquel acuerdo de voluntades destinado a producir obligaciones entre quienes en él consienten, previsto y reconocido la legislación civil y amparado por una acción”. Todos los negocios restantes no comprendidos en la situación anterior, no pasarían de ser simples pactos. Así entonces, el que en virtud de un acuerdo de voluntades que involucrase prestaciones recíprocas, una de las partes cumpliera con lo acordado no concedía a la parte cumplidora el derecho a hacer ejecutar la prestación de la contraria, a menos que lo convenido se enmarcase dentro de alguna de las figuras típicas reconocidas mediante su tutela a través de una acción concedida específicamente para tales efectos. Con ello, en este sistema, las figuras que no se enmarcaban en las categorías anteriores no tenían cabida, llamándoseles luego “*innominadas*” (ἀνώνομον συνάλλαγμα) por oposición a las convenciones con “*proprium nomen*”, que era el modo en que se llamaba a las convenciones previstas y reconocidas por el derecho y amparadas por una acción. No obstante lo anterior, el negar eficacia a estas convenciones aun cuando una de las partes ha cumplido con su prestación resulta inequitativo cuando una

---

<sup>306</sup> Clasificación siguiendo al memorista don José Manuel Eguiguren Ortúzar, en su Memoria “Contratos Innominados y Pactos en el Derecho Romano”. 1945, p. 7.

de las partes, y precisamente quien incumplió la palabra empeñada, se beneficia del perjuicio que experimenta la parte cumplidora.

El Derecho Romano, imbuido por los ideales de equidad y justicia, como es lógico, no obstante no tutelar estas convenciones como figuras contractuales (es decir el no estar provistos de una acción que los amparara), tampoco fue indiferente a las numerosas situaciones de injusticia que a causa de estos acuerdos de voluntades habrían de producirse. Claramente, el que se efectuase una prestación en virtud de haberse convenido entre dos partes que cada una efectuaría una prestación a favor de la otra, sin que a ello siguiera la contraprestación pactada implicaba un enriquecimiento injusto de la parte incumplidora, una injusta ventaja patrimonial contraria a toda equidad, a la vez que implicaba un grave perjuicio para la parte cumplidora, quien veía vulnerado su interés en el negocio convenido al no poder ya disfrutar de lo dado ni obtenido lo que esperaba a cambio de ello. Más aun, habría sido inconcebible para el ideal romano de justicia haber tolerado que la parte incumplidora se aprovechara sin más de su torcida conducta, ante lo cual, el Derecho Romano arbitró “remedios” que salvaran esta situación de inequidad.

El sistema contractual de la época entonces, en esta primera fase, privó a estos negocios de tutela como figura contractual. Como ello acarreaba la imposibilidad de compeler al incumplidor a ejecutar lo acordado, buscando por un lado evitar una injusta ventaja patrimonial para quien faltó a su palabra, y por otro restituir la situación de las partes al estado anterior, para proteger a quien cumplió, se concedió a la parte cumplidora la “*condictio ob rem dati*”, la cual el Derecho Justiniano llamaría “*condictio ob causam datorum*” o “*condictio causa data causa non secuta*”, por cuanto en estas convenciones las obligaciones de las partes se sirven recíprocamente de causa. Al respecto, señala un fragmento (atribuido a Paulo) del libro XIX del Digesto de Justiniano:

**D.19.4.1.4:** Pero para que se nos devuelva lo que dimos, tiene lugar la condición, como por causa no correspondida.<sup>307</sup>

La *condictio causa data causa non secuta* viene entonces a permitir, ya en esta etapa, que el cumplidor recupere aquello que ha dado cuando la causa de ello (“*causa retinendi*”)no se configura. En este sentido, señala Teresa Jiménez-Candela<sup>308</sup>: “la denominación e *condictio causa data causa non secuta*, o *condictio ob causam datorum*, describe el supuesto básico de que la causa antecedente, que justifica la relación no haya concurrido y deba proceder por ello la *condictio*.”

La *condictio ob rem dati* no es sino una variedad de la *condictio sine causa*, y se funda en una transferencia de la propiedad de una cosa en virtud de una causa que ha dejado de existir, lo cual, conforme a la equidad, obliga a restituir. No obstante, como es obvio, ello sólo es aplicable en tanto la prestación ejecutada por causa de lo acordado consistiese en una cosa, vale decir es válido sólo para las hipótesis del *do ut des* y del *do ut facias*, puesto que si la prestación cumplida consistía en un hacer, era imposible su restitución, ya que los hechos no pueden ser restituidos. Esto hace a la tutela del interés de la parte cumplidora insuficiente en dos aspectos: en primer lugar, no permitía la ejecución forzada de lo pactado, sino solo la mera restitución de lo entregado; y en segundo término, al ser útil sólo para obtener la restitución dejaba desprotegido a quien se adelantó a cumplir una prestación consistente en un hacer, puesto que *factum infectum fieri nequit*.

Para esta última situación fue de extrema importancia la “*actio dolis*”, de carácter penal. En una segunda fase de la evolución de los contratos innominados,

---

<sup>307</sup> D.19.4.1.4: sed ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est quasi re non secuta.

<sup>308</sup> Jiménez-Candela, Teresa. Derecho Privado Romano; Ediciones Tirant Lo Blanch, 1999, p. 408.

probablemente con posterioridad al siglo VII de Roma, al ser creada la “*actio doli*” por el pretor Aquilio Galo a fin de reprimir el dolo, se permitió, en opinión Foignet<sup>309</sup>, a quien hubiera cumplido su prestación valerse de ella para obtener del moroso de mala fe la reparación del perjuicio que le causaba el incumplimiento de la prestación por éste último prometida. Ello permitió extender este principio de equidad a las hipótesis en las cuales el cumplimiento se hubiese verificado a través de un hacer, vale decir para los casos de *facio ut facias* y *facio ut des*, siempre y cuando se probara que al incumplir habíase actuado con dolo.

No obstante mejorarse con ello la situación de quien ejecuta un *facias* en cumplimiento de una prestación cuya contraprestación no se verifica, esta acción no carece de inconvenientes: en primer lugar, se trata de una acción que requiere que se haya incumplido dolosamente, recayendo la carga de la prueba en quien cumplió, lo cual entraña una gran dificultad para el demandante al ser el dolo, como elemento subjetivo, de difícil prueba, además del hecho de que no todos los incumplimientos son necesariamente dolosos; en segundo lugar, acreditado el dolo, es la *actio doli* una acción rigurosa en demasía, por cuanto entraña condenación infamante. Finalmente, es también insuficiente la acción en cuestión, por cuanto es de carácter anual.

Hay que destacar que pese a lo tangencial de la tutela del interés de la parte cumplidora en esta época, podemos encontrar en la *condictio ob causa datorum* un antecedente de la actual *condición resolutoria tácita*, presente en nuestro actual derecho en todo contrato bilateral, para cualquier hipótesis en la cual no habiéndose verificado el cumplimiento de la prestación por la parte demandada, la otra parte puede optar, en vez de por el cumplimiento forzado de la obligación, por la resolución del contrato<sup>310</sup>. Esta condición resolutoria tácita, si bien no existió como institución en el

---

<sup>309</sup> FOIGNET, René. Manual Elemental, traducción de Arturo Fernández Aguirre. Editorial José M. Cajica, 1956, p. 157.

<sup>310</sup> Artículo 1489 del Código Civil Chileno: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Derecho Romano, existió, con todos sus distintivos, incorporada a los contratos innominados cuando, concedida la *actio praescriptis verbis*, fuese posible optar entre desistirse de lo pactado o su ejecución forzada. En este sentido, Paulo:

**D.19.5.5.1:** Y así, si yo diese dinero para recibir una cosa es compraventa, pero si doy una cosa para recibir otra, puesto que no se estima procedente que la permuta de cosas sea compra, no hay duda que nace una obligación civil, no para que me devuelvas lo recibido, sino para que seas condenado a mi favor en cuanto me interesa recibir aquello en que se convino, o bien, si yo quisiera recuperar lo mío, que se reclame lo que se dio, como dación para conseguir otra cosa que no fue correspondida.<sup>311</sup>

Finalmente, hay que decir respecto a la *condictio causa data causa non secuta* que Justiniano restringiría su ejercicio a aquellos casos en los que la razón del incumplimiento de la prestación convenida fuese imputable al deudor.

## **2.2. Tutela por la Actio Praescriptis Verbi.**

Como es posible advertir, los medios de tutela de la parte cumplidora estaban orientados esencialmente a obtener, en la medida de lo posible, la restitución de lo dado *ob causam*, es decir, tendían a volver las cosas al estado anterior, con lo que, si bien se lograba impedir que la parte incumplidora se beneficiase injustamente del cumplimiento de buena fe del cumplidor, no se tutelaba con ello eficientemente el

---

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.”

<sup>311</sup> D.19.5.5.1: Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.

interés de este último, interés que evidentemente sería mayor que para el incumplidor, en cuanto no sólo estaría dispuesto a realizar la prestación *ob causam*, sino que además se habría adelantado a hacerlo.

Para tutelar efectivamente el interés<sup>312</sup> de quien se adelantó a cumplir se hizo entonces imprescindible dotar al acuerdo de voluntades de fuerza obligatoria, para que en virtud de ello, fuese posible obtener del moroso, aun sin su voluntad, la ejecución de lo acordado. En este sentido, Papiniano:

**D.19.5.7:** Si te hubiese dado diez mil sestercios para que manumitas a Estico, y no lo hubieras hecho, demandará inmediatamente con la acción de palabras prescritas para que pagues en la medida de mi interés; y si no hay interés, te demandaré por la condición para que me devuelvas la cantidad.<sup>313</sup>

En la Época Posclásica o más probablemente en la compilación Justiniana<sup>314</sup>, el cumplidor contará con una acción de aplicación general para las figuras encaminada a la obtención de la contraprestación convenida o de la indemnización de los daños y perjuicios provocados con ocasión del incumplimiento, cuando la ejecución de la prestación resultase imposible. Esta acción se conoce en general como “*actio praescriptis verbis*”<sup>315</sup>.

Según los Romanistas Clásicos y algunos Modernos Moderados, a fines del siglo primero y principios del segundo de nuestra era habría comenzado a facultarse en

---

<sup>312</sup> Respecto al tema del interés, ver también el Capítulo II número 2.1 de este trabajo.

<sup>313</sup> D.19.5.7: Si tibi decem dedero, ut stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

<sup>314</sup> Según asevera Arguello en su Manual de Derecho Romano; 1998, Tercera Edición, p. 334.

<sup>315</sup> También se la llamó *actio civilis incerti*, *actio incerti*, *actio in factum civilis*, y *agere praescriptis verbis*.



ciertos casos a la parte cumplidora, mediante una acción *in factum*,<sup>316</sup> para exigir la prestación de la incumplidora. Así por ejemplo dice Paulo:

**D.19.5.1.pr:** Acontece a veces que, en defecto de los juicios establecidos y las acciones corrientes, al no poder hallar un nombre propio, recurrimos fácilmente a aquellas que se denominan acciones por el hecho. Pero lo trataré en breves palabras, para no dejar de poner algunos ejemplos.

Se desarrolla la idea de que la ejecución voluntaria de la obligación por una de las partes es causa suficiente para obligar civilmente a la otra parte. De este modo nace una fórmula que comienza ya no señalando el nombre de la figura contractual sobre la cual versa el litigio, sino que realizando la descripción de los hechos constitutivos de la relación jurídica que ligaba a las partes.

Según esta hipótesis, a principios del Imperio, buscando un modo de dar tutela jurídica a estos pactos, Sabinianos y Proculianos sentarían, aunque desde posturas antagónicas al respecto, las bases de la teoría que pasaría a nuestros días.

Dirían los primeros que figuras atípicas como la permuta no eran sino variantes de otros contratos si reconocidos por el derecho y tutelados por una acción específica, por lo que habría de aplicarse lo dispuesto para estos últimos por medio de una acción *in factum*.

Por el contrario, los proculianos veían en ellos figuras especiales que debían ser sancionadas en tanto una de las partes cumpliera con lo pactado. Esta habría sido la opinión que enérgicamente sustentaba Aristón<sup>317</sup>, bajo Trajano. Aristón habría sostenido

---

<sup>316</sup> D.19.5.1.pr: “Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam.”

<sup>317</sup> Cuq, Edouard. Instituciones Jurídicas de los Romanos, Volumen III. Versión castellana de A. Peralta P. Editorial el debate, 2ª Edición 1910, p. 40.

que en todos los casos en los cuales una persona hubiese verificado una *datio*<sup>318</sup> en cumplimiento de una convención bilateral, podría actuar “*praescriptis verbis*” para obtener el cumplimiento de la prestación contraria, acción que se atribuye al jurista Labeón. En este sentido diría Ulpiano que no siendo el negocio contrato, pero existiendo causa, habría obligación *ob causam* tutelada por la acción civil de cosa incierta, es decir, la acción de las palabras prescritas. Así en el libro II del Digesto de Justiniano:

**D.2.14.7.2:** Cuando el negocio no pasa de tener nombre de contrato, pero existe, sin embargo, una causa, respondió elegantemente Aristón a Celso que hay una obligación; por ejemplo, si te di una cosa para que me dieras otra, o bien te la di para que hagas algo; esto es <en griego> un *synallagma*, nace de aquí una obligación civil. Por ello estimo que Juliano ha sido reprochado rectamente por Mauricio respecto al siguiente caso: te di el esclavo Estico para que manumitas a Pánfilo; los has manumitido, y Estico fue objeto de evicción. Juliano escribe que el pretor ha de dar una acción por el hecho. Mauricio que basta la acción civil de cosa incierta, es decir, la acción de palabras prescritas, pues existe un contrato que Aristón llama <en griego> *synallagma*, de donde nace esa acción.<sup>319</sup>

Cabe señalar que en este texto, Aristón se vale del concepto *synallagma*, el cual, como ya se señaló, es uno de los fundamentos de los modernos para cuestionar la autenticidad de los textos recogidos por los compiladores. Desde otro punto de vista,

---

<sup>318</sup> Posteriormente, con los compiladores justinianeos, el reconocimiento alcanzaría las hipótesis de *facio ut facias* y *facio ut des*.

<sup>319</sup> D.2.14.7.2: Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter aristo celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc *synallagma* esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte iulianum a mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi stichum, ut pamphilum manumittas; manumisisti; evictus est stichus. iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est *praescriptis verbis* sufficere; esse enim contractum, quod aristo *synallagma* dicit, unde haec nascitur actio.

señala al respecto Juan Iglesias<sup>320</sup> que: “Aristón trata de dar empuje a un principio que tiene su punto de arranque en la concepción aristotélica del συνάλλαγμα(...)nace una *obligatio* siempre que *subsit tamen causa*, es decir, siempre que alguien da una cosa para obtener una contraprestación(...)Sin embargo, es menester esperar a la época postclásica para que la tentativa de Aristón reciba trato afortunado.”

Si bien se introduce en el pensamiento de los prudentes la lógica que obliga a sancionar un negocio bilateral no contemplado cuando una de las prestaciones convenidas es ejecutada en su cumplimiento, esta lógica en un principio se limita únicamente a las hipótesis de *do ut des* y *do ut facias*.

Según el memorista José Manuel Eguiguren Ortúzar<sup>321</sup>, ello pudo haberse debido a que la *datio* así ejecutada presentaba analogía con el mutuo, con lo cual habría sido lógico seguir las reglas a su respecto, sin apartarse con ello del Derecho Civil. No obstante, faltaba aún la lógica que permitiría aplicar este tratamiento a los negocios del tipo *facias*, si bien eran perfectamente análogos, salvo en cuanto a la naturaleza de la cosa objeto de la prestación. Al respecto, dice Eguiguren: “Creemos que fue el jurista aristón, bajo trajano, quién definió con más autoridad la teoría del contrato innominado. Pero el mismo Aristón no la proponía sino para los *negotia do ut des* y *do ut facias*(...) Pero para los negocios *facio ut des* y *facio ut facias* faltaba una analogía, y aunque la lógica y la equidad indicaban que a estos contratos no se les debía considerar distintos que a los primeros, los jurisconsultos tardaron bastante en admitir la nueva teoría para estos últimos contratos.” Agrega más abajo Eguiguren: “Cedieron primero para los *negotia facio ut facias*, pero la resistencia para los *negotia facio ut facias*<sup>322</sup> duraba aún a principios del siglo III, sin que sea posible determinar con

---

<sup>320</sup> IGLESIAS, Juan. Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. Ediciones Barcelona, 1972. p. 454.

<sup>321</sup> Eguiguren Ortúzar, José Manuel. Contratos Innominados y Pactos en el Derecho Romano. 1945. p. 11.

<sup>322</sup> Quiso decir *facio ut des*, según se desprende del contexto.

seguridad cuál fue el motivo. El jurisconsulto Paulo se niega claramente a admitir en estos últimos la idea de contrato, y no da como recurso al que ha ejecutado el hecho más que la acción de dolo. Finalmente, la teoría de los Contratos innominados debía triunfar, aún para los negocios *facio ut des*. Ulpiano la admite en toda su integridad, y Alejandro Severo la consagra en un rescripto.”

Esta situación entonces se habría prolongado bastante tiempo, para luego extenderse el reconocimiento primeramente al tipo *facio ut facias* y por último al *facio ut des*, ello, en opinión de Juan Trujillo Arroyo<sup>323</sup>, porque no se admitía con facilidad que a trueque de un hecho se exigiera una dación. Como Trujillo nos recuerda, “Primeramente, el derecho era determinado teniendo en cuenta, como se dijo ya, que estos contratos no se consideraron perfeccionados por el sólo consentimiento a la manera de los consensuales, sino más bien mediante la entrega o dación, por donde se asemejaban esos pactos a los contratos reales.”

Según el pensamiento Romanista Tradicional, la posición representada por Aristón habría prevalecido, para luego ser consagrada definitivamente por Alejandro Severo mediante un Rescripto<sup>324</sup>. Desde entonces, se asienta entonces en el derecho Romano el principio según el cual siempre que una persona ejecutase voluntariamente una convención sinalagmática no sancionada por el derecho, esta ejecución voluntaria de parte suya sería causa suficiente para obligar civilmente a la parte contraria. Con ello, la convención ejecutada por una de las partes se convirtió en contrato<sup>325</sup>, y la acción propuesta por Labeón, la *actio praescriptis verbis*, terminaría por imponerse.

---

<sup>323</sup> TRUJILLO ARROYO, Juan. Lecciones de Derecho Romano. 1934; Tercera Edición. P. 428.

<sup>324</sup> Según la memoria para optar al título de abogado de Francisca Protopsaltis, “Teoría de los Contratos Innominados en el Derecho Romano”, Universidad Central, 1996, p. 28.

<sup>325</sup> PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de Manuel Rodríguez Carrasco. Editorial Araujo, 1943, pp. 532 y siguientes.

De este modo, siguiendo la tesis tradicional, los Posclásicos estructurarían sobre la base de lo desarrollado por el Derecho Clásico una nueva categoría contractual que abarcaría las figuras contractuales que, conteniendo prestaciones recíprocas, no se enmarcasen en ninguna de las figuras típicas del Derecho Clásico.

Difieren de la postura tradicional varios autores, como Arangio-Ruiz<sup>326</sup>, quien, siguiendo una posición en extremo opuesta, sostiene que los proculeyanos se limitaron a conceder la *condictio* en repetición de lo dado, mientras que los sabinianos daban una acción *in factum* encaminada a exigir de la contraparte la prestación debida, tras lo cual, acumulando ambos medios de tutela, y extendiéndolos de la permuta a las demás figuras innominadas se llega a la solución planteada por los justinianeos.

Girard<sup>327</sup>, de una opinión más moderada respecto a la evolución de los Contratos Innominados, sostiene en cambio que dicha acción sólo fue aplicable al contrato estimatorio, mientras que los restantes se sancionaban mediante acciones *in factum* sin denominación, siendo la aplicación de la *actio praescriptis verbis* ampliada por Justiniano a los demás contratos innominados.

La aludida teoría moderna se basa en un texto de Ulpiano, el cual dice:

**D.2.14.7.2:** Se propone la acción estimatoria a fin de suprimir una duda, pues se dudó mucho si cuando se da para vender una cosa con estimación tenía lugar la acción de venta, debido a la estimación, o la de locación, como si se considerase que yo arrendaba la cosa para vender, o bien la acción de conducción, como si yo tomase en arriendo unos servicios, o bien la de mandato. Y pareció mejor que se propusiese esta acción, porque en cuanto se duda acerca del nombre de un contrato, pero conviene, no obstante, que

---

<sup>326</sup> Arangio Ruiz, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*; Editorial de Palma, B.A.; 1952; 1º Edición, p. 356.

<sup>327</sup> Girard, Pablo Federico; *Manuel Elementaire de Droit Romain*; p. 624.

se dé alguna acción, se ha de dar la acción estimatoria de palabras prescritas, pues hay un negocio civil, y ciertamente de buena fe; por lo cual tiene lugar aquí todo lo dicho respecto a las acciones de buena fe.<sup>328</sup>

Este pasaje sería sospechoso a los ojos de autores modernos, quienes señalan que Ulpiano no pudo haber dicho “en cuanto se duda acerca del nombre de un contrato, pero conviene, no obstante, que se dé alguna acción, se ha de dar la acción estimatoria de palabras prescritas”, ya que sería ilógico que comprendiendo el infinito número de negocios innominados posibles, en caso de duda recomendara a priori la acción estimatoria, pudiendo ser esta incompatible con la figura en particular.

Schulz<sup>329</sup> tiene una opinión bastante interesante, él señala que: “El desarrollo de los contratos reales innominados debe ser considerado como una fase de la lucha post-clásica contra la estipulación. Los juristas clásicos habrían dicho a las partes en estos casos: si ustedes desean celebrar un contrato obligatorio, deben recurrir a la estipulación, pero los juristas post-clásicos se mostraron siempre inclinados a disuadir a las partes de evitar el empleo de esta forma negocial.”

Volterra<sup>330</sup>, más contemporáneo, postula por su parte que juristas republicanos, a fin de librarse de la rigidez del sistema romano, habrían tutelado estos negocios, si bien

---

<sup>328</sup> D.19.3.1: Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.

<sup>329</sup> SCHULZ, Fritz. Derecho Romano Clásico; Traducción de José Santa Cruz Tegeiro. Editorial Bosch, 1960. p. 501.

<sup>330</sup> VOLTERRA, Eduardo; Instituciones de Derecho Romano Privado; Editorial Civitas, 1986; p. 534.

no hay acuerdo entre los autores modernos respecto a cuales habrían sido, en definitiva, estos medios; algunos señalan que se habría concedido una *actio civilis incerti*, otros limitan la tutela a *actiones in factum* que llevaban consigo la condena a la indemnización del daño, mientras que otros tantos afirman que las acciones no habrían sido edictales<sup>331</sup>, sino decretales<sup>332</sup>; en este sentido, Pascuale Voci<sup>333</sup>: “tutelati con azioni pretorie, in factum e decretali<sup>334</sup>...” “il pretore, d’altra parte, non promette in alcun editto il riconoscimento, ne propone una formula tipo; si limita a concedere azioni mediante decreto. Si forma così nella prassi una serie piuttosto numerosa di convenzione difese sa azione pretoria<sup>335</sup>”.

Otros autores, como Monier<sup>336</sup> y Collinot<sup>337</sup>, han postulado que tal vez la controversia nunca tuvo lugar, ya que las afirmaciones atribuidas a los juristas no serían consecuentes con otras de sus opiniones, tras lo cual, tanto sabinianos como proculyanos podrían haber propuesto para la hipótesis en cuestión la tutela por *actiones in factum*, y Labeón, según quienes siguen esta posición, no sería el creador de la *actio praescriptis verbis*, sino que habría sido, precisamente, el primero en sancionar los negocios nuevos con acciones in factum, a partir de lo cual los compiladores habrían ideado la *actio praescriptis verbis*, la que habría consolidado a los negocios innominados como figuras contractuales.

---

<sup>331</sup> Propuestas en el Edicto.

<sup>332</sup> Concedidas en ciertos casos por el Pretor, a través de un decreto suyo.

<sup>333</sup> Voci, Pascuale. Istituzioni di Diritto Romano. Editorial Milano, Italia. Tercera Edición, 1954, p. 399.

<sup>334</sup> “Tutelados con acciones pretorias, in factum y decretales”

<sup>335</sup> “El pretor, por otra parte, no promete en algún edicto el reconocimiento, ni propone una fórmula tipo; se limita a conceder acción mediante decreto. Se forma así en la práctica una seria más bien numerosa de convenciones tuteladas con acciones pretorias.”

<sup>336</sup> Monier, Raymond; Manuel Elementaire De Droit Romain, Volumen II. Editions Domat Montchrestien, 1947. 6e Éd. Revue Et Complétée, p. 186.

<sup>337</sup> Revue Belge de Philologie et D’histoire, año 1925, p. 125; citado por Raymond Monier en su Manuel Elementaire de Droit Romain, volumen II, p. 185.

Teresa Giménez-Cándela<sup>338</sup>, por su parte, señala: “Los antecedentes clásicos de tal categoría son de difícil reconstrucción. El Pretor parece haber sancionado ya este tipo de obligaciones mediante acciones *in factum*, a fin de poder exigir del prestatario el cumplimiento del acuerdo que justificaba la *datio*. En un momento impreciso en torno al S.II dC. (D.2,14,7,2), algunos juristas defendieron la sanción de una acción civil - inicialmente prevista sólo para la permuta y el contrato estimatorio-, cuya *intentio* estaría redactada en términos objetivos y recibe el nombre de *actio praescriptis verbis*. A partir de este momento, puede afirmarse la progresiva contractualización de aquellos casos, en que surge una obligación porque una de las partes se adelanta a hacer una *datio*, en espera de una conducta correspondiente de la otra parte.

### **3. LA ACTIO PRAESCRIPTIS VERBIS.**

#### **3.1. Concepto.**

Se le denominó *actio praescriptis verbis* debido a que a la cabeza de la fórmula, en la *demonstratio*, el pretor sustituyó la clasificación jurídica del contrato por una *praescriptio verbi* (*prae*: a la cabeza; *scripta*: escrito; *verba*: palabras)<sup>339</sup>, es decir, sustituía el contrato *propium nomens* por la exposición de aquello que, acaecido entre las partes, configuraba los presupuestos de hecho del *nova negotia* alegado. En

---

<sup>338</sup> JIMENEZ-CANDELA, Teresa. Derecho Privado Romano; Ediciones Tirant Lo Blanch, 1999. pp. 407 y 408.

<sup>339</sup> René Foignet, Manual Elemental, traducción de Arturo Fernández Aguirre. Editorial José M. Cajica. 1956, pp. 157 y 158.



definitiva, la fórmula colocaba en su inicio, a modo de *praescriptio*, frases como “*actio quae praescriptis verbis, rem gestam demonstrat*”<sup>340</sup>.

A continuación, seguía una *intentio incerta in ius*, en la que se indicaba de modo general la prestación del actor: “*quidquid dare facere oportet*”(la *datio* o el *facere* que había tenido lugar)<sup>341</sup>, provista de una cláusula *ex fide bona*<sup>342</sup>. Finalmente, la *condemnatio* ordenaba al juez en caso de probarse lo alegado por el actor, condenar al demandado a “*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*”. Esto fue el *agere praescriptis verbis*.

Señala Volterra<sup>343</sup> que “algunas veces son añadidas al término *actio praescriptis verbis* otras especificaciones (*civilis, incerti, incerta civilis, in factum, utilis*); otras veces el término aparece como sinónimo de acciones *in factum* o *útiles*. La denominación *actio praescriptis verbis* no es correcta en latín<sup>344</sup>; probablemente, es un término forjado por los bizantinos a partir de la expresión (quizá clásica) *praescriptis verbis agere*, es decir, literalmente, actuar en un juicio con palabras preestablecidas. La mayor parte de los investigadores atribuye a los justinianeos la creación de la *actio praescriptis verbis*; Meylan tiende a considerarla, en cambio, una acción clásica, pero de naturaleza pretoria; según este autor, los bizantinos le habrían introducido en cambio el carácter de acción *iuris civilis*”.

---

<sup>340</sup> TRUJILLO ARROYO, Juan. Lecciones de Derecho Romano. 1934; Tercera Edición, p. 429.

<sup>341</sup> Emilio Costa, Historia del Derecho Público y Privado, 1930, p. 328.

<sup>342</sup> Según Angel Cristóbal-Montes en su Curso de Derecho Romano 1964, p. 583, es dudoso que una acción en cuya *intentio* figurase una cláusula *ex fide bona* sea propia del Derecho Clásico.

<sup>343</sup> VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de Derecho Romano Privado; Editorial Civitas, 1986; p. 531, nota al pie número 203.

<sup>344</sup> Como tampoco lo es otra de sus denominaciones, la de *actio civilis in factum*, por cuanto para el derecho Romano Clásico, la acción civil era precisamente lo opuesto a la acción *in factum*.

Este autor concentra en esta nota la controversia que se ha dado entre autores tradicionales y otros más modernos en cuanto a dónde se encontraría el origen de la *actio praescriptis verbis*, y con ella, lógicamente, la consolidación de las figuras innominadas como figuras contractuales. Al respecto, señala Arangio-Ruiz que "...todos los lugares de las fuentes donde se encuentra la expresión *actio praescriptis verbis* fueron, desde hace tiempo, considerados corrompidos por razones de forma y de sustancia, y que en general los textos en que se habla de una acción para obtener la contraprestación están plagados de errores gramaticales, de ilogismos, de construcciones repugnantes a la mentalidad clásica; que en fin, sobre el contrato innominado guardan completo silencio las fuentes clásicas que nos han llegado directamente; y aparecerá fundada la tesis radical, sostenida por notables estudiosos recientes, para la que el principio según el cual la prestación cumplida en vista de una contraprestación crea la facultad de pretender esta última, es propio del derecho justiniano, mientras el derecho clásico concedía al que hubiera cumplido, la repetición de lo que había dado o el remedio penal de la *actio doli*. La máxima de Celso en

**D. 12, 4, 16:** "Nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta"<sup>345</sup>,  
enunciaba en forma definitiva el pensamiento de la jurisprudencia."<sup>346</sup>

Al respecto, en opinión de Arguello, la variedad de nombres que recibe esta acción confirmaría la tesis de que si bien el germen del reconocimiento de los contratos innominados procede de los clásicos, hubo una importante manipulación en la materia por los postclásicos, los bizantinos.

Autores radicales como Arangio-Ruiz no desconocen con sus teorías que el germen de los *negotia nova* se halla en los jurisconsultos clásicos, sino que limitan la

---

<sup>345</sup> "No hay aquí más obligación que la que surge de la dación para conseguir otra cosa que no se ha cumplido".

<sup>346</sup> Arangio-Ruiz, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano; Editorial de Palma, B.A.; 1952; 1° Edición, p. 355.

labor clásica a una tutela que desconoce la *actio praescriptis verbis* en los términos que los compiladores la plantean. Algunos se inclinan por creer, como el mismo Arangio-Ruiz, que en la Época Clásica sólo se aplicó a los contratos innominados, aun no reconocidos como tales, la *condictio*, fundada en el enriquecimiento sin causa. Otros en cambio, admiten ya en la época del Alto Imperio el empleo de la acción *in factum*. Esta es, en nuestra opinión, la tesis más acertada, puesto que así lo revelan numerosos textos que, si bien no exentos de interpolaciones, pueden apoyar esta tesis si se prescinde de afirmaciones claramente justinianeas, como el término “*actio praescriptis verbis*”. Entre estos textos pueden mencionarse:

Un texto de Próculo que señala:

**D.2.14.7.2:** Si el marido vendió a su mujer unos fundos y en la venta se consignó que entre ellos se había convenido que dichos fundos, si ella dejase de ser su mujer y él quisiera, se los retransmitiera ella por el mismo precio, creo que ha de darse la acción por el hecho, y ello ha de observarse también respecto de otras personas.<sup>347</sup>

En otro texto, Javoleno dice:

**D.2.14.7.2:** Una persona legó <a su mujer> el usufructo de la tercera parte; los bienes del heredero fueron enajenados por sus acreedores, y la mujer recibió en usufructo la cantidad que resultó de la estimación de la tercera parte, pero por ignorancia se omitió la estipulación <de la caución usufructuaria>. Preguntó si podrá ser reclamada del heredero de la mujer la

---

<sup>347</sup> D.19.5.12: Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum.

cantidad dada en usufructo, y por qué acción, respondí que debe darse la acción por el hecho.<sup>348</sup>

Y señala Ulpiano que:

**D.19.5.13.pr:** Si te dí en cierto precio una cosa para que, si la vendieses, te quedases con aquello en que la hubieses vendido de más, se dice que no hay acción de mandato, ni de sociedad, sino por el hecho, como si hubiese otro negocio distinto; porque los mandatos deben ser gratuitos y no puede haber sociedad respecto al que no se tomó como socio de la enajenación, sino que se reservó cierto precio.<sup>349</sup>

### **3.2. Características de la Actio Praescriptis Verbis.**

En primer lugar, tratábase de una acción *in factum*, no obstante lo cual, conforme a lo señalado en el párrafo anterior, poseía una *intentio in jus*.

Era además una acción civil, en cuanto su creación se debe a la *auctoritas* de los jurisconsultos y no a la *potesta* del pretor. Como ya se señaló, si bien en la actualidad se duda de que Labeón haya propuesto la *actio praescriptis verbis*, como señalan los compiladores, este sí habría sido el primero en recomendar para los negocios nuevos una acción *in factum*, la cual luego habría sido luego desarrollada por los compiladores, configurándose la *actio praescriptis verbis* ya tantas veces señalada.

---

<sup>348</sup> D.19.5.10: *Partis tertiae usum fructum legavit: heredis bona ab eius creditoribus distracta sunt et pecuniam, quae ex aestimatione partis tertiae fiebat, mulier accepit fruendi causa et per ignorantiam stipulatio praetermissa est. quaero, an ab herede mulieris pecunia, quae fruendi causa data est, repeti possit, et qua actione. respondi in factum actionem dari debere.*

<sup>349</sup> D.19.5.13.pr: *Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium exceptit.*

Finalmente, era ésta una acción de buena fe, vale decir, una acción en la cual el juez juzga “*ex aequo et bono*” en virtud de una cláusula *ex fide bona* inserte en la fórmula.

#### **4. EL CARACTER DE BUENA FE DE LA ACCION QUE TUTELA LOS CONTRATOS INNOMINADOS Y EL TEMA DEL INTERÉS.**

Se distingue la *actio praescriptis verbis* por revestir el carácter de acción de buena fe. Contenía esta en su fórmula la cláusula característica de este tipo de acciones, la cláusula “*oportere ex fide bona*”, la cual tiene por función “fijar un criterio abstracto con que regular el comportamiento de los recíprocamente deudores, en orden a todo cuanto deben hacer.”<sup>350</sup> La inserción de la cláusula de buena fe en la fórmula de la *actio praescriptis verbis* se debió probablemente a que el origen de la convención es un convenio bilateral<sup>351</sup>, pues, si bien el que un contrato innominado exista como tal solo una vez que una de las partes ha verificado su prestación hace parecer que estamos ante un contrato unilateral que obliga sólo al contratante que no ha cumplido, en verdad ocurre que, por regla general<sup>352</sup>, todo contrato innominado es sinalagmático, por cuanto también quien ha efectuado su prestación queda aún sujeto a obligaciones, así lo ilustra Paulo respecto a la permuta:

---

<sup>350</sup> Guzmán Brito, Alejandro. Derecho Privado Romano. Editorial Jurídica de Chile. 1997. Tomo II; p. 105.

<sup>351</sup> En este sentido también René Foignet, Manual Elemental, traducción de Arturo Fernández Aguirre. Editorial José M. Cajica. 1956, p. 158.

<sup>352</sup> Digo “en general” particularmente por el caso del precario, en el cual el precario dans no contrae jamás obligación.

**D.19.4.2:** Dice Aristón que, al ser la permuta semejante a la compra, hay que responder también del esclavo que se da por <esta> causa es sano, que no responde de hurtos y daños, y no es fugitivo<sup>353</sup>.

De este modo, al no agotarse las obligaciones de las partes en el cumplimiento de la prestación objeto del contrato se está entonces abriendo la puerta al carácter de buena que tendrá la acción que tutelaré estos negocios, puesto que en aquellos aspectos que las partes, y sobretodo al derecho no le es posible prever, particularmente en materia de contratos innominados, queda en manos del juez, tras el estudio del negocio en concreto, analizar las obligaciones que en definitiva competen a cada contratante, y determinar, después del análisis de su conducta, el grado de responsabilidad que puede caberles. Este carácter queda de manifiesto en numerosos textos, como: “Por lo demás, las acciones son, o de buena fe, o de derecho estricto. Son de buena fe...la acción praescriptis verbis que resulta del contrato estimatorio o de la permuta...”<sup>354</sup>

**D.19.3.1:** ...Y pareció mejor que se propusiese esta acción, porque en cuanto se duda acerca del nombre de un contrato, pero conviene, no obstante, que se dé alguna acción, se ha de dar la acción estimatoria de palabras prescritas, pues hay un negocio civil, y ciertamente de buena fe; por lo cual tiene lugar aquí todo lo dicho respecto a las acciones de buena fe.<sup>355</sup>

---

<sup>353</sup> D.19.4.2: Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur.

<sup>354</sup> Institutas de Justiniano, 4, 6, 28.

<sup>355</sup> D.19.3.1: ...melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.

Y hay que decir que, si bien el que sea ésta una acción de buena fe viene dado por la característica bilateralidad de los contratos innominados, esta también lo es cuando el contrato innominado es unilateral, como, por ejemplo, si se trata de precario; así Ulpiano señala:

**D.43.26.2.2:** Es de justicia natural, pues el precario se pueda revocar cuando se quiera, ya que es naturalmente justo que uses de mi liberalidad por el tiempo que yo quiera y que pueda revocarla al mudar mi voluntad. Así, pues, cuando se nos ha solicitado un precario, no sólo podemos ejercitar este interdicto, sino también la acción de palabras prescritas que nacen de la buena fe.<sup>356</sup>

Así entonces, como acción de buena fe que era, la misión del juez radicaba en comprobar si los hechos alegados por el demandante eran ciertos, caso en el cual, se veía en la obligación de condenar al demandado al interés<sup>357</sup> que tuviese el actor en la prestación debida por el renuente a cumplir con lo que se pactó:

**D.19.5.5.1:** Y así, si yo diese dinero para recibir una cosa es compraventa, pero si doy una cosa para recibir otra, puesto que no se estima procedente que la permuta de cosas sea compra, no hay duda que nace una obligación civil, no para que me devuelvas lo recibido, sino para que seas condenado a mi favor en cuanto me interesa recibir aquello en que se convino, o bien, si yo quisiera recuperar lo mío, que se reclame lo que se dio, como dación para conseguir otra cosa que no fue correspondida. Si te di unos vasos para que

---

<sup>356</sup> D.43.26.2.2: Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.

<sup>357</sup> In quod interest.

me des a Estico, éste quedará a mi riesgo y tú debes responder únicamente de culpa. Queda explicado el artículo aquel “doy para que me des.”<sup>358</sup>

**D.19.5.7:** Si te hubiere dado diez mil sestercios para que manumitas a Estico, y no lo hubieras hecho, demandaré inmediatamente con la acción de palabras prescritas para que pagues en la medida de mi interés; y si no hay interés, te demandaré por la condición para que devuelvas la cantidad.<sup>359</sup>

De este modo, en caso de incumplimiento de la parte contraria, particularmente si la prestación adelantada es un *facere*, si se opta por la resolución del contrato se estará pidiendo entonces que se condene al demandado al interés del demandante, el cual puede verse satisfecho simplemente con la restitución de la cosa, o no siendo posible restituir, por medio de una indemnización calculada de acuerdo con el interés del demandante.

Respecto a la evaluación del Interés del demandante, según Giffard<sup>360</sup>, puede esta hacerse por tres vías:

- a) Por el demandado bajo la forma de juramento.
- b) Por el juez en la condenación<sup>361</sup>. Era ésta la forma más usual.

---

<sup>358</sup> D.19.5.5.1: Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. sed si scyphos tibi dedi, ut stichum mihi dares, periculo meo stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. explicitus est articulus ille do ut des.

<sup>359</sup> D.19.5.7: Si tibi decem dederò, ut stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

<sup>360</sup> Giffard, A. E. *Precis de Droit Romain*; tomo II, p. 268.

<sup>361</sup> Recordemos lo señalado en cuanto a que la fórmula de la acción ordenaba al juez, en caso de probarse lo alegado por el actor, condenar al demandado a “quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona”)



c) Por las partes mediante cláusula penal.

Como se señaló anteriormente el objeto de que se condenase al demandado radicaba en evitar el enriquecimiento sin causa del que se aprovecharía quien incumplió la palabra dada, y que, a fin de tutelarlos efectivamente, la medida de la condena se reflejaba en el interés de quien se adelantó a cumplir. Al respecto, Pacchioni<sup>362</sup> acierta en señalar que “el hecho mismo de haber realizado tal *datio* para obtener una contraprestación distinta bastaba, en efecto, para demostrar que ésta tenía para él (el que cumplió) mayor valor que aquella”.

## **5. TUTELA DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS EN LA ÉPOCA JUSTINIANEA.**

En el Derecho Justiniano, el contrato innominado gozaba de una doble sanción, es decir, de todo contrato innominado emanarían dos acciones a favor de quien se adelantó a cumplir. Ello no deja de ser significativo, en cuanto, a diferencia del Derecho Moderno, el derecho Romano fue siempre renuente a tal concepción en virtud de la cual se daba dos vías a través de las cuales se tutelaba el derecho que emana de un contrato particular.

En primer lugar, disponía de la *actio praescriptis verbis*, por medio de la cual, podía obtener de la contraparte la ejecución de lo convenido o el interés que ello le representase como parte cumplidora.

En segundo lugar, contaba con la *condictio ob causam datorum*, que le permitía resolver el contrato y así obtener la repetición de lo entregado en caso de no lograrse la contraprestación ofrecida por el otro contratante. En otras palabras, aún cuando el negocio ya es plenamente obligatorio, si la parte cumplidora prefiere la resolución del

---

<sup>362</sup> Citado por Angel Cristóbal-Montes en su Curso de Derecho Romano, 1964, p. 577.

contrato en vez de su ejecución, por ejemplo por haber experimentado la cosa un aumento de valor luego de efectuada la *datio*, en vez de la *actio praescriptis verbis*, había de optar por la vía de la *condictio*. Así lo señala Papiniano:

**D.19.5.7:** Si te hubiese dado diez mil sestercios para que manumitas a Estico, y no lo hubieras hecho, demandará inmediatamente con la acción de palabras prescritas para que pagues en la medida de mi interés; y si no hay interés, te demandaré por la condición para que me devuelvas la cantidad.<sup>363</sup>

No obstante lo dicho, esta facultad no fue absoluta. En el Derecho Justiniano particularmente, no es posible ejercitar la *condictio* si el accipiens está dispuesto a suministrar la prestación debida, o si el término que se ha estipulado para verificar esta prestación está aun pendiente. En otras palabras, dice Eguiguren Ortúzar que “el autor de la *datio* no podía la *condictio ob rem dati* sólo porque había cambiado de parecer y se arrepentía de su ejecución voluntaria”. Luego señala que como caso de excepción, se habría permitido sólo en los negocios *ut facias* que quien efectuó la *datio* pudiese arrepentirse de ello y obtener la restitución de lo entregado aun cuando quien recibió esté llano a cumplir o se encuentre dentro del plazo para hacerlo, mediante una *condictio ex poenitentia*<sup>364</sup>. En virtud de ella, quien había ya dado cumplimiento a su prestación podía arbitrariamente resolver el contrato y exigir la devolución de lo entregado o su equivalente pecuniario, aun cuando su contraria no hubiese incurrido en culpa o mora. Lógicamente, claro, este privilegio existía sólo en tanto en deudor no diera cumplimiento a la prestación acordada.

El que este “derecho a arrepentirse” haya estado restringido a las hipótesis de *do ut facias* tiene dos posibles explicaciones:

---

<sup>363</sup> D.19.5.7: Si tibi decem dederō, ut stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

<sup>364</sup> También llamada *ex mera poenitentia*.

- a) Pudo ser que los textos que concedían el *jus poenitendi* o derecho a arrepentirse se hayan referido a enajenaciones a las que iba unido un pacto de fiducia, que era revocable a voluntad del enajenante, y al caer en desuso la fiducia bajo Justiniano, los compiladores, a fin de mantener al enajenante el derecho de revocación, habrían sustituido, por interpelación, la *condictio a la actio fiduciae*.
- b) Otra alternativa plantea que, probablemente por el parecido de las hipótesis *ut facias* al mandato, a través de una interpretación extensiva del derecho de revocación que competía al mandante, se habría llegado a tal solución.

Luego, continuando con este criterio extensivo, siendo válida esta situación durante el Derecho Clásico sólo los casos de entrega de un esclavo para que ser manumitido, como lo plantea Ulpiano:

**D.12.4.3.2:** Y si te hubiera dado para que manumitas al esclavo Estico, si no lo haces, puedo demandar por condición, o puedo demandar por condición si me arrepiento de haber dado.<sup>365</sup>

Y para la entrega de dinero a determinada persona para que realizase un viaje, como plantea luego Ulpiano:

**D.12.4.5.pr:** Si hubieras cobrado una cantidad, conviniendo que irías a Capua, y luego, estado dispuesto a ir, las condiciones del tiempo o de salud te hubieran impedido salir, hay que ver si puede demandarse por condición. Si no hubiera dependido de ti, puede decirse que cesa la repetición; pero, como se permite que el que dio se arrepienta, no hay duda de que repetirá lo que se

---

<sup>365</sup> D.12.4.3.2: Sed si tibi dederō, ut stichum manumittas: si non facis, possum condicere, aut si me paeniteat, condicere possum.

dio; a no ser que tengas un interés en no haber recibido la cantidad de este modo; en efecto, si las cosas están de tal forma que, aunque no hayas salido tengas todo dispuesto necesariamente, o ya hayas hecho los gastos necesarios para la marcha, hasta resulta evidente que has gastado más de lo que cobraste, cesará la condición; pero si se ha gastado menos, tendrá lugar la condición con tal de que se te indemnice del gasto que has hecho.<sup>366</sup>

Habría sido luego, en el Derecho Justiniano, permitida en la generalidad de los contratos innominados.

## **6. CONCEPTO DE CONTRATO INNOMINADO.**

Ahora, podemos decir que los Contratos Innominados son aquellas convenciones del Derecho Romano que comprendían una serie de posibilidades de obligarse originariamente no reconocidas como contratos particulares en el *Ius Civile* sino hasta la Época Justiniana, cuya perfección requiere que una de las partes haya, en general, realizado a favor de la otra una prestación convenida, quedando el otro contratante obligado a efectuar a cambio de ello la prestación por él convenida.

### **6.1. Requisitos o Condiciones de Existencia.**

---

<sup>366</sup> D.12.4.5.pr: Si pecuniam ideo acceperis, ut capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficisceris, an condici possit, videndum: et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare: sed cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est, nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam. nam si ita se res habeat, ut, licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, iam fecisti, ut manifestum sit te plus forte quam accepisti erogasse, condictio cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius quod expendisti.

a) Que exista entre las partes una convención previa que imponga obligaciones recíprocas<sup>367</sup>: Así se señala en varios textos, como en uno de Ulpiano, en el que este dice:

**D.2.14.7.2:** Cuando el negocio no pasa de tener nombre de contrato, pero existe, sin embargo, una causa, respondió elegantemente Aristón a Celso que hay una obligación; por ejemplo, si te di una cosa para que me dieras otra, o bien te la di para que hagas algo; esto es <en griego> un synallagma, nace de aquí una obligación civil. Por ello estimo que Juliano ha sido reprochado rectamente por Mauricio respecto al siguiente caso: te di el esclavo Estico para que manumitas a Pánfilo; los has manumitido, y Estico fue objeto de evicción. Juliano escribe que el pretor ha de dar una acción por el hecho. Mauricio que basta la acción civil de cosa incierta, es decir, la acción de palabras prescritas, pues existe un contrato que Aristón llama <en griego> synallagma, de donde nace esa acción.<sup>368</sup>

En el mismo sentido, Paulo:

**D.19.5.5.2:** Más si doy para que hagas, si el hecho es de los que suelen darse en arrendamiento, por ejemplo, que pintes un cuadro, una vez entregada la cantidad, habrá arrendamiento, como en el caso anterior, hay compra; si se entrega una cosa no será arrendamiento, sino que nacerá o la

---

<sup>367</sup> El precario, no obstante, hace excepción a esta regla, pues, como se dijo, el precario dans no contrae jamás obligación.

<sup>368</sup> D.2.14.7.2: Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter aristo celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte iulianum a mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi stichum, ut pamphilum manumittas; manumisisti; evictus est stichus. iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere; esse enim contractum, quod aristo synallagma dicit, unde haec nascitur actio.

acción civil por la medida de mi interés, o la condición para reclamar la devolución de la cosa; pero si el hecho es tal que no puede ser dado en arrendamiento, por ejemplo, que manumitas a un esclavo, entonces ya se haya establecido un plazo dentro del cual deba manumitirse, y habiendo podido ser manumitido, hubiere transcurrido el tiempo en vida del esclavo, ya si no se limitó plazo, pero hubiese pasado tanto tiempo que hubiera podido y debido ser manumitido, se le puede demandar por la condición o por la acción de palabras prescritas; lo cual concuerda con lo que ya hemos dicho. Pero si te di un esclavo para que manumitieras uno tuyo, y lo manumitiste, y el que yo te di fue objeto de evicción, escribe Juliano que si te lo di a sabiendas, se ha de dar contra mi la acción de dolo; si te lo di sin saber que no era mío, se dará la acción civil por el hecho.<sup>369</sup>

- b) Que dicho acuerdo de voluntades no constituya contrato nominado:** Ello no debe confundirse con el nombre con el cual algunas de estas figuras son conocidas, (como ocurre con la permuta, el precario, el aestimatum, entre algunos otros) sino que debe entenderse en el sentido de convención reconocida como contrato en el Derecho Romano, dotada de nombre como tal.
- c) Que sólo uno de los contrayentes haya cumplido a favor del otro las obligaciones que le impone el convenio celebrado.**

---

<sup>369</sup> D.19.5.5.2: At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio. quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit. sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumissisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem.

De haberse cumplido ya las obligaciones de ambas partes, el contrato se encontraría ejecutado. Esto es requerido, por ejemplo, por Paulo:

**D.19.5.5.3:** Pero si yo hiciera algo para que tu me des, y después de haberlo hecho dejas de dar, no se dará acción civil y, por ello, se dará la de dolo.<sup>370</sup>

**d) Que al momento de cumplir se haya tenido la voluntad de obligar al contrario:** Así por ejemplo, Paulo:

**D.19.5.5.4:** Mas si hago para que hagas, este caso admite diversas teorías. Pues si hemos pactado que tu exijas de mi deudor en Cartago y yo del tuyo en Roma, o que yo edifique en tu suelo y tu en el mío, y yo < cobré > edifiqué, y tú no, entonces en el primer caso, parece haber intervenido en cierto modo un mandato, sin el cual no puede exigirse dinero a nombre de otro, pues aunque se ocasionen gastos, no obstante, nos prestamos un servicio mutuamente, y también puede el mandato, por el pacto exceder de su naturaleza (pues puedo mandarte que me respondas por custodia, o que no gastes más de diez mil sestercios en la gestión de cobrar), y si gastamos los dos la misma cantidad, no hay duda alguna. Pero si uno < edificó lo que debía y el otro no, se obliga éste > como si también en este caso se admitiera que hay mandato, como si fuera para abonarnos mutuamente los gastos, pues yo no puedo mandarte respecto a cosa tuya. Con todo será más seguro, que se de la acción de palabras prescritas, tanto en la edificación de casas como en el cobro a deudores, la cual acción será semejante a la acción de mandato, del mismo modo que en los anteriores casos a la locación y a la compra.<sup>371</sup>

---

<sup>370</sup> D.19.5.5.3: Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.

<sup>371</sup> D.19.5.5.4: Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore carthagine exigas, ego a tuo romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas, in priorem speciem mandatum

## 6.2. Características.

Lo anterior deja en evidencia que, en primer lugar, todo contrato innominado supone necesariamente la existencia de una convención previa entre las partes, destinada a fijar los términos de lo que cada uno dará o hará, y que sólo una de las partes se haya adelantado a dar o hacer lo convenido. Sólo entonces la convención se hará obligatoria, teniendo antes el carácter de simple pacto. He allí que aparece la causa de la obligación de la otra parte.

En segundo lugar, podríamos decir, en consecuencia, que desde una perspectiva actual estos contratos innominados se asemejarían a contratos “bilaterales imperfectos”, ya que sólo resulta obligado uno de los contratantes: aquel a quien se le ha cumplido la contraprestación, el co-contratante de quien se adelantó a cumplir; liberándose de obligación la parte cumplidora que, con su cumplimiento ha, a la vez, consumado su obligación y causado la del otro contratante<sup>372</sup>.

En tercer lugar, es importante decir además que el que se requiera de una convención previa entre las partes no nos sitúa en un contrato consensual, ya que no es esta convención la que dota de obligatoriedad al contrato innominado, sino el cumplimiento de una de las partes; no basta esta convención para dotar de

---

quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuuum officium praestamus et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere ( possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes et non plus impendas in exigendo quam decem): et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. sin autem alter fecit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas: neque enim de re tua tibi mando. sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.

<sup>372</sup> Sin perjuicio de lo señalado en cuanto a contratos de buena fe, según lo cual, las obligaciones e las partes no se agotan en la prestación pactada, sino que se extienden a todo aquello a lo que la buena fe obligue.



obligatoriedad a lo convenido, sino que se requiere además que una de las partes de o haga lo convenido en ella.

En cuarto lugar, los contratos innominados en general, salvo el precario, se diferencian de los cuatro contratos reales tradicionales (depósito, comodato, mutuo y prenda) en que en los innominados la contraprestación de la otra parte (deudor) no consiste propiamente en la restitución de cosa recibida, sino que consiste en una prestación distinta de la prestación previa del acreedor que puede consistir tanto en un dar como en un hacer. Sí tienen en común ambas categorías contractuales el requerir para su perfeccionamiento de la entrega de la cosa cuando el contrato comienza por un *do*<sup>373</sup>.

Al respecto, señala Eguiguren Ortúzar<sup>374</sup>: “los contratos innominados giran sobre un campo recíproco de prestaciones y tienen, en consecuencia, la estructura propia de los contratos consensuales, en que la promesa determina por sí sola el contenido del contrato. Sólo los estrechos moldes del Derecho Civil Romano, negando validez, salvo en casos excepcionales, al consentimiento como fuente directa de acciones, pudieron forzar a estos contratos de cambio adoptar forma «real»: tan sólo a base de una prestación precedente –res- puede en ellos demandarse la contraprestación.” Luego, afirma más abajo: “los innominados, como quiera que el consentimiento es considerado hoy día, por regla general, como fuente y fundamento de acciones, se han convertido por naturaleza, en contratos consensuales.

Finalmente, el apelativo de “innominado”, por otra parte, vendría dado por la característica de no encontrarse entre las figuras “*propium nomen*”, que eran las convenciones previstas y reconocidas como contratos por el derecho, cada una bajo un

---

<sup>373</sup> Esto no es unánime, Schulz por ejemplo, cuenta a los innominados como contratos reales.

<sup>374</sup> EGUIGUREN ORTUZAR, José Manuel. Contratos Innominados y Pactos en el Derecho Romano. 1945. p. 13.

nombre particular, y amparadas por una acción. Dice Teresa Jiménez-Candela que: “la denominación de «contratos innominados» se debe al jurista bizantino Estéfano(...), contemporáneo de Justiniano, que observó la carencia de una denominación edictal específica para este tipo de figuras.”<sup>375</sup>

### **6.3. La Causa en los Contratos Innominados.**

Aristón, jurista de origen griego, fue probablemente quien dio el impulso más fundamental para el desarrollo de la Teoría de los Contratos Innominados, por cuanto él enunció el principio según el cual hay causa suficiente para crear un contrato, todas las veces que una de las partes ha recibido una cosa a fin de hacer a cambio una prestación cualquiera a favor de la parte que ejecutó el convenio.

Hay que señalar también que el primer jurista en poner en práctica la tesis de Aristón fue Mauriciano, de mediados del siglo II dC, declarando que para sancionarlos, debía otorgarse la acción civil de la cosa incierta o *praescriptis verbis*, es decir la ideada por Labeón. Así dice Ulpiano:

**D.2.14.7.2:** Cuando el negocio no pasa de tener nombre de contrato, pero existe, sin embargo, una causa, respondió elegantemente Aristón a Celso que hay una obligación; por ejemplo, si te di una cosa para que me dieras otra, o bien te la di para que hagas algo; esto es <en griego> un synallagma, nace de aquí una obligación civil. Por ello estimo que Juliano ha sido reprochado rectamente por Mauriciano respecto al siguiente caso: te di el esclavo Estico para que manumitas a Pánfilo; los has manumitido, y Estico fue objeto de evicción. Juliano escribe que el pretor ha de dar una acción por el hecho. Mauriciano que basta la acción civil de cosa incierta, es decir, la

---

<sup>375</sup> JIMENEZ-CANDELA, Teresa. Derecho Privado Romano; Ediciones Tirant Lo Blanch, 1999, p. 408.

acción de palabras prescritas, pues existe un contrato que Aristón llama <en griego> synallagma, de donde nace esa acción.<sup>376</sup>

Luego, este es seguido por Papiniano:

**D.19.5.7:** Si te hubiese dado diez mil sestercios para que manumitas a Estico, y no lo hubieras hecho, demandará inmediatamente con la acción de palabras prescritas para que pagues en la medida de mi interés; y si no hay interés, te demandaré por la condición para que me devuelvas la cantidad.<sup>377</sup>

y posteriormente por juristas como paulo, y los emperadores Diocleciano y Maximiano.

#### **6.4. Clasificación de los Contratos Innominados.**

Los contratos innominados se agrupaban bajo cuatro esquemas fundamentales desarrollados por los bizantinos a partir de del esquema clásico del *dare ob rem*, que es un dar que se realiza para obtener a cambio una contraprestación que puede consistir tanto en otro dar como en un hacer. Así, desde el *dare ob rem*, dar para que se dé o haga, desarrollaron las cuatro combinaciones que agrupan a los contratos innominados<sup>378</sup>.

---

<sup>376</sup> D.2.14.7.2: Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter aristo celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc sunallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte iulianum a mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi stichum, ut pamphilum manumittas; manumisisti; evictus est stichus. iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere; esse enim contractum, quod aristo sunallagma dicit, unde haec nascitur actio.

<sup>377</sup> D.19.5.7: Si tibi decem dedero, ut stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

<sup>378</sup> Esta clasificación se atribuye a Paulo, en D. 19,5,3, más desde ya hace tiempo se admite que se trata de un texto sumamente interpolado, no habiendo claridad en

- a) Do Ut Des: Doy para que des. Consiste en la entrega de una cosa (datio) con el fin de obtener a cambio la datio de otra cosa. La causa es la dación ya efectuada de una cosa, es decir, la transmisión de un derecho, y el objeto, una prestación análoga
  
- b) Do Ut Facias: Doy para que hagas. Consiste en la entrega de una cosa con el fin de obtener a cambio un hacer (facere) La causa es también aquí una dación, siendo el objeto una prestación consistente en hacer.
  
- c) Facio Ut Des: Hago para que des. Consiste en la realización de un determinado hecho con el fin de obtener a cambio una prestación consistente en un dar. La causa es un hecho y el objeto una dación.
  
- d) Facio Ut Facias: Hago para que hagas. Consiste en la realización de un determinado hecho con el fin de obtener a cambio una prestación también consistente en un hacer. Tanto la causa como el objeto recaen en un hecho.

Como ya se señaló, las hipótesis no fueron aceptadas al mismo tiempo, sino que paulatinamente, primero los negocios *do ut des*, luego los *do ut facias*, posteriormente los *facio ut facias* y por último los *facio ut des*.

## **7. PRINCIPALES CONTRATOS INNOMINADOS EN PARTICULAR.**

### **7.1. Permuta.**

---

cuanto a si verdaderamente es originario de Paulo, o se trata de una creación de los compiladores.

La permuta consiste en el contrato innominado que existe cuando, consintiendo dos sujetos en transmitirse mutuamente la propiedad de una cosa propia, al menos uno de ellos ha efectuado la transmisión de la propiedad en relación con el otro. Así dice Paulo:

**D.19.4.1.4:** Así pues, una vez hecha la entrega por una de las partes, si el otro no quiere entregar la cosa, no reclamaremos que se nos devuelva la cosa entregada, sino nuestro interés en la propiedad de aquella otra cosa respecto a la cual se convino. Pero para que se nos devuelva lo que dimos, tiene lugar la condición, como por causa no correspondida.<sup>379</sup>

Es entonces “un contrato bilateral perfecto, porque engendra obligaciones a cargo de ambas partes contratantes”<sup>380</sup>

Si bien es muy antigua, y en ella encontraría su origen la compraventa, vino a tener lugar entre los contratos innominados a eso de fines del siglo segundo después de Cristo; antes de ello, si bien la doctrina clásica dominante no la estimó como contrato sino como una forma de compraventa, ciertos jurisconsultos sí la sancionaron con una acción civil. Así por ejemplo Paulo:

**D.19.5.5.1:** Y así, si yo diese dinero para recibir una cosa es compraventa, pero si doy una cosa para recibir otra, puesto que no se estima procedente que la permuta de cosas sea compra, no hay duda que nace una obligación civil, no para que me devuelvas lo recibido, sino para que seas condenado a mi favor en cuanto me interesa recibir aquello en que se convino, o bien, si

---

<sup>379</sup> D.19.4.1.4: sed ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est quasi re non secuta.

<sup>380</sup> Cristóbal-Montes, Angel. Curso de Derecho Romano 1964, p. 585.

yo quisiera recuperar lo mío, que se reclame lo que se dio, como dación para conseguir otra cosa que no fue correspondida.<sup>381</sup>

Y agrega en otro texto:

**D.19.4.1.1:** De ahí que si aquella cosa que yo hubiese recibido o dado, después fuera reivindicada, se dice que se da acción por el hecho.<sup>382</sup>

Siendo el negocio *do ut des* por excelencia, la permuta guarda mucha similitud con la venta, por lo cual, como ya se señaló, los Sabinianos habrían querido aplicarle las reglas de esta en vez de tratarla como figura independiente. De cualquier modo, ya en el siglo tercero, la permuta o cambio sería un contrato innominado reconocidamente distinto de la compraventa<sup>383</sup>, no obstante lo cual, comparten algunas características, como la responsabilidad por evicción y la obligación de saneamiento de los vicios redhibitorios.

### **7.1.1. Características de la Permuta.**

a) Se perfecciona por la entrega de una de las cosas prometida: Así lo señala Paulo:

**D.19.4.1.2:** Así mismo la compraventa se contrata por nuda voluntas de los que consienten, en tanto, la permuta, hace depender la obligación de la entrega de la cosa, de otro modo, si no ha sido todavía entregada la cosa,

---

<sup>381</sup> D.19.5.5.1: Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.

<sup>382</sup> D.19.4.1.1: Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur.

<sup>383</sup> No obstante se le extienden algunos regímenes particulares de la compraventa, como la evicción (D. 2,14,7,2; D. 19,4,1,1; D. 19,5,5,2) y los vicios redhibitorios (D. 19,4,2)

decimos que la obligación se constituye por el simple consentimiento, lo que solamente se admite respecto de aquellas obligaciones que tienen su propio nombre, como en la compraventa, arrendamiento, mandato.<sup>384</sup>

b) Ambos contratantes se obligan a transferir el dominio. Paulo dice al respecto que:

**D.19.4.1.3:** Y por ello dice Pedio que el que da una cosa ajena no contrae permuta alguna.<sup>385</sup>

c) Ambos contratantes respondían de la evicción. Dice Paulo que:

**D.19.4.1.1:** De ahí que si aquella cosa que yo hubiese recibido o dado, después fuera reivindicada, se dice que se da la acción por el hecho.<sup>386</sup>

### **7.1.2. Diferencias con la Compraventa.**

- a) La venta se perfeccionaba por el sólo consentimiento de las partes. Por el contrario, la permuta exigía que una de las partes transfiriera la propiedad de una cosa a la otra para su perfeccionamiento.
- b) En la permuta, ambos contratantes desempeñan idéntico papel, mientras que en la compraventa se distinguen dos partes perfectamente diferenciables: comprador y vendedor, cuyas obligaciones son distintas.
- c) En la permuta, ambas partes se obligan a entregar la propiedad de la cosa que entregan. En la compraventa sólo se obliga a entregar el dominio de lo que entrega

---

<sup>384</sup> D.19.4.1.2: Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato.

<sup>385</sup> D.19.4.1.3: Ideoque pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.

<sup>386</sup> D.19.4.1.1: Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur.

es comprador es decir, entrega la propiedad del dinero con el que paga el precio, mientras que el vendedor se obliga sólo a transferir la posesión pacífica de la cosa.

- d) La parte que ha cumplido su obligación en la permuta puede hacer ejecutar el negocio mediante la *actio praescriptis verbis*, o rescindir el negocio por medio de la *condictio*, mientras que en la venta, el vendedor sólo dispone de la *actio venditi* para obligar al comprador a pagar el precio, y sólo puede rescindirse el contrato si ello se ha estipulado expresamente.

### 7.1.3. Responsabilidad y Riesgos en la Permuta.

En cuanto a la evicción y los vicios redhibitorios, ambos contratantes son responsables de la evicción y de la obligación de saneamiento.

Así, respecto a la evicción, dice Paulo que:

**D.19.4.1.1:** De ahí que si aquella cosa que yo hubiese recibido o dado, después fuera reivindicada, se dice que se da la acción por el hecho.<sup>387</sup>

Sobre los vicios redhibitorios agrega que:

**D.19.4.2:** Dice Aristón que, al ser la permuta semejante a la compra, hay que responder también de que el esclavo que se da por < ésta > causa es sano, que no responde de hurtos y daños, y no es fugitivo.<sup>388</sup>

Finalmente, en la época justiniana, la entrega que quedaba pendiente al cumplir una de las partes colocaba al otro en situación de responder por culpa, agravada al

---

<sup>387</sup> D.19.4.1.1: Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur.

<sup>388</sup> D.19.4.2: Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur.



tratarse de cosas muebles a responsabilidad por custodia. Por otra parte, ante la pérdida de la cosa por el deudor debida a *vis maior* o *casus* el riesgo es asumido por el acreedor, a diferencia de lo que ocurría en la Clásica, en la cual los riesgos eran para el *tradens*.

## 7.2. Contrato Estimatorio.

Es un contrato innominado en virtud del cual una persona entrega a otra una cosa estimada en cierto precio, ya sea porque se le rogó, ya sea rogándolo él mismo, ya sea de mutuo acuerdo; para que ésta la venda en dicho precio o en uno superior, restituyendo ya el valor convenido y haciendo suyo el excedente, o en su lugar, la cosa misma.

Mucha discusión se produjo acerca de la naturaleza de esta figura, como lo revela aun texto de Ulpiano:

**D.19.5.13.pr:** Si te dí en cierto precio una cosa para que, si la vendieses, te quedases con aquello en que la hubieses vendido de más, se dice que no hay acción de mandato, ni de sociedad, sino por el hecho, como si hubiese otro negocio distinto; porque los mandatos deben ser gratuitos y no puede haber sociedad respecto al que no se tomó como socio de la enajenación, sino que se reservó cierto precio.<sup>389</sup>

Este texto revela que este contrato innominado se parece a cada uno de los cuatro contratos consensuales del Derecho Romano, más no es arrendamiento porque no existe salario, sino que la utilidad consistirá en obtener un precio mayor a la estimación; no es compraventa, porque autoriza la devolución de la cosa, tampoco

---

<sup>389</sup> D.19.5.13.pr: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium exceptit.

mandato para vender, pues no hay obligación de vender, ni sociedad, ya que quien recibe la cosa estimada puede quedarse con el precio, pero como igualmente se discutiera su naturaleza jurídica, el Pretor habría optado por otorgarle una acción *in factum*<sup>390</sup>, la *aestimatoria praescriptis verbis*, encaminada a obtener la ejecución de la prestación. En este sentido, Ulpiano:

**D.19.5.13.pr:** Si te dí en cierto precio una cosa para que, si la vendieses, te quedases con aquello en que la hubieses vendido de más, se dice que no hay acción de mandato, ni de sociedad, sino por el hecho, como si hubiese otro negocio distinto; porque los mandatos deben ser gratuitos y no puede haber sociedad respecto al que no se tomó como socio de la enajenación, sino que se reservó cierto precio.<sup>391</sup>

En general, se cree que fue para este contrato que se concibió la *actio praescriptis verbis*, extendida luego a los demás contratos innominados.

### 7.2.1. Características del Contrato Estimatorio.

a) Fue éste el contrato innominado más antiguo como tal, y el único que, según algunos, habría sido dotado de fórmula en el Edicto, aún ya en tiempos de Labeón<sup>392</sup>. En sus orígenes<sup>393</sup>, probablemente, debió de ser un *dare ob rem*.

---

<sup>390</sup> Según Álvaro D`Ors, en su libro *Derecho Privado Romano*, 1981, 4ª edición, p. 460, estas acciones *in factum* se hallan colocadas en el edicto de los Contratos (título XIX), en relación con la compraventa.

<sup>391</sup> *D.19.5.13.pr: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium exceptit.*

<sup>392</sup> E, Cuq, *Instituciones Jurídicas de los Romanos*, Volumen III. Versión castellana de A. Peralta P. Editorial El Debate, 2ª Edición 1910, p. 39.

<sup>393</sup> Según plantea Alejandro Guzmán Brito en el Tomo I de su "Derecho Privado Romano", p. 752.

- b) Como ya se señaló, se asimila, pero difiere de cada uno de los contratos consensuales.
- c) Si quien acepta el encargo logra vender a un precio mayor al estimado, hace suya la diferencia.
- d) Si vende la cosa en un precio menor al que se estimó, debe siempre la estimación.
- e) No está obligado a vender la cosa, puede también dejarla para sí y entregar la estimación.

### **7.2.2. Responsabilidad y Riesgos en el Contrato Estimatorio.**

Según un fragmento de Ulpiano, que dice:

**D.19.3.1.1:** La estimación hace que el riesgo sea de aquel que aceptó, pues debe devolver la misma cosa incólume o la estimación que se acordó.<sup>394</sup>

Los riesgos por pérdida o deterioro de la cosa son del comisionado, no obstante el mismo jurista aparece luego adoptando el dictamen de Labeón y Pomponio, según los cuales hay que distinguir si alguno de los contratantes rogó para celebrar el contrato, o si sólo consintieron en él:

**D.19.5.17.1:** Si te diese unas piedras preciosas para que las devuelvas o su precio, y pudiesen antes de la venta ¿de quién será el riesgo de ese perecimiento?. Y dice Labeón, y Pomponio también lo escribió así, que si yo, como vendedor, te solicité, el riesgo es mío, pero si eres tú quien me ha solicitado, será tuyo; si no solicitó ninguno de los dos sino que solamente

---

<sup>394</sup> D.19.3.1.1: Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.

consentimos, estarás obligado tu a responder solamente de dolo y de culpa. La acción por esta causa será ciertamente la de palabras prescritas.<sup>395</sup>

Entonces, si quien entregó la cosa es quien rogó al otro, entonces a él le corresponde soportar los riesgos, mientras que si fue rogado, los riesgos son asumidos por quien rogó. En caso de que sólo hayan consentido, quien recibió la cosa es responsable por culpa y por dolo.

### 7.3. Precario.

Dice Ulpiano que “precario es lo que se concede en uso al que lo solicita con “preces”, y por tanto tiempo lo tolere el concedente.”<sup>396</sup>

El origen de la institución se cree que se encuentra en la explotación del *ager publicus*, que los patricios concedían, a título esencialmente revocable, a sus clientes. “Si tal fue el origen, en la época clásica se extendió la finalidad del precario, que pudo tener por objeto la posesión y goce de servidumbres y de cosas muebles.”<sup>397</sup>

En un principio, sólo era posible ejercitar la reivindicatoria contra quien retenía en calidad de precario, en caso de que el concedente fuese el dueño de lo rogado y dado en precario, lo cual habría resultado insuficiente. Por ello, este contrato se habría sancionado primeramente con un recurso pretoriano: el interdicto recuperatorio

---

<sup>395</sup> D.19.5.17.1: Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait labeo, quod et pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.

<sup>396</sup> D. 43, 26, 1: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur.

<sup>397</sup> Raveau Soules, Rafael. Las Obligaciones: Derecho Privado Romano. Pié de imprenta en Santiago de Chile sin nombre. 19-- p. 175.

*interdictum quod precarium*<sup>398</sup>. Finalmente, en el Derecho Postclásico, sería reconocido como contrato innominado, cuando además de las acciones reales que en calidad de propietario competían al concedente, y del *interdictum quod precarium*, se le otorgó una acción, personal (*condictio incerti*) para reclamar la devolución de la cosa.

### 7.3.1. Características del Precario.

- a) En primer lugar, a diferencia de los restante contratos innominados, el precario es un contrato unilateral, por cuanto sólo se obliga el *precario accipiens*, no contrayendo jamás obligación alguna el *precario dans*.
- b) La cosa concedida en precario debe restituirse en la época convenida, o en el momento cualquiera en el que el concedente o sus herederos lo soliciten, aún habiendo plazo pendiente. En otros términos, es esencialmente revocable. Así señala Ulpiano:

**D.43.26.2.2:** Es de justicia natural, pues el precario se pueda revocar cuando se quiera, ya que es naturalmente justo que uses de mi liberalidad por el tiempo que yo quiera y que pueda revocarla al mudar mi voluntad. Así, pues, cuando se nos ha solicitado un precario, no sólo podemos ejercitar este interdicto, sino también la acción de palabras prescritas que nacen de la buena fe.<sup>399</sup>

---

<sup>398</sup> “Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere qua de re agitur id illi restituas”.

<sup>399</sup> D.43.26.2.2: Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.

- c) Puede solicitarse precario a favor de quien lo ruega, o a favor de un tercero, quedando obligado tanto aquel que rogó como quien retiene en precario. Al respecto, dice Ulpiano:

**D.43.26.4.2:** Queda sujeto por este interdicto no todo aquel que solicitó el precario, sino el que retiene la cosa en precario. Por ejemplo, si un esclavo mío solicitó el precario, lo adquiere para mí, así como otra persona que se halle bajo mi potestad.<sup>400</sup>

- d) Quien tiene una cosa en precario es considerado poseedor para efectos de disponer del interdicto. Así señala Ulpiano:

**D.43.26.4.1:** Pero debemos recordar que el precarista también posee.<sup>401</sup>

### 7.3.2. Diferencias con el Comodato.

- a) En el precario, la restitución de la cosa dada puede solicitarse en cualquier momento, mientras que en el comodato, al vencimiento de plazo que se estipuló.
- b) El precarista es responsable solamente de su dolo o ulpa grave. El comodatario responde también por culpa leve.

---

<sup>400</sup> D.43.26.4.2: Tenetur hoc interdicto non utique ille, qui precario rogavit, sed qui precario habet: etenim fieri potest, ut quis non rogaverit, sed habeat precario. ut puta servus meus rogavit: mihi adquisiit precarium: vel quis alius, qui iuri meo subiectus est.

<sup>401</sup> D.43.26.4.1: Meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere.

- c) El precario es una liberalidad que no se transmite a los herederos del precarista. En el comodato, si el comodatario muere, sus herederos pueden aprovechar la cosa objeto del comodato.
- d) Pueden ser objeto de precario los bienes muebles, inmuebles, e incluso los inmateriales. Sólo pueden ser objeto de comodato los muebles y los inmuebles.
- e) Puede recaer también el precario sobre cosa propia, como cuando se da en prenda una cosa, pero se ruega que permanezca en poder de quien otorga la garantía.

### 7.3.3. Responsabilidad en el Precario.

En cuanto a la responsabilidad del precarista, único obligado, esta se limitaba al dolo y la culpa lata, probablemente en primer lugar por el tratamiento de contrato innominado que se dio al precario, y porque, en el fondo, el beneficio del precarista era de sumo inestable, en cuanto la concesión podía revocarse en cualquier momento. No obstante, la responsabilidad del deudor se agravaba cuando se hallaba en mora de restituir, respondiendo de toda causa. Así señala Ulpiano:

**D.43.26.8.6:** Como regla general, debe decirse que entran en la responsabilidad de la restitución tan sólo el dolo, y la culpa lata, y no los demás. Claro que, una vez entablado el interdicto, deberá entrar el dolo, la culpa y todo lo que se deja de restituir, pues al incurrir en mora el precarista, deberá responder de todo.<sup>402</sup>

---

<sup>402</sup> D.43.26.8.6: *Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire. plane post interdictum editum oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire: nam ubi moram quis fecit precario, omnem causam debebit constituere.*

#### 7.4. La Transacción.

Como contrato innominado, es una convención a través de la cual las partes, mediante concesiones recíprocas, regulan una cuestión dudosa o una relación controvertida todavía no resuelta por el pronunciamiento del juez.

Fue uno de los últimos contratos innominados en ser reconocido como tal, en cuanto en el Derecho Justiniano, al concederse la *actio praescriptis verbis* para los contratos innominados. En el Derecho Clásico, la *transactio* no es más que un pacto al cual pueden agregarse unas estipulaciones; el título del edicto que trata de la transacción, colocado en la parte que trata de los actos ante el magistrado, llevaba la rúbrica de *pactos conventi*. En el Derecho Postclásico, como ya se dijo, se convierte en contrato innominado sancionado por la *actio praescriptis verbis*.

##### 7.4.1. Características de la Transacción.

- a) Sólo con los justinianos se viene a relacionar con los negocios del tipo objeto de nuestro estudio, pues en la época Clásica se le consideraba pacto, es decir, no tuvo la evolución del resto de los contratos innominados.
- b) En cuanto a su objeto, puede recaer tanto sobre un asunto litigioso como extrajudicial, lo importante es la incertidumbre del asunto. Ulpiano lo expresa diciendo:

**D.2.15.1:** El que transige lo hace sobre una cosa que se halla en duda y sobre un litigio incierto y no concluido, pero el que pacta concede a causa de donación y por liberalidad una cosa cierta e indiscutible.<sup>403</sup>

---

<sup>403</sup> D.2.15.1: Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatum liberalitate remittit.



- c) Si el asunto era litigioso, se requería además que el litigio no hubiera terminado por sentencia firme. Al respecto, es útil nuevamente el texto de Ulpiano recién citado: El que transige lo hace sobre una cosa que se halla en duda y sobre un litigio incierto y no concluido, pero el que pacta concede a causa de donación y por liberalidad una cosa cierta e indiscutible.
  
- d) Es de su esencia que las partes se hagan concesiones recíprocas, sino, no hay transacción, sino allanamiento. Así se desprende del mismo texto: El que transige lo hace sobre una cosa que se halla en duda y sobre un litigio incierto y no concluido, pero el que pacta concede a causa de donación y por liberalidad una cosa cierta e indiscutible.

#### **7.4.2. Responsabilidad en la Transacción.**

En cuanto a la responsabilidad, si la transacción se limita a reconocer o declarar derechos preexistentes, no tiene lugar el saneamiento de evicción, mientras que si la transacción transfiere la propiedad de un objeto no disputado, tiene lugar la evicción. En este sentido, los emperadores Diocleciano y Maximiano:

**C.2.4.34:** Si por causa de transacción sobre un fundo, que pedías, se pactó que se te daría un predio libre, las leyes prohíben que se plantee de nuevo la cuestión decidida, aun cuando se haya probado que dicho predio fue obligado después, o en parte es de otro. Pero puede a la verdad, ejercitar ante el gobernador de la provincia la acción de la estipulación, si se hizo ésta para que se guardase lo pactado, o si no hubiere mediado, la acción civil de lo expresado con palabras. Mas nada puedes pedir, si el fisco u otro

reivindicó de tí las mismas cosas que se hallaban en tu poder, y por cuya cuestión medió la decisión del litigio.<sup>404</sup>

## CAPÍTULO VII: LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE PRENDA.

### 1. INTRODUCCIÓN.

---

<sup>404</sup> C.2.4.34: Cum donationis seu transactionis causa administratae tutelae debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis nec umquam volenti dolus inferatur, frustra de dolo querimini, nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur.

La prenda es fuente de derechos reales y personales vinculada con el tráfico jurídico y de carácter eminentemente patrimonial.

En la actualidad, la prenda se enmarca dentro de las obligaciones de carácter accesorio y garantista que en nuestro derecho conoce tanto de figuras reales, como la prenda, la hipoteca y la anticresis y otras de carácter personal como la cláusula penal, la solidaridad, la fianza, la cláusula de aceleración. Las primeras adscriben un bien para garantizar el cumplimiento de la obligación principal y las segundas se caracterizan por poner a disposición del acreedor un patrimonio distinto en el cual pueden hacer valer su crédito.

Sin embargo, si se entra a comparar estas instituciones con las existentes en el derecho romano, nos daremos cuenta que muchas de ellas solamente tienen de parecido el nombre, pues sus características difieren mucho de las que tienen hoy día.

En materia de cauciones, parte importante de la doctrina sostiene que la primera gran diferencia es que en el derecho romano clásico las importantes eran las personales, y ellas no significaban un patrimonio distinto, sino poder ejecutar directamente a la persona del deudor. Un procedimiento de este tipo y que pervivió durante siglos ya fue contemplada en la ley de las doce tablas y la ejecución del deudor era a través del cercenamiento de las partes de su cuerpo. El procedimiento per manus iniectio era una garantía que se basaba en el miedo a perder la integridad física o la libertad. No obstante el digesto nos muestra otra opinión a través de un extracto de Pomponio:

**D.50.17.25:** La garantía real es más segura que la personal.<sup>405</sup>

El sistema de garantías patrimoniales registró una evolución en el tiempo de la que no estuvo al margen el contrato de prenda. La fuente primigenia que ha llegado hasta

---

<sup>405</sup> D.50.17.25: "Noxiae" appellatio omne delictum continetur.

nosotros. -el Digesto y las institutas de Gayo- no reflejan todo este proceso. Es por esto que no se puede hacer un estudio de la responsabilidad en materia de prenda sin antes dar una breve reseña de la evolución que registró el pignus en la época clásica.

## 2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONTRATO DE PRENDA.<sup>406</sup>

En la concepción romana la prenda y la hipoteca no tienen diferencia en cuanto a los bienes en los que recaen. Es así como:

**D.20.1.5.1:** Entre la prenda y la hipoteca la diferencia es sólo nominal.<sup>407</sup>

Esta disposición del Digesto para ser entendida en su verdadero sentido y alcance debe ser conjugada con otras disposiciones. Una de ellas es: **D. 50. 16. 238.2:** Pignus o prenda viene de pignus o puño, pues lo que se da en prenda se entrega con la mano, por lo que creen algunos que la prenda sólo se constituye sobre cosas muebles. (Gayo)<sup>408</sup>

Esta disposición, de acuerdo a su tenor literal establece que la mayoría no hace diferencia a la hora de constituir una prenda entre bien mueble e inmueble. La única diferencia es si el acreedor obtiene o no la tenencia de la cosa al momento de constituirse esta garantía. Corrobora esta afirmación el:

**D.20.1.25:** Cuando hay un contrato de prenda vicioso o inútil, no se puede retener, ni aún en el caso de que se hayan confiscado los bienes del acreedor.<sup>409</sup>

---

<sup>406</sup> Derecho privado romano. Alejandro Guzmán Brito. pp. 643 - 670 y 779-784 y Arias Ramos Tomo II pp. 548-549

<sup>407</sup> D.20.1.5.1: Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

<sup>408</sup> D. 50. 16. 238.2: "noxiae" appellatione omne delictum continetur

<sup>409</sup> D.20.1.25: Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est, nec si bona creditoris ad fiscum pertineant.

Esta disposición a contrario sensu muestra que cuando hay un contrato de prenda sin vicio se puede retener los bienes y no siempre estos estarán en poder del acreedor pues esta cita establece que una de las tantas posibilidades es que los bienes estén en poder del acreedor.

Es una de las situaciones en que los bienes se pueden encontrar pero no la única.

Si es con desplazamiento de la tenencia de la cosa pignorada sé esta ante una prenda o pignus datum.

Si al momento de celebrarse el contrato el acreedor no se transforma en mero tenedor de la cosa se esta ante un pignus conventum o hypotheca (nombre griego con que se conoció esta modalidad de prenda en épocas posteriores) En este sentido la disposición que muestra esta diferencia es:

**D.13.7.9.2:** Llamamos propiamente prenda la que pasa al acreedor; hipoteca cuando no pasa al acreedor ni la posesión.<sup>410</sup>

Esta disposición se ve complementada con:

**D.13.7.1pr:** Se contrae la prenda, no sólo con la entrega, sino también con la mera convención, aunque no se haya hecho entrega.<sup>411</sup>

Acá se establece que la prenda se constituye tanto por la entrega, como por la simple convención sin entrega. La entrega del bien siempre supone que se transforma a la persona que recibe el bien en poseedor o mero tenedor. Es ese el concepto de

---

<sup>410</sup> D.13.7.9.2: Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem.

<sup>411</sup> D.13.7.1pr: Pignus contrahitur non sola tradidione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.

prenda que establece la disposición antes citada. La hipoteca, de acuerdo con las dos últimas disposiciones es un acuerdo para pasar el bien materialmente o jurídicamente en el evento de no cumplirse la obligación principal.

La prenda es una caución que permite garantizar obligaciones propias o ajenas. Es así como:

**D.20.1.5.pr:** Hay que saber que se pueden hipotecar cosas por cualquier obligación, ya sea una cantidad dada en préstamo, o una dote, ya se contraiga una compraventa, un arrendamiento o un mandato; tanto si la obligación es simple como si es con plazo o bajo condición; tanto a la vez que el contrato como después de él; incluso pueden darse en garantía de una obligación futura; también en garantía, no de toda la obligación, sino de parte de ella; no sólo por una obligación civil, sino también honoraria o meramente natural. Pero en la obligación condicional la garantía depende de que se cumpla la condición.<sup>412</sup>

Esto se constituyó su primera ventaja frente a las personales que solo garantizaban obligaciones ajenas. En el mismo sentido:

**D.20.1.5.2:** Puede darse una hipoteca por una obligación tanto propia como ajena.<sup>413</sup>

---

<sup>412</sup> D.20.1.5.pr: Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur vel etiam locatio conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali. sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit.

<sup>413</sup> D.20.1.5.2: Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena.

Es importante destacar la amplitud de las obligaciones susceptibles de ser caucionadas mediante esta institución. Debe tenerse en cuenta que en este aspecto están caucionando obligaciones de carácter patrimonial. En ninguna parte aparecen caucionadas obligaciones o deberes de conducta.

Además, **D.20.1.5 pr** menciona obligaciones patrimoniales que dicen relación con contratos de carácter consensual que podría celebrar cualquier persona que estuviese en Roma, pudiendo ser ciudadano romano o un peregrino, así como también obligaciones relacionadas con el derecho de familia. Establece de acuerdo a su tenor literal en reiteradas ocasiones que se está dando en garantía. Es de la esencia de la prenda y de la hipoteca la existencia de una obligación principal. Si bien el digesto no habla de elementos de la esencia, de la naturaleza, o accidentales del contrato, a diferencia de nuestro sistema de derecho, en este caso del tenor literal queda establecido como un requisito de validez.

Cabe destacar también que la obligación principal subsistirá si se realizó la prenda y el monto de ésta es inferior al de la obligación principal. En este caso el acreedor podrá ejecutar su crédito sobre el resto de los bienes del deudor. Esto queda de manifiesto en:

**D.12.1.28:** El acreedor que recibió una prenda insuficiente no por ello pierde el cobro de la deuda para la cual no basta la prenda.<sup>414</sup>

Todas las instituciones jurídicas tienen un origen eminentemente práctico y para poder desentrañar este siempre es necesario recurrir a la historia. El pignus es de la época clásica y prendió con facilidad entre los romanos porque la garantía propia de la época arcaica.- la fiducia- se caracterizaba por transferir el dominio de la cosa y por ser solemne.

---

<sup>414</sup> D.12.1.28: Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem eius debiti quantitatis, in quam pignus non sufficit.

Ello complicaba enormemente el tráfico jurídico. Ante esto, surge la necesidad de mayor simplicidad y de instituciones como la mera tenencia. El pignus satisfizo estas necesidades.

La palabra pignus significa negocio constitutivo; cosa pignorada misma y derecho real de prenda.

En este contrato intervienen dos partes: el pignorante a quién se entrega la cosa en garantía y el pignoratario que es quién la recibe y adquiere el derecho. De acuerdo al digesto en este contrato opera el principio de que nadie puede transferir más derechos de los que posee. Es un modo de adquirir derechos y obligaciones de carácter derivativo. Esto se desprende de:

**D.20.1.3.1:** El que había sido injustamente vencido en un juicio reivindicatorio, dió después en prenda la cosa que había reclamado: el acreedor no puede tener más derecho que el que tenía quién dio la prenda; consiguientemente, será rechazado con la excepción de cosa juzgada, por más que el que venció no disponga de ninguna acción a su favor, pues no hay que considerar lo que deja de tener el que venció, sino lo que el deudor tenía en aquella cosa que se dio en prenda.<sup>415</sup>

Este acápite es extremadamente casuístico: usa la acción reivindicatoria sobre una cosa dada en prenda para ilustrar este principio, pero de acuerdo a su tenor literal queda claramente establecido que es un modo de adquirir derivativo. Complementa la idea anterior:

---

<sup>415</sup> D.20.1.3.1: Per iniuriam victus apud iudicium rem quam petierat postea pignori obligavit: non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit. ergo summovebitur rei iudicatae exceptione, tametsi maxime nullam propriam qui vicit actionem exercere possit: non enim quid ille non habuit, sed quid in ea re quae pignori data est debitor habuerit, considerandum est.



**D.20.1.18:** Si recibí una prenda del que podría usar la publiciana por no tener la propiedad, el pretor me protege con la serviana. del mismo modo que al deudor con la publiciana.<sup>416</sup>

Esta disposición se preocupa del caso en que se da la cosa en prenda pero no se tiene el dominio sobre esta sino la posesión y se está tratando de adquirir por vía de prescripción. En estos casos protege al que tiene la expectativa de ser dueño la acción publiciana. Esta es idéntica a la acción reivindicatoria pero a diferencia de ella no protege al propietario.

En este caso se habla también de la acción serviana que es una acción que se da para proteger a todos aquellos que reciben una cosa en prenda.

Debe tomarse en cuenta que para efectos de una mejor inteligencia de los textos en estudio el pignorante es el deudor prendario y el pignoratario es el acreedor prendario.

La prenda es un derecho real que transforma al pignoratario en mero tenedor si se esta ante un pignus datum o puede ser un contrato que solo genera el derecho a exigir que se transfiera la tenencia de cumplirse la condición del no cumplimiento de la obligación principal, en el caso del pignus conventum. La regla general es que como todo derecho real, otorga un derecho a perseguir la cosa no importando en manos de quién se encuentre. Es esto lo que establece:

**D.20.1.3.pr:** Si el deudor que reivindicaba fue vencido por no poder probar su propiedad, el acreedor seguirá teniendo la acción serviana, si prueba que la cosa había estado en la propiedad bonitaria del deudor en el momento de contraerse la prenda. También cuando fue vencido el deudor al reclamar la herencia, deberá el juez que entiende de la acción serviana examinar la

---

<sup>416</sup> D.20.1.18: Si ab eo, qui publiciana uti potuit quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per servianam praetor, quemadmodum debitorem per publicianam.

causa de la prenda sin hacer caso de la sentencia dada para la cuestión hereditaria. Distinto es el caso de los legados y manumisiones testamentarias cuando se vió una sentencia favorable al que reclamaba una herencia legítima. El acreedor en cambio no puede compararse en todo a los legatarios, ya que los legados no pueden valer más que si consta que el testamento es válido. Sin embargo, puede ocurrir que la prenda se haya recibido válidamente pero que el deudor no haya defendido bien el litigio.<sup>417</sup>

El digesto en este caso combina varias instituciones para ilustrar esta situación. Lo importante es que en ellas muestra que la causa de la prenda es independiente de la sentencia que falle la cuestión principal. Ello significa que las acciones para proteger los derechos que emanan de la prenda se tienen con independencia de si la sentencia que va a fallar una cuestión accesoria pero relacionada con la prenda sea favorable o adversa. Esto significa que se puede perseguir el bien entregado en prenda no importando en manos de quién esté. Esto queda de manifiesto en:

**D.50.17.15:** El que tiene una acción real para recuperar una cosa parece tener como propia aquella cosa.<sup>418</sup>

Confirma también el hecho de que la prenda es un derecho real:

**D.20.1.17:** Para la persecución de la prenda se da al acreedor una acción real.<sup>419</sup>

---

<sup>417</sup> D.20.1.3.pr: Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret, aeque servanda erit creditori actio serviana probanti res in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse. sed et si victus sit debitor vindicans hereditatem, iudex actionis servianae neglecta de hereditate dicta sententia pignoris causam inspicere debet. atquin aliud in legatis et libertatibus dictum est, cum secundum eum, qui legitimam hereditatem vindicabat, sententia dicta est. sed creditor non bene legatariis per omnia comparatur, cum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret: enimvero fieri potest, ut et pignus recte sit acceptum nec tamen ab eo lis bene instituta.

<sup>418</sup> D.50.17.15: Is, qui actionem habet ad rem recipendam, ipsam rem habere videtur.

De los cuatro derechos que da el dominio, y que son limitados por los derechos reales el único que otorga la prenda es el derecho a poseer, entendiendo por tal el derecho a detentar la cosa. Esto lo establece expresamente:

**D.13.7.35.1:** La prenda, dejando a salvo la propiedad del deudor, transfiere al acreedor tan solo la posesión; no obstante puede el deudor de lo que es suyo como precarista o como arrendatario.<sup>420</sup>

La prenda no habilita para usar, disfrutar o disponer de la cosa entregada en prenda. Una disposición que ilustra claramente esta situación es:

**D.41.1.63.3:** Si lo hubiera hallado el acreedor en el fundo de su deudor se entenderá que lo halló en terreno ajeno, y así, una mitad será para él y la otra para el deudor, y entregará esta cantidad que retiene del tesoro por derecho de hallazgo y no de crédito, sin esperar a que el deudor le pague lo que le debe. Siendo esto así, un acreedor consiguió autorización del príncipe para poder tener por derecho de propiedad el terreno dado en garantía con un plazo para poder redimir la garantía: después de haber transcurrido este plazo, tendrá para sí el tesoro que había hallado antes de que se le pagara la deuda, pero si se le ofreció el pago de la deuda dentro del plazo establecido para la redención de la garantía, cómo se debe entregar todo aquello que se revoca en el caso de restituir una prenda corriente, el acreedor deberá restituir aquella al deudo que la paga, pero solo una mitad del tesoro, pues siempre debe dejarse la otra mitad para el que lo halló.<sup>421</sup>

---

<sup>419</sup> D.20.1.17: Pignoris persecutio in rem parit actionem creditorum.

<sup>420</sup> D.13.7.35.1: Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti.

<sup>421</sup> D.41.1.63.3: Quod si servus, in quo usus fructus alienus est, invenerit in eius locum, qui servum proprium habet, an totum illius sit? et si in alieno, an partem eidem acquirat an vero fructuario? inspectio in illo est, num ex operis servi acquiratur. finge terram fodientem invenisse, ut hoc dicatur fructuarii esse: quod vero subito in abdito loco positum nihil agens,

En este párrafo se trata el caso del hallazgo de un tesoro. El tesoro se adquiere por accesión y si se descubre en un terreno ajeno la mitad del tesoro es para el que lo descubre y la otra mitad para aquel en cuyo terreno se encontraba escondido.

En este párrafo se trata el caso del hallazgo de un tesoro. El tesoro se adquiere por accesión y si se descubre en un terreno ajeno la mitad del tesoro es para el que lo descubre y la otra mitad para aquel en cuyo terreno se encontraba escondido. Este párrafo supone que el que lo descubre es el acreedor prendario que tiene en su poder un terreno entregado en prenda por el deudor prendario, y el acreedor prendario encuentra el tesoro. Este caso reconoce las reglas generales establecidas en Roma para el caso de encontrar un tesoro: el dueño del terreno, en este caso el deudor prendario, es dueño de la mitad del tesoro y el acreedor prendario es dueño de la otra mitad pero no por ser mero tenedor del fundo sino por haber hallado el tesoro. Este caso refleja que el deudor prendario sigue siendo dueño de la cosa entregada en prenda para todos los efectos legales y el acreedor prendario solamente detenta la cosa. Esto también está reflejado en: **D.20.2.8**: Cuando el prestatario usa una cantidad sin obligación de pagar intereses, puede el acreedor retener los frutos de la cosa que tiene en garantía hasta el límite de los intereses legales.

Este fragmento fue sacado de una obra de Paulo y faculta al acreedor para retener los frutos como una suerte de sanción o auto tutela en el caso de que el prestatario use algo para lo que no estaba autorizado. Los intereses son los frutos pecuniarios de alguna cosa fungible. La regla general es que los contratos en Roma no producían intereses. Acá se está poniendo en el caso de que se este haciendo un uso que estaba fuera del contrato. En el mismo sentido

---

*sed aliter ambulans invenit, proprietatis domini sit. ego nec illius ad fructuarium pertinere partem arbitror: nemo enim servorum opera thensaurum quaerit nec ea propter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat et fortuna aliud dedit. itaque si in ipsius fructuarii agro invenerit, puto partem solam ut agri dominum habiturum, alteram ad eum, cuius in servo proprietatis est, pertinere.*

**D.20.1.11.2:** se presenta la cuestión de si se puede dar en prenda o hipoteca el usufructo, tanto si lo hubiera convenido el nudo propietario como el usufructuario y escribe Papiniano, 11 resp., que debe protegerse al acreedor y que si el nudo propietario pretende demandar al acreedor con la acción negatoria de que no tiene derecho a usar y disfrutar sin su permiso, le defenderá el pretor con la excepción de a no ser que hubieran convenido el acreedor y el usufructuario que el usufructo quedará en prenda pues si el pretor defiende al comprador del usufructo ¿ por qué no va a proteger el acreedor pignoraticio? Por la misma razón también se puede oponer esta excepción al deudor.<sup>422</sup>

Este caso implica recordar que el usufructo confiere dos derechos que componen el dominio: uso y goce. Si se puede dar en prenda el usufructo y este caso es analizado en forma expresa, queda más que claro que es una excepción a la regla general y que por ende la prenda o da derecho a alguno de los cuatro derechos que clásicamente se atribuyen al dominio.

En el mismo sentido: **D.20.1.12:** Mas dice Ponponio que hay que ver si vale el convenio de prenda sobre la servidumbre de senda, paso de ganado o acueducto, al hacerse el pacto de que, en tanto no se pague la cantidad debida, use el acreedor de aquellas servidumbres (se entiende que si tiene un fundo vecino), y que si no se paga

---

<sup>422</sup> D.20.1.11.2: Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. et scribit papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere " non esse ei ius uti frui invito se", tali exceptione eum praetor tuebitur: " si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus pignori sit": nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori obicietur exceptio.

dentro del plazo, pueda venderlas al vecino. Opinión esta que debe admitirse por facilitar la contratación.

Valga la pena decir que este es un caso extremadamente especial y de difícil ocurrencia. Lo importante es que también establece el derecho a usar el bien, en este caso la servidumbre como algo excepcional y limitado en el tiempo. Por ende, es una posesión muy distinta de la que hoy día nosotros conocemos. De acuerdo a las categorías conceptuales de la civilística moderna es una mera tenencia. La posesión que otorgaba la prenda no se puede enmarcar dentro de la posesión civil romana. La posesión a la que se alude al referirse a la prenda es una posesión pretoria. Esto significa que el pignorante conserva el dominio y puede recurrir al pretor a fin de que este de cualquier acción de carácter conservativo respecto de la cosa pignorada.

La gran restricción que tiene el pignorante es que esta privado de la tenencia de la cosa y para poder recuperarla debe pagar o asegurarse de que aquel que esta caucionando pague. Si bien desde un punto de vista estrictamente jurídico el pignorante no ha sufrido grandes restricciones a su derecho de dominio en la practica sí las ha padecido, pues sino tiene la posesión material de la cosa no puede ejercer ninguno de los derechos que le confiere el dominio.

Como se dijo anteriormente, la prenda es una figura jurídica esencialmente accesoria. Es así como: **D.13.7.2:** Si un deudor vendió la cosa que había pignorado y la entregó, y tu le prestaste el dinero que el pago al acreedor a quién había dado la prenda conviniendo tu con él que la cosa que ya había vendido te quedara pignorada, es cierto que el acto había sido nulo pues habrías recibido en prenda una cosa que pertenecía a un tercer: porque el comprador había empezado a tener una cosa libre de prenda desde que se pago a al acreedor, y nada importa que se extinguiera la prenda gracias a tu dinero.

En este caso, aparte de establecer que la prenda supone el dominio que el pignorante tiene sobre la cosa, supone en ambos casos que se está caucionando una obligación principal. Si no hay obligación principal a la que acceder no habrá prenda. Entre las obligaciones principales no sólo están las de naturaleza patrimonial. La prenda romana podía acceder también a una obligación que no sea actualmente exigible. En este sentido:

**D.20.1.14.1:** En aquellos casos en que nace una obligación natural, tiene validez la prenda de la misma.<sup>423</sup>

El derecho de prenda es indivisible lo que significa que subsiste íntegro para el pignoratario y si la deuda a la que accede se divide la prenda subsistirá hasta que no se extingan todas y pasa a garantizar cada una de ellas. Es así como:

**D.20.1.13.4:** Aunque el acreedor hubiera conseguido un fallo contra su deudor, perdura la hipoteca, pues la acción hipotecaria tiene ya señalados los supuestos en que cesa, a saber, si se pago la cantidad debida o se cumplió con el acreedor, faltando lo cual sigue en pie la acción . Si hubiera demandado con la acción personal al representante del deudor, aunque este me hubiera dado las cauciones procesales debidas y hubiera resultado condenado, perdura igualmente la hipoteca. Así, pues, con más razón perdura la hipoteca si demande por la acción personal al deudor, al fiador, o a ambos por partes, aunque resultaran condenados, porque no se entiende haber cumplido con el acreedor por el hecho de que este disponga de una acción ejecutiva.<sup>424</sup>

---

<sup>423</sup> D.20.1.14.1: Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit.

<sup>424</sup> D.20.1.13.4: Etiamsi creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut

Esto significa que si la deuda es cumplida parcialmente la prenda no será rebajada en la proporción cumplida. La prenda subsistirá por el monto con el cual nació hasta que la deuda principal este completamente extinta, de acuerdo al tenor literal de la disposición citada. En el mismo sentido:

**D.20.1.13.6:** Si se estableció la hipoteca en garantía también del pago de los intereses, deben estos quedar pagados para que cese la hipoteca; y lo mismo diremos respecto de la pena que se puede haber estipulado.<sup>425</sup>

La indivisibilidad de la prenda es una ficción porque el criterio para determinar si una obligación es divisible o indivisible radica en el objeto sobre el cual la obligación recae y en el caso de la prenda este no tiene ninguna relevancia.

La prenda podía recaer en cualquier tipo de bienes sean estos muebles o inmuebles. Siguiendo las reglas generales de dominio y accesión la prenda se extendería a las accesiones de la cosa pero no a sus frutos. Lo primero de acuerdo a:

**D.20.1.16.pr:** si se dio en hipoteca un fundo y luego aumentó a consecuencia del aluvión, queda hipotecado todo él.<sup>426</sup>

Respecto de los frutos hay normas para determinados casos. Así:

---

satisfactum est, quibus cessantibus tenet. et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satisdederit et damnatus sit, aequè hypotheca manet obligata. multo magis ergo si in personam actum sit sive cum reo sive cum fideiussore sive cum utrisque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet iudicati actionem.

<sup>425</sup> D.20.1.13.6: Propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent: idem et in poena dicemus.

<sup>426</sup> D.20.1.16.pr: Si fundus hypothecae datus sit, deinde alluvione maior factus est, totus obligabitur.



**D.20.1.13. pr:** Cuando se da en garantía un rebaño, las cabezas que nazcan después quedan obligadas, y aunque se hubiera renovado por entero todo el rebaño al ir muriendo las primeras cabezas, perdura la prenda.<sup>427</sup>

En este caso lo que se ha entregado en prenda es un rebaño, una cantidad indeterminada dentro de un genero determinado y las crías son miembros del rebaño; no frutos. Del mismo modo:

**D.20.1.1.2:** Al dar un predio en prenda, se convino expresamente que también los frutos quedarán en prenda: si el comprador de buena fe consumió los frutos no responde de su restitución mediante la acción serviana útil; en efecto, aunque el derecho de prenda se admite que no se extingue ni por la usucapión, porque la existencia de la prenda es independiente de la intención de poseer como propietario, no ocurre lo mismo con los frutos pues estos no habían llegado a hacerse del deudor.<sup>428</sup>

En este caso, se habla de que los frutos quedan en prenda por un acuerdo expreso entre las partes. Ello nos lleva, a contrario sensu, a que los frutos no pertenecen a la prenda sino hay acuerdo expreso. Esto también queda claro en:

---

<sup>427</sup> D.20.1.13. pr: Grege pignori obligato quae postea nascuntur tenentur: sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

<sup>428</sup> D.20.1.1.2: Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. eos consumptos bona fide emptor utili serviana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione domini separatur: quod in fructibus dissimile est, qui numquam debitoris fuerunt.

**D.43.33.1.pr:** Si el colono hubiera llevado al fundo una esclava con el convenio de prenda y luego la hubiera vendido, debe darse el interdicto como útil para tomar posesión del hijo de la esclava nacido en poder del comprador.<sup>429</sup>

Se considera al hijo como un fruto distinto de la cosa fructuaria, en este caso, la esclava y por ello se concede el interdicto salviano para perseguir al hijo. En el mismo sentido:

**D.20.1.1.3:** Se acordó en un pacto que, no habiéndose pagado en su día los intereses debidos, se compensarán los frutos de las hipotecas con aquellos intereses, dentro del límite del interés legal: aunque al principio los intereses estipulados fueran menores, el convenio no se considera nulo, ya que cuando se deja de pagar en su día un interés menor, pudo el deudor prometer al acreedor estipulante unos intereses legales más elevados.<sup>430</sup>

En este caso se admite que los frutos sean afectados por la prenda sólo en el evento de que haya mora en el pago de los intereses. Es una regla de carácter excepcional.

El pignorante podía ser el dueño civil o bonitario de la cosa y si era comunero podía pignorar solo su cuota en la comunidad o se podía pignorar la comunidad entera si al acto concurrían todos los comuneros.

---

<sup>429</sup> D.43.33.1.pr: Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet.

<sup>430</sup> D.20.1.1.3: Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae. quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit, cum ad diem minore faenore non soluto legitimae maiores usurae stipulanti recte promitti potuerunt.

El digesto también establece la posibilidad de pignorar una cosa ajena con la autorización de su dueño o bajo la condición de que esa cosa se haga propia. Es así como:

**D.20.1.16.1:** Si fue hipotecada una cosa sin saberlo su propietario pero luego este lo hubiera aprobado, debe decirse que por el mismo hecho de la ratificación había querido retrotraerla al momento en que se convino la hipoteca. Se observará la voluntad de los que constituyen una prenda tan solo cuando pueden hacerlo.<sup>431</sup>

Entre el *pignus datum* y el *pignus conventum* el tipo original es el primero y supone la entrega de la cosa. Para el profesor Alejandro Guzmán ella surgió limitada a cosas no susceptibles de *mancipatio* pues las *res mancipi* eran objeto de la fiducia. Como es propio de muchas instituciones de la época clásica, la prenda empezó siendo una situación de hecho a la que el pretor le dio reconocimiento jurídico.

Hasta el día de hoy se considera, de acuerdo a la clasificación de los contratos según el momento en que estos se perfeccionan, un contrato real. La prenda en el código civil chileno para perfeccionarse requiere entrega de la cosa. Parte de la doctrina sostiene que esta categoría conceptual es anacrónica pero mientras no medie una reforma en el código civil se tendrá que seguir aplicando pues de este hecho derivan una serie de consecuencias prácticas. Esta categoría es producto de una sistematización que tiene antecedentes en el derecho romano clásico y que aparece mencionada en el digesto. La obra de Justiniano contempla expresamente esta categoría para la prenda.

El *pignus datum* no es un contrato de derecho estricto. Admite una serie de pactos para mejorar la situación del pignoratario. En este sentido:

---

<sup>431</sup> D.20.1.16.1: Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit. voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.

**D.13.7.42:** el acreedor, en la acción que se da para recuperar la prenda, viene forzado a restituir el excedente del precio con los intereses, y no será oído si quiere delegar en el comprador, ya que al proceder a la venta, en virtud del pacto, el acreedor obra en interés propio.<sup>432</sup>

**D.13.7.4:** Si se conviene que el acreedor puede vender la prenda, sea que se convenga desde el primer momento, sea después, no sólo vale la venta, sino que el comprador adquiere la propiedad; pero aunque no se convenga que el acreedor puede vender la prenda, se observa en derecho que sea lícito, el vender, siempre que no se haya convenido que no lo sea. Pero cuando se conviene que no se pueda vender, si el vendedor hubiese vendido, queda obligado por la acción de hurto, a no ser que se hubiera notificado tres veces al deudor para que pagase y no lo hubiera hecho.<sup>433</sup>

Mediante estos el pignoratario podía vender la cosa y con eso pagar la deuda y sólo podía quedarse con el producto de la venta hasta el monto de la obligación garantizada. El saldo recibía el nombre de *superfluum*.

Esto era una emanación de los principios generales del derecho ya que el pignoratario no era dueño de la cosa y por ende no se podía quedar con la diferencia “*nadie puede quedarse con algún bien sin una justa causa de dominio.*”

Si el pignoratario no podía pagarse la totalidad de su crédito conserva las acciones contra el deudor por el monto que falta.

---

<sup>432</sup> D.13.7.42: Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quae fit ex facto, suum creditor negotium gerat.

<sup>433</sup> D.13.7.4: Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.

Otro pacto era el de *lex commissoria* que facultaba al acreedor para que una vez producida la mora de pago del deudor el acreedor se hiciera dueño de la cosa pignorada. En este caso la mora habilita para adquirir el dominio y la posesión civil de la cosa entregada en prenda.

Otro pacto era el de aprovechamiento de los frutos naturales o civiles de la cosa y ellos se imputaban primero a los intereses emanados de la obligación y luego al capital. De este pacto se derivó la anticresis. Este pacto está regulado en

**D.20.1.11.1:** Si se hizo anticresis y se introduce el acreedor en el fundo o en la casa, puede retener la posesión en lugar de prenda hasta que se le pague la cantidad debida, siendo así que puede percibir los frutos en vez de los intereses, ya sea arrendando, ya sea percibiendo los frutos habitando la vivienda por si mismo; así, si hubiera perdido la posesión, suele disponer de una acción por el hecho.<sup>434</sup>

En el mismo sentido, pero sin estar dentro del pacto de anticresis, a raíz de la acción pignoratícia se establece un orden de prelación en el pago. Se pagan primeros los intereses y después el capital. Es lo que establece

**D.13.7.35.pr:** Cuando debe algo en concepto de capital y de intereses quién debe una cantidad con garantía pignoratícia, todo lo que se cobre de la venta de las prendas debe imputarse primeramente a los intereses que constan como debidos ya en ese momento, y luego, lo que sobre, al capital; y no

---

<sup>434</sup> D.20.1.11.1: Si anticresis facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.

debe oírse al deudor que sabiéndose menos solvente elige el crédito que prefiere pagar a fin de extinguir la prenda.”<sup>435</sup>

Por último, en lo que respecta a la extinción del *pignus datum* esta puede ser por cumplimiento íntegro de la obligación garantizada o su extinción por cualquier modo existente en el derecho romano, por el cambio de caución; por confusión de las calidades jurídicas de dueño de la prenda y de pignoratario en una misma persona o por venta de la cosa en virtud del pacto señalado más arriba (D.20.1.1.2.) En el mismo sentido:

**D.20.6.6.pr:** También se libera la prenda cuando se paga la deuda o se ha dado por ella satisfacción; mas también debemos decir lo mismo si la prenda ha prescrito por el transcurso del tiempo, o ha prescrito la obligación por alguna razón.<sup>436</sup>

En el mismo sentido:

**D.20.6.4.1:** Si el acreedor hubiese consentido en que el deudor venda la prenda, o la permute, la done o dé en dote, debe decirse que se libera la prenda, a no ser que hubiese consentido a la venta o demás con reserva de su derecho de prenda, pues muchos suelen dar el consentimiento con reserva de su derecho de prenda. Si fue el mismo acreedor quién hubiera vendido, pero hizo la venta siguiendo con el derecho de prenda hasta que se le satisfaga la deuda, a de decirse que no se le opone excepción. Lo mismo

---

<sup>435</sup> D.13.7.35.pr: Cum et sortis nomine et usurarum aliquid debetur ab eo, qui sub pignoribus pecuniam debet, quidquid ex venditione pignorum recipiatur, primum usuris, quas iam tunc deberi constat, deinde si quid superest sorti accepto ferendum est: nec audiendus est debitor, si, cum parum idoneum se esse sciat, eligit, quo nomine exonerari pignus suum malit.

<sup>436</sup> D.20.6.6.pr: Item liberatur pignus, sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est. sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita est.

se debe aprobar en el caso de que no se haya consentido a la venta sino que la haya ratificado. Ingeniosamente se pregunta, en caso de que la venta de la cosa pignorada sea nula, si esto debe perjudicar al acreedor que consintió; por ejemplo, si alguna razón jurídica prohíbe la venta. Hay que decir que sigue valiendo la prenda.<sup>437</sup>

Este párrafo ratifica lo dicho más arriba acerca del contenido del derecho real de prenda, ya que asimila a un modo de extinguir la prenda todo acto del acreedor que signifique disponer de la cosa. Agrega también la institución de la reserva de la prenda, que no la desarrolla mayormente y que requiere voluntad expresa. Si se dispone de la cosa haciendo expresa mención a la reserva del derecho, la prenda no se extingue. No deja de llamar la atención que este párrafo, extraído de las obras de Ulpiano, establezca que la prenda sigue valiendo aun si por alguna razón se prohíbe esa venta; es decir, habiendo objeto ilícito en la enajenación la prenda sigue valiendo. El espíritu de este párrafo busca proteger al acreedor a todo evento. En el mismo sentido, referente a los modos de extinguir la prenda:

**D.20.6.5.pr:** Se extingue la hipoteca si el acreedor renuncia a ella o pacta no reclamar la cantidad, a no ser que se quiera decir que el pacto se interpuso para no reclamar de una determinada persona. ¿Qué ocurre si se hizo cuando otra persona poseía la hipoteca? Mas como del pacto convenido

---

<sup>437</sup> D.20.6.4.1: Si in venditione pignoris consenserit creditor vel ut debitor hanc rem permutet vel donet vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, nisi salva causa pignoris sui consensit vel venditioni vel ceteris nam solent multi salva causa pignoris sui consentire, sed si ipse vendiderit creditor, sictamen venditionem fesit, ne discederet a pignore, nisi ei satisfiat, dicendum erit exceptionem ei non nocere. Sed et si non concesserat pignus venumdari, sed ratam habuit venditionem, idem erit probandum.

nace una excepción perpetua, puede decirse en este caso lo mismo que cuando se renuncia a la hipoteca.<sup>438</sup>

Al ser el tenor de esta disposición claro no merece mayor explicación.

El *pignus conventum* en lo que respecta a su nacimiento obedeció a una necesidad práctica. El deudor prendario tenía fuertes inconvenientes cuando entregaba en prenda un bien que le era necesario para su actividad productiva. Sus herramientas de trabajo entregadas en prenda llevaban a esta institución a un absurdo. Esto fue lo que ocurrió en los arrendamientos de predios rústicos en los que el arrendatario o colonus llevaba sus herramientas de trabajo y animales y eran ellos los únicos bienes de valor que tenía y sobre los cuales, obviamente podía recaer la prenda. Sin ello no podía trabajar la tierra.

El arrendador entonces permitió que el pignorante conservase la tenencia de estos. En este sentido:

**D.43.26.6.4:** Si un propietario me hubiera dado una cosa en prenda y me la hubiera solicitado en precario, se pregunta si tiene lugar este interdicto. La duda está en si puede haber un precario de cosa propia. Me parece lo más cierto que vale el precario de cosa propia. Me parece lo más cierto que vale el precario en caso de prenda puesto que lo que se solicita es la posesión y no la propiedad, y esta opinión es muy práctica, pues con gran frecuencia los

---

<sup>438</sup> D.20.6.5 pr: Solvitur hypotheca et si ab ea discedatur aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat: nisi si cuius dicta pactum interpositum esse, ut a persona non petatur. Et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit? Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem et in hoc casu possunt dici, ut et ab hypotheca discedatur.



pignorante solicitan de los acreedores pignoraticios que les dejen la prenda en precario y debe ser válido tal precario.<sup>439</sup>

Este párrafo ilustra en forma muy clara el origen del *pignus conventum*. La hipoteca surgió como una práctica vinculada con el precario o préstamo de uso. Este párrafo narra el derecho romano en su dinámica diaria y muestra su enorme pragmatismo. Es por ello que en este caso se concede el interdicto de precario para proteger los derechos que emanan de esta relación jurídica. Importante es destacar que en este caso se está hablando de que lo solicitado es la posesión, situación de hecho amparada por el derecho, y no la propiedad un derecho. Debe interpretarse este párrafo en conjunto con los mencionados más arriba pues lo importante de esta práctica es que conserva los derechos del acreedor prendario.

Parte de la doctrina sostiene que el paso intermedio hacia la generalización del *pignus conventum* pudo consistir en el uso de convenir pignorante y pignoratario que la cosa sea devuelta al pignorante pero en función de una restitución prendaria, sino como un préstamo de uso o precario. Para estos efectos habremos de considerar la definición de precario dada por:

**D. 43.26.1.pr:** precario es lo que se concede en uso al que lo solicita con preces y por tanto tiempo cuanto lo tolere el concedente.<sup>440</sup>

---

<sup>439</sup> D.43.26.6.4: Quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit et precario rogaverit, an hoc interdictum locum habeat. quaestio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit. mihi videtur verius precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur, non proprietatis, et est haec sententia etiam utilissima: cottidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt, et debet consistere precarium.

<sup>440</sup> D. 43.26.1.pr: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur.

Al comparar **D.43.26.6.4** con otras disposiciones del mismo cuerpo de jurisprudencia surge la duda de hasta donde se puede realizar un precario sobre cosa propia. La interpretación que parece más lógica es que está fue una práctica que en un principio no contó con un reconocimiento por parte de los juristas y que dada la práctica generalizada debió ser aceptada. Es por ello que **D.43.26.6.4** debe ser entendida en un sentido más bien histórico y **D.43.26.4.3** y **D.50.17.45.pr** como lo aceptado por los juristas.

**D.43.26.4.3:** Así también, si yo hubiera solicitado en precario una cosa que tengo en propiedad, lo solicité efectivamente, pero no tengo aquello en precario por la razón de que se dice que no hay precario sobre lo que es propio.<sup>441</sup>

**D.50.17.45.pr:** Ni la prenda, ni el depósito ni el precario, ni el arrendamiento pueden versar sobre un objeto propio.<sup>442</sup>

De acuerdo a las características del derecho de dominio y las reglas generales de los contratos esta más que claro que no puede existir un precario sobre cosa propia pues el precario supone uso y goce de carácter gratuito y sobre una cosa ajena. La única interpretación posible para aceptar esta especie de precario es en base a que el acreedor prendario tenía la tenencia de la cosa dada en prenda y ello, para efectos prácticos, hace imposible ejercitar los derechos que confiere el dominio. Es por esto que es claro que el nacimiento de esta institución obedece a una posesión pretoria y a una elaboración conceptual y jurídica que no estaba dentro de la ley civil romana.

---

<sup>441</sup> D.43.26.4.3: Em si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, sed non habeo precario idcirco, quia receptum est rei suae precarium non esse.

<sup>442</sup> D.50.17.45.pr: Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest.

En la época clásica esta figura se generalizó para caucionar todo tipo de obligaciones y recaía sobre todo tipo de cosas. En algún momento de esta época fue introducido el uso de la palabra griega hipoteca.

El *pignus conventum* se constituía mediante un acuerdo entre las partes desprovisto de solemnidades. Era un pacto desnudo, al cual se le agregaba un elemento accidental que era diferir la entrega de la cosa pignorada hasta el momento en que el deudor incurra en mora de cumplir la obligación principal. Los pactos que se aplicaban para la realización de la prenda sin desplazamiento eran los mismos que se otorgaban en el *pignus datum*.

Las consecuencias prácticas del no desplazamiento dicen relación con el objeto. Los bienes susceptibles de ser afectos a esta garantía se ampliaron sobre todo en lo que dice relación con la hipoteca de una cuota dentro de la comunidad. También hacía posible que se realizase este contrato sobre partes ideales de una cosa que no son susceptibles de división material, así como también permitió extenderla a cosa futura. Por estas mismas razones se pudo celebrar un contrato de pignus sobre universalidades de hecho y de derecho en las que no era necesario individualizar cada cosa, por ejemplo, un rebaño o un establecimiento comercial. De esta misma manera se hizo posible la hipoteca sobre derechos y demás cosas incorporales.

Por último la protección procesal brindada a los derechos emanados del pignus podía hacerse efectiva mediante diversos medios procesales. Uno de ellos era la acción serviana que se hacía para predios rústicos. En este caso se podía exigir la extracción de los bienes con auxilio de la fuerza pública. También se aplicaba el interdicto de migrando. También procedía para estos efectos la acción de comodato. Ello de acuerdo al:

**D.13.6.5.11 y 12:** Hemos de ver ahora en qué casos tiene lugar la acción de comodato, pues había duda acerca de esto entre los antiguos jurisconsultos.<sup>443</sup> (12) por ejemplo: te di una cosa para que la pignoras a tu acreedor y la has pignorado, pero no la rescatas para devolvérmela. Dice Labeón que tiene lugar la acción de comodato, y así opino yo, siempre que no haya intervenido alquiler, pues en ese caso habrá que reclamar con la acción por el hecho o con la del arrendamiento. Claro que si yo la hubiera pignorado por ti con tu consentimiento, se dará la acción de mandato. Dice también Labeón, acertadamente que si no tuve culpa en no haber rescatado la prenda, sino que el acreedor se negó a devolvérmela, tienes la acción de comodato tan solo con el fin de que yo te ceda las acciones contra el acreedor. Y creo que falta mi culpa cuando ya pague la cantidad o estoy dispuesto a pagarla. Claro que los gastos judiciales y demás es justo que los pague el comodatario.<sup>444</sup>

De este párrafo se desprende que en determinados casos la procedencia de la acción de comodato es valedera para conflictos ocasionados por la prenda y esto importara por la aplicación de normas referentes a la responsabilidad contenidas en la acción de comodato. También se debe considerar que el digesto para efecto de proteger los derechos que emanan del contrato de prenda no se limita a acciones de carácter contractual sino también extracontractual. Ello está establecido en:

---

<sup>443</sup> D.13.6.5.11: *nc videndum, in quibus speciebus commodati actio locum habeat. et est apud veteres de huiusmodi speciebus dubitatum.*

<sup>444</sup> D.13.6.5.12: *Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneris, ut mihi reddas. labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit. plane si ego pro te rem pignori dederam tua voluntate, mandati erit actio. idem labeo recte dicit, si a me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc dumtaxat commodati, ut tibi actiones adversus eum praestem. abesse autem culpa a me videtur, sive iam solvi pecuniam sive solvere sum paratus. sumptum plane litis ceteraque aequum est eum agnoscere, qui commodatum accepit.*

**D.13.6.18.1:** si el acreedor pignoraticio, el comodatario o el depositario deterioran la cosa recibida, no sólo se dan estas acciones de que estamos tratando, sino también la de la ley Aquilia; pero ejercitada la una, se quitan las otras.<sup>445</sup>

Para efectos procesales debe tenerse en consideración que en el derecho romano si concurrían para un caso específico varias acciones cada una se interponía de manera privativa. Es así como:

**D.50.17.43.1:** Cuando concurren varias acciones por la misma causa, se debe ejercitar sólo una de ellas.<sup>446</sup>

En el edicto perpetuo se estableció un interdicto prohibitivo que se dirigía contra el colono que actualmente poseía la cosa y que se conoció como interdicto salviano.

Además de ellos estaban los interdictos *utrubi* y *uti possidetis*. Este último no era de aplicación general. Su función principal era retener la posesión de bienes inmuebles y proteger a los poseedores civiles y pretorios de estos; sin embargo, en ciertos casos cumplía una función recuperatoria<sup>447</sup>. Este se debía a que en este interdicto existía una cláusula de posesión viciosa.

Los actuales poseedores violentos, clandestinos o precaristas no pueden prevalecer en el edicto en contra de quién se ejerció la violencia u opero la clandestinidad o de quienes recibieron el predio en precario. En estos casos el

---

<sup>445</sup> D.13.6.18.1: Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis aquiliae: sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.

<sup>446</sup> D.50.17.43.1: Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet.

<sup>447</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Op. cit. p.p. 515-516.

interdicto no protege al poseedor vicioso. La práctica determinaba que en estos casos el que quería recuperar su predio necesitaba iniciar una perturbación para que fuese demandado por el actual poseedor vicioso y así obtener la restitución gracias a la cláusula arbitraria.

*Respecto del interdicto utrubi, debe tenerse en cuenta que es un interdicto que busca retener la posesión civil o pretoria de cosas muebles y que podía cumplir una función recuperatoria por las mismas razones que el interdicto uti possidetis.*

Por último otro de los medios procesales que se podía hacer valer era la acción reivindicatoria ya que la finalidad de esta es que el dueño civil de una cosa determinada, mueble o inmueble, recupere la posesión de esta frente a un tercero que la retiene. Esta acción es una emanación del derecho de dominio que busca hacer efectivo el ius possidendi o derecho a poseer. Teniendo el dominio de una cosa se tiene inmediatamente esta acción. Por esta razón es plenamente aplicable a la prenda.

De cada una de estas acciones emanan distintos criterios para determinar la responsabilidad contractual.

Otro medio procesal que se usó para la prenda es la actio condictio y esta acción valía para toda dación o entrega con obligación de restituir; es decir para los préstamos en un sentido amplio. Primero esta acción tuvo lugar en el ámbito de deudas ciertas de dinero u otros géneros y también para cosas específicas y fue sancionada mediante la legis actio per conditionem y en el juicio formulario terminó por denominarse actio condictio. También se la denomina actio certi o actio certae creditae pecuniae. Los distintos nombres se deben a los distintos objetos sobre los que recae la pretensión.

En esta acción si lo reclamado era dinero se condenaba a la cantidad exigida y si lo reclamado era un objeto distinto del dinero se condenaba al valor de la cantidad si la cosa previamente entregada era fungible o del cuerpo cierto en caso contrario. El juez debía hacer una estimación del valor.

En este juicio la obligación que emanaba de la formula era abstracta; pues, se omitía toda referencia a la causa o fuente de la deuda. El actor debía probar que había entregado esa cantidad de cosas fungibles, dinero o el cuerpo cierto. El digesto autoriza la procedencia de esta acción en:

**D.12.1.4.1:** Puede demandarse por la condición la cosa dada en prenda, una vez que se pagó la cantidad garantizada. También hay que reclamar por la condición los frutos percibidos por causa injusta y si el colono hubiera percibido los frutos después de terminar el quinquenio de arriendo, es claro que se reclama por la condición, siempre que no hubiesen sido percibidos con consentimiento del propietario, pues si lo fueran con consentimiento, no hay duda que es esa la condición.<sup>448</sup>

Gayo en sus instituciones nos habla del origen de la acción por toma de prenda, lo que sirve para entender la evolución de este contrato, en los comentarios del libro cuarto número 26 y siguientes:

“(26) la acción de ley por toma de prenda tenía lugar en los casos establecidos unos por las costumbres y otros por la ley. (27) Se originó consuetudinariamente en el ámbito militar. Efectivamente, el militar estaba

---

<sup>448</sup> D.12.1.4.1: Res pignori data pecunia soluta condici potest. et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt: nam et si colonus post lustrum completum fructus perceperit, condici eos constat ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt: nam si ex voluntate, procul dubio cessat condictio.

facultado a tomar en prenda un objeto del que se le debía entregar el estipendio y no se lo pagaba. El dinero que se daba en concepto de estipendio se denominaba “metal militar.” También le estaba permitido tomar prenda por aquel dinero destinado a la compra del caballo, dinero que se llamaba “metal ecuestre”, y así mismo por aquel para adquirir pienso para el caballo, denominado “metal para pienso.” (28) Por ley se introdujo la toma de prenda, como, por ejemplo, la ley de las XII tablas, contra el que compró una víctima para sacrificarla a los dioses y no pagó su precio; también contra el que no abonase la merced por el alquiler de una caballería, siempre que el importe estuviera previsto para sufragar una ofrenda o sacrificio a los dioses. En virtud de las condiciones fijadas por los censores para la percepción de los impuestos públicos por parte de los publicanos, se otorgó a estos concesionarios la toma en prenda contra aquellos que resultaran deudores tributarios por el ministerio de la ley. (29) En todos estos casos se procedía a la toma de prenda pronunciando ciertas palabras solemnes y por ello se opinaba corrientemente que esta era también una acción de ley. Pero algunos entendieron que no se trataba de una acción de ley : en primer término, porque la toma de prenda tenía lugar fuera del tribunal, es decir, no en presencia del pretor y además muchas veces en ausencia del demandado, siendo así que las restantes acciones no se pueden entablar sino ante el pretor y estando presente el contrario. Por último, debía hacerla en un día inhábil, es decir cuando no es lícito emprender una acción de ley. (31) Tan solo en dos casos es aún posible entablar una acción de ley: por el daño temido y cuando el juicio debe ventilarse ante el tribunal de los centunviro. En efecto, cuando hay que acudir a los centunviro, previamente debe ejercitarse ante el pretor urbano o el peregrino la acción de la ley por apuesta solemne. Por razón del año temido nadie utiliza ya la acción de ley, sino que opta por obligar a su adversario mediante la estipulación ofrecida en el edicto, lo que resulta jurídicamente más cómodo y seguro. Por la toma de



prenda...aparece. (32) Por el contrario, en la fórmula que se otorga al publicano, existe la ficción de que resulte condenado el deudor a aquella cantidad de dinero por la que antes, cuando se practicaba la toma de prenda debía redimir esta”<sup>449</sup>

Gayo se refiere a la naturaleza jurídica de la prenda en los comentarios del libro segundo número 60:

---

<sup>449</sup> “26. Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, <de quibusdam rebus> lege.27 Introduta est moribus rei militaris.Nam et propter stipendium licebat militi ab eo, qui aes tribuebat, nisi daret, pignus capere; dicebatur autem ea pecunia quae stipendi nomine dabatur, aes militare. Item propter eam pecuniam licebat pignus capere est qua equus emendus erat; quae pecunia dicebatur aes equestre. Item propter eam pecuniam ex qua hordeum equis erat comparandum; quae pecunia dicebatur aes hordiarium. 28. Lege autem introduta est pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum qui hostiam emisset nec pretium redderet; item aduersus eum qui mercedem non redderet pro eo iumento quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium impenderet. Item lege censoria data est pignoris capio publicanis uestigialium publicorum populi romani aduersus eos qui aliqua lege uestigialia deberent. 29. Ex ómnibus autem istis causis certis uerbis pignus capiebatur, et do id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem placebat< legis actionem non esse>, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente aduersario, cum alioquim ceteris actinibus non aliter uti possent quam apud praetorem praesente aduersario; praetera quod nefasto quoque die, id est quo non licecat lege agüere, pignus capi poterat.

30. Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium penerunt. Nanque ex nimia subtilitate ueterum qui tunc tura condiderunt eo res perducta est, ut uel qui minimun errasset litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et uas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas litigamus.31 Tantum ex duabus causis permissum est lege agüere; damni infecti et si centumuirale iudicium futurum est. Sane quidem cum ad centumuiros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem ubanum uel peregrinum. Damni uero infecti nemo uult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat aduersarium suum,dique et commodius ius et plenius est. Per pignoris capionem-(24 líneas ilegibles)-apparet.32. Contra in ea forma quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnetur.”

“Pero como la transmisión en garantía puede convenirse, o bien con un acreedor, en virtud del derecho de prenda, o bien con un amigo para que nuestras cosas queden en su poder , si la transmisión en garantía se ha acordado con un amigo, sin duda siempre compete la usureceptio; si, en cambio, ha sido con el acreedor, compete siempre que se haya pagado el dinero; cuando no se ha pagado, solo compete si el deudor no recibió la cosa del acreedor en arrendamiento ni se la pidió de modo que pudiera poseerla en precario, en cuyo caso compete la usucapión lucrativa.”

De este párrafo vale destacar el concepto de *usureceptio*. Este es un elemento propio de la fiducia pero plenamente aplicable a la prenda. La fiducia, como ya se analizara, era la manera de caucionar obligaciones afectando un bien en el derecho arcaico y consistía en una transferencia de dominio mediante una ceremonia solemne (mancipatio); sin embargo, ella no implicaba necesariamente la transferencia de la posesión y también podía ocurrir que la cosa vuelva a poder del fiduciante. Ello generaba una *usucapión* o prescripción adquisitiva especial a favor del fiduciante que no requería ni justo título ni buena fe y que se cumplía en el plazo de un año. Esta figura se llamó readquisición por el uso o usureceptio. En el caso de la prenda, de acuerdo a lo que establece Gayo, esta sólo opera si se ha acordado con un amigo. El párrafo transcrito es muy ambiguo y por los pocos elementos que da nos inclinamos a pensar que es una modalidad que requiere estipulación expresa en el contrato. Esto porque la prenda tiene una función propia que no cambia atendiendo a si el acreedor es un amigo o un desconocido, pero al celebrarse cualquier contrato se podían establecer modalidades y una de ellas podría ser la usureceptio, lo que podría entenderse por la mayor confianza que se deriva de las relaciones de amistad, si se compara con las netamente económicas.

Explicado el marco conceptual en el que se desenvolvía la prenda y la hipoteca en Roma, para efectos de estudiar la responsabilidad debe tenerse en cuenta que la responsabilidad es aquella rama del derecho que determina bajo que condiciones un individuo responde por el daño que le ha ocasionado a otro. La convivencia entre seres humanos genera daños y privaciones en cada momento y es labor del derecho determinar cuales rompen los márgenes de convivencia que deben regir la sociedad.

Los elementos tradicionales de la responsabilidad son el dolo, la culpa, el caso fortuito, la fuerza mayor, la resciliación, la mora, el cumplimiento imperfecto de la obligación, el pago no integral y la custodia. El contrato de prenda claramente implica la posibilidad de daño por dolo, culpa, caso fortuito, fuerza mayor, mora y custodia. Los otros elementos de la responsabilidad son de aplicación más discutible: la resciliación se refiere antes que nada a obligaciones principales e independientes y la prenda es por esencia una obligación dependiente de otra. Por la misma razón es difícil que tenga aplicación práctica el cumplimiento imperfecto de la obligación o el pago no integral de la misma. Además estas últimas están vinculadas con una institución de certeza jurídica como es la prescripción pero en el derecho romano clásico los plazos de prescripción eran mucho más largos que los que conocemos hoy día, por ende, la relevancia social de las mismas no tenía los caracteres que presenta hoy día.

Por último cabe destacar que ningún estudio de los elementos por separado sirve. La custodia, el caso fortuito y la culpa entre otras están estrechamente vinculados. Si a ello se le agrega que el derecho romano clásico es un derecho extremadamente casuístico y que desconoció parámetros o estándares de conducta como los que hoy rigen nuestro derecho privado hacen que el estudio de este tema sea particularmente difícil.

A esto se le debe agregar que otro de los problemas que presenta el estudio de la ciencia romanística es no poder determinar fehacientemente cuales son las

verdaderas fuentes. A lo largo de casi mil años de estudio del derecho romano en la Europa occidental es inevitable que ellas han sido manipuladas en exceso.

### 3. DOLO.<sup>450</sup>

De acuerdo al derecho romano las obligaciones podían ser de derecho estricto o de buena fe. Las obligaciones de derecho estricto son aquellas que desde su nacimiento tienen claramente determinados cuales son sus límites y las de buena fe son aquellas cuyo límite esta dado por la lealtad o el comportamiento conforme a derecho que exige la sociedad en una época y en un lugar determinado y que se vincula con lo que es reputado como correcto por la sociedad.

En materia contractual esto significa que la conducta del deudor debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la obligación y en caso contrario la ejecución de la misma será forzada o cambiará su monto.

El dolo es una conducta antijurídica consciente y querida. El deudor comete dolo cuando realiza una conducta que no está de acuerdo con el cumplimiento de la obligación en la manera en que esta fue concebida o la prestación se hace imposible. El dolo es por esencia un hecho del hombre en que ha obrado de acuerdo a su voluntad y está plenamente consciente de lo que ello significa. El dolo puede materializarse como una acción u omisión destinada a conseguir un resultado perjudicial en las cosas o en la frustración de expectativas legítimamente creadas en la contraparte, o en un error producido en esta, de tal manera que resulte engañada. El dolo es propio de una persona capaz.

---

<sup>450</sup> ARIAS RAMOS p.p. 570-571 y GUZMÁN BRITO, Alejandro. Op. cit. p.p. 312 y ss.

*El dolo es una conducta querida en la que el elemento intención es el distintivo y la esencia de la conducta. El dolo es todo lo contrario a la buena fe.*

En caso de concurrencia de una conducta dolosa la obligación subsiste pero es reemplazada por la obligación de indemnizar, que es la manifestación del resarcimiento de perjuicios. Los perjuicios que se indemnizan son los directos e inmediatos derivados del incumplimiento, hayan sido previsibles o imprevisibles.

Respecto a sí en el contrato de prenda se responde por dolo o culpa, el digesto aclara esto en las disposiciones que se refieren a la acción de comodato, esto es:

**D.13.6.5.2:** Veamos ahora si la acción de comodato se refiere al dolo, a la culpa o incluso a todo el riesgo. Ciertamente, en los contratos respondemos a veces sólo por el dolo, otras veces también por la culpa; por el dolo en el depósito, pues como no hay utilidad para el depositario, con razón se responde solo por el dolo, a no ser que se señale acaso un alquiler (porque en este caso, como está establecido, se responde también por culpa), o se convino desde el primer momento que el depositario responda por la culpa y por el riesgo; mas allí donde hay utilidad para las dos partes, como en la compra, en el arrendamiento, en la dote, en la prenda, en la sociedad, se responde por el dolo y por la culpa.<sup>451</sup>

---

<sup>451</sup> D.13.6.5.2: Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.

El tenor literal de esta disposición es claro al enumerar los contratos en los que se responde de culpa y dolo y para ello el criterio es que el contrato debe beneficiar a ambas partes. Se responde por dolo en aquellos contratos en los que solo hay utilidad para una de las partes. De acuerdo a estos criterios de responsabilidad en todas las figuras jurídicas aparece regulado el dolo. Nadie puede eximirse del dolo. Esto lo establece expresamente:

**D.16.3.1.7:** Si se hubiere convenido que no se ha de responder por dolo, no lo aprobarás; porque esta convención es contraria a la buena fe y a las buenas costumbres, y por esto no debe observarse.<sup>452</sup>

Debe aclararse que esto está regulado en la acción de comodato porque, como se dijo más arriba este es uno de los tantos medios para proteger los derechos que emanan de la prenda y además porque el digesto da una amplia significación al préstamo. Bajo este nombre se abarcan varios contratos siendo el elemento característico el hecho que se confíe a otro un determinado bien. Esto está establecido en:

**D.12.1.1.1:** Como el pretor comprendió bajo este título muchas disposiciones relativas a diversos contratos, le puso el título de cosas prestadas; abarca, en efecto, todos los contratos que hacemos confiando algo a alguien. Porque, como elegantemente dice Celso, la denominación de préstamo es general. Por ello dio el pretor, bajo este título, edictos sobre el comodato y la prenda, pues cuando convenimos confiar algo a alguien, para en virtud de este contrato, recuperarlo después, se dice que prestamos; también eligió el pretor la palabra cosa como más general.<sup>453</sup>

---

<sup>452</sup> D.16.3.1.7: Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.

<sup>453</sup> D.12.1.1.1: Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de comodato et de

Del tenor literal de ambas disposiciones queda claro que el digesto hace una interpretación extensiva de la palabra préstamo, pero al menos en lo que respecta a responsabilidad la prenda no es un contrato de préstamo pues tiene normas distintas.

El digesto establece que el acreedor prendario debe indemnizar todo daño que él hubiese causado al deudor prendario con su propio dolo:

**D.13.7.15:** Cuando el acreedor devuelve la prenda, debe prometer al deudor indemnizarle del daño que pueda causarle con su propio dolo; y si se pignoró un predio, de la conservación de las servidumbres, por si acaso se extinguieron por desuso del acreedor.<sup>454</sup>

En el mismo sentido se establece como sanción para el dolo la indemnización de perjuicios aún si el deudor prendario estuviese dispuesto a resarcir los daños entregando en dominio el bien dado en prenda. Es lo que establece:

**D.13.7.31:** Si un esclavo que ha sido pignorado hurta algo al acreedor, puede el deudor abandonar por el daño aquel esclavo al acreedor; y si el acreedor me lo hubiera dado a sabiendas de que era ladrón, aunque estuviera dispuesto a dejármelo por el daño, tendrá contra él, a pesar de ello, la acción pignoraticia, para que me indemnice. Lo mismo debe observarse dice Juliano, cuando un esclavo depositado o comodado comete hurto.<sup>455</sup>

---

pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit.

<sup>454</sup> D.13.7.15: Creditor cum pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere: et si praedium fuit pigneratum, et de iure eius repromittendum est, ne forte servitutes cessante uti creditore amissae sint.

<sup>455</sup> D.13.7.31: Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere: quod si sciens furem pignori dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet. eadem servanda esse iulianus ait etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat.

.Vinculado con el dolo se encuentra el hecho de falsear el objeto dado en prenda y para ello se distingue si se ha suplantado por un objeto que ya se había entregado, en cuyo caso se responde por hurto, y el caso de no haberse entregado la cosa suplantada, en cuya actitud hay malicia pero no hurto. Lo que está claro es que de no proceder la acción de hurto igualmente procederá la acción pignoraticia. Es lo que establece:

**D.13.7.36.pr:** Si el deudor, al dar la prenda, suplanta al acreedor un objeto de oro por otro de bronce, se pregunta cómo queda obligado. Sobre este caso escribe Sabino con toda razón que si hubiese suplantado por el bronce el oro que ya había dado, responde por la acción de hurto, y si lo suplantó al dar bronce, obró maliciosamente pero no es ladrón. Mas, creo que también en este caso tiene lugar la acción pignoraticia y así lo escribe Pomponio. Por lo demás, como disponen muchos rescriptos, debe aplicarse en vía extraordinaria la pena de estelionato.<sup>456</sup>

El **D.6.1.17.1** determina la opinión de Juliano respecto a la responsabilidad por mora y dolo, en este capítulo transcribiremos y comentaremos solamente la parte del pasaje que se refiere a dolo.

En él se establece que si se ha dejado de poseer con dolo un esclavo se debe entregar al dueño del esclavo su precio o ceder sus propias acciones, de acuerdo a lo que quiere el demandante. A ello se deben agregar los frutos percibidos pero no los que percibió este esclavo cuando estaba en manos de aquel que lo reivindicó: "...si este poseedor hubiera dejado de poseer con dolo, y alguien hubiera matado injustamente al esclavo, estará obligado a la entrega del precio del esclavo o a ceder sus propias acciones, según quiera el demandante. Debe restituir también los frutos percibidos de otro poseedor,

---

<sup>456</sup> D.13.7.36.pr: Si quis in pignore pro auro aes subiecisset creditori, qualiter teneatur, quaesitum est. in qua specie rectissime sabinus scribit, si quidem dato auro aes subiecisset, furti teneri: quod si in dando aes subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse. sed et hic puto pigneraticium iudicium locum habere, et ita pomponius scribit. sed et extra ordinem stellionatus nomine plectetur, ut est saepissime rescriptum.



ya que no debe obtener un lucro gracias al esclavo acerca del cual se había empezado un litigio. En cambio, no se debe restituir los frutos del tiempo en que el esclavo fue poseído por el que lo reivindicó. Pero lo que dice respecto a la acción de la ley aquilia es procedente si el poseedor usucapió después de la litiscontestación, ya que entonces comienza a tener un derecho pleno <para poder reclamar por aquella acción>”<sup>457</sup>

En los casos en que se celebra un contrato y una parte estima, por ejemplo, que es mutuo, y la otra que es depósito y es de cosa fungible tiene lugar la condición pero no procede la excepción de dolo. En estos casos se entiende que no se configura ningún contrato pues no hay consentimiento, ya que no está clara la obligación. Es lo que establece:

**D.12.1.18.1:** si yo te hubiese dado una cantidad en depósito y tu la recibes como mutuada, no hay depósito ni mutuo, lo mismo ocurre si tú hubieses dado una cantidad como mutuada y yo la recibí como comodada con el fin de ostentarla. Pero en ambos casos, una vez consumidas las monedas, tendrá lugar la condición sin excepción de dolo.<sup>458</sup>

---

<sup>457</sup> D.6.1.17.1: Idem iulianus eodem libro scribit, si moram fecerit in homine reddendo possessor et homo mortuus sit, et fructuum rationem usque ad rei iudicatae tempus spectandam esse. idem iulianus ait non solum fructus, sed etiam omnem causam praestandam: et ideo et partum venire in restitutionem et partuum fructus. usque adeo autem et causae veniunt, ut iulianus libro septimo scribit, si per eum servum possessor adquisierit actionem legis aquiliae, restituere cogendum. quod si dolo malo ipse possessor desierit possidere et aliquis hominem iniuria occiderit, aut pretium hominis aut actiones suas praestare cogetur, utrum eorum voluerit actor. sed et fructus, quos ab alio possessore percepit, restituere eum oportet: lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet. sed fructus eius temporis, quo tempore possessus est ab eo qui evicerit, restituere non debet: sed quod dicit de actione legis aquiliae, procedit, si post litem contestatam usucepit possessor, quia plenum ius incipit habere.

<sup>458</sup> D.12.1.18.1: Si ego quasi deponens tibi dederam, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi: sed in utroque casu consumptis nummis conditioni sine doli exceptione locus erit.

#### 4. **CULPA.**

Culpa es la negligencia o falta de cuidado en la realización de la prestación. En el cumplimiento de la prestación se debe observar un parámetro de conducta que es el socialmente aceptado y que tiene consagración jurídica. La culpa es el no cumplimiento de ese estándar de conducta por no poner el debido cuidado en el cumplimiento de la obligación, obteniendo resultados que se pudieron prever y evitar. La culpa no supone una intención de causar daño. Por culpa se indemnizan los perjuicios previsibles, hayan sido directos o inmediatos o indirectos y mediatos.

La culpa puede ser contractual o extracontractual o aquiliana, dependiendo de sí existe o no un vínculo jurídico previo. Para efectos de este trabajo sólo nos interesa la primera.

En el derecho romano clásico no hubo gradación de la culpa. Este fenómeno fue desarrollado en el derecho romano post- clásico y derivó en la diferenciación de la culpa entre lata y levis. Posteriormente los comentaristas del derecho común agregaron a las dos categorías existentes la de culpa levísima, para no incurrir en la cual se necesitaba un cuidado muy meticuloso, con previsión de lo que solo hombres señaladamente inteligentes podían prever.

En cuanto a su clasificación, de acuerdo a la manera en que se aprecia y confronta la conducta del deudor podía ser en concreto o en abstracto. En concreto cuando la conducta del deudor se aprecia de acuerdo a lo que son sus patrones comunes de conducta; es decir, es una apreciación subjetiva de acuerdo a las características personales de cada deudor.<sup>459</sup> Al acreedor prendario, el criterio general

---

<sup>459</sup> ARIAS RAMOS, Op. cit. p.p. 573-575 y GUZMÁN BRITO, Alejandro, Op. cit. p.p. 312-313.

para apreciar la diligencia era en abstracto, según **D.13.7.14**: Se puede exigir del acreedor pignoraticio el comportamiento de un diligente cabeza de familia en sus propias cosas.<sup>460</sup>

En abstracto es aquella en que el deudor es juzgado de acuerdo a la correspondencia entre su conducta y la de un estándar, el del buen padre de familia.

Por último, la culpa se puede clasificar in faciendo e in non faciendo, de acuerdo a si la obligación se hace imposible por un acto o por una omisión.

En la época clásica la responsabilidad se desarrolló gracias a él procedimiento formulario, que implicaba consagrar la buena fe en las obligaciones. Ello significó que en algunos contratos se respondía solamente por transgresiones a la buena fe y en otros por la falta de diligencias y por transgresiones a la buena fe. Ello se debió al enorme casuismo del pretor y a que en la época clásica la apreciación de la culpa era in concreto.

Vinculada con la culpa se encuentra la acción de hurto y el hurto, y para estas indemnizaciones establece la necesidad de compensar con las demás obligaciones que emanan de este contrato y esto está regulado en:

**D.13.7.22.pr**: Si a consecuencia del hurto de la prenda hubiera demandado el acreedor con la acción de hurto, reconoce Papiniano que debe compensar con la deuda todo lo que hubiera conseguido por ello, y si es verdad, aún cuando el hurto se ha cometido por culpa del acreedor. Con más razón habrá que decir esto mismo en relación con lo que el acreedor cobrar mediante la condición. En cambio, lo que el mismo deudor < que sustrajo la prenda >

---

<sup>460</sup> D.13.7.14: Ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

pagó al acreedor mediante la acción de hurto y la condición, veamos si debe compensarse con la deuda: ciertamente, no se le debe devolver lo que pagó en la acción de hurto, según opinión general ya establecida, que es también la de Papiniano, 9 quaest.<sup>461</sup>

En la prenda también aparece regulada la culpa por medio de una apreciación del trato que cada acreedor proporciona a las cosas pignoradas. Si las usa para algo ilícito no está cumpliendo con la obligación de buena fe que supone el contrato de prenda y respecto de ciertos bienes como los esclavos la concurrencia de conductas como esta hace que termine de pleno derecho la prenda. Esto también importa para determinar si procede o no procede la acción pignoraticia contraria y las impensas propias de la acción reivindicatoria. Es lo que establece:

**D.13.7.24.3:** En la acción pignoraticia entra en consideración si el acreedor maltrato las cosas pignoradas, o inutilizó los esclavos. Claro que habrá que decir que no responde por la acción pignoraticia cuando, a causa de las fechorías cometidas por los esclavos los castigó corporalmente, los tuvo presos, los entregó al prefecto o al gobernador. Así, si prostituyó la esclava o le obligó a hacer algo malo, inmediatamente se extingue la prenda de aquella esclava.<sup>462</sup>

---

<sup>461</sup> D.13.7.22.pr: Pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare papinianus confitetur, et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condicione consecutus est. sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condicione, an debito sit imputandum videamus: et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum, et ita papinianus libro nono quaestionum ait.

<sup>462</sup> D.13.7.24.3: In pigneraticio iudicio venit et si res pignori datas male tractavit creditor vel servos debilitavit. plane si pro maleficiis suis coercuit vel vinxit vel optulit praefecturae vel praesidi, dicendum est pigneraticia creditorem non teneri. quare si prostituit ancillam vel aliud improbatum facere coegit, ilico pignus ancillae solvitur.

Un caso especial es el préstamo a un transportista fluvial, ya que en este caso si no le es pagada la cantidad prestada él prestamista puede retener la balsa. Esta acción puede ser de autotutela y en ese caso todo el riesgo corre para el acreedor, lo que es una excepción a la regla general que establece que las cosas perecen para su dueño y que los riesgos sobre la cosa propia son única y exclusivamente para su dueño. Si toma la balsa sin la autorización del transportista, todos los riesgos son para el acreedor, incluso, a contrario sensu, el caso fortuito. Si tomó la balsa con autorización del deudor responde solo de la culpa y no del caso fortuito. Esta disposición pretende reforzar la buena fe en el comportamiento contractual de las partes. Es lo que establece:

**D.13.7.30:** El que había prestado una cantidad a un transportista fluvial, al no serle pagada la cantidad en su plazo, detuvo por su autoridad una balsa en el río; luego la crecida del río se llevó la balsa. Respondió que si retuvo la balsa acaso contra la voluntad del transportista propietario, quedaba a riesgo del acreedor, pero si el deudor permitió voluntariamente que la retuviera, responderá tan solo de la culpa, pero no de la fuerza mayor.<sup>463</sup>

El Digesto establece una regla de responsabilidad común para los casos en que hubo dolo o culpa y que se refiere a la apreciación de los frutos. Esta regla es que se han de estimar no sólo los frutos percibidos sino también los que honradamente pudieron percibirse. Esta regla supone un patrón o estándar de conducta que en lo que respecta a la culpa es una apreciación en abstracto. en la que se está evaluando la diligencia debida. Es lo que establece:

---

<sup>463</sup> D.13.7.30: Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. si invito ratiario.

**D.6.1.33:** Se han de estimar, no sólo los frutos percibidos sino también los que honradamente pudieron percibirse; por tanto, si por dolo o culpa del poseedor perece la cosa reclamada, reputa Pomponio más cierta la opinión de Trebacio, que entiende que los frutos que deben tomarse en cuenta son aquellos que se percibirían si la cosa no hubiese perecido, o lo que es igual, hasta el momento del fallo judicial; lo que acepta también Juliano. Por tal razón, si reclama el nudo propietario y entre tanto se extingue el usufructo, entran en cuenta los frutos desde que el usufructo revirtió en la propiedad.<sup>464</sup>

## 5. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.

*Se los define como toda causa sobreviniente de incumplimiento de la obligación no imputable al deudor. Si es fuerza mayor se conoce con el nombre de vis mayor. Si es un caso fortuito se le conoce con el nombre de casus, que quiere decir acaso. Son denominaciones que engloban una serie de eventos naturales o debidos a la obra de un tercero en cuya producción el deudor no ha tomado parte y cuyo vigor no se puede resistir. **D.13.6.18.pr:** establece algunos de estos casos: “en las cosas comodadas debe ponerse tanta diligencia como pone la persona más diligente en sus propias cosas, de modo que tan sólo deje de responder por los riesgos inevitables, como muertes de esclavos que ocurren sin su dolo o culpa, ataques de atracadores o enemigos en*

---

<sup>464</sup> D.6.1.33: Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt aestimandi sunt: et ideo si dolo aut culpa possessoris res petita perierit, veriozem putat pomponius trebatii opinionem putantis eo usque fructuum rationem habendam, quo usque haberetur, si non perisset, id est ad rei iudicandae tempus: quod et iuliano placet. hac ratione si nudae proprietatis dominus petierit et inter moras usus fructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem usus fructus reversus est, ratio fructuum habetur.

*guerra, asaltos de piratas, naufragios, incendios y fugas de esclavos que no podían vigilarse...<sup>465</sup>*

*Se caracterizan por ser imprevisibles e irresistibles ya que todo cuidado del deudor para evitar sus consecuencias era en vano. El caso fortuito o fuerza mayor es entendido en el digesto como un eximente de culpa. Es así como:*

***D.50.17.50: carece de culpa el que, teniendo conocimiento de algo no puede impedirlo.<sup>466</sup>***

En este caso se establece que el elemento principal para que opere el caso fortuito o fuerza mayor es la imposibilidad de evitar sus efectos. No importa que se conozca el hecho. Lo trascendente, de acuerdo a esta disposición es precisamente que no se puedan frenar sus efectos.

Este tema esta expresamente regulado para la prenda en:

---

<sup>465</sup> D.13.6.18.pr:In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.

<sup>466</sup> D.50.17.50: Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest.

**D.20.1.21.2:** todo el incremento o detrimento fortuito de la prenda pertenece al deudor.<sup>467</sup>

La pérdida de la cosa debida a un detrimento o hecho fortuito pertenecen al deudor, que es el dueño de la cosa, no importando que el bien entregado en prenda se encuentre en ese momento en poder del acreedor prendario. Este, por la ocurrencia del caso fortuito, no adquiere ninguna responsabilidad. Esta es una derivación de los principios generales del derecho: la regla general es que el incumplimiento de la obligación por caso fortuito o fuerza mayor opera como modo de extinguir las obligaciones y los bienes que perezcan debido a esto perecen para su dueño.

Pomponio establece una serie de criterios para apreciar cuando la pérdida ha de pertenecer a un individuo debido al perecimiento de la cosa en:

**D.12.1.5:** dice: “si aquello que debes darme hubiese perecido después de que por acto tuyo me lo hubieras dejado de dar es claro que esa pérdida ha de ser tuya. Mas, cuándo se indaga si fue por acto tuyo deberá tenerse en cuenta, no solo sí podías dar o no o si obraste o no con dolo para no poder o no haber podido, sino también si existía alguna justa causa en virtud de la cual debieras entender que estabas obligado a dar.”<sup>468</sup>

De acuerdo a estos, el caso fortuito es una hipótesis que se usa en caso de fallar las de dolo y las de poder o no poder realizar una determinada conducta.

---

<sup>467</sup> D.20.1.21.2: Quidquid pignori commodi sive incommodi fortuito accessit, id ad debitorem pertinet.

<sup>468</sup> D.12.1.5: Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id nec ne aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit nec ne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere.



En el caso fortuito se contemplan situaciones propias del deterioro físico de la persona, y para ello la apreciación que se hace es en concreto, de acuerdo a los criterios para examinar la culpa. Esto se establece en:

**D.13.6.5.4:** Pero debemos decir que no debe imputarse al comodatario los accidentes que provienen de la vejez o enfermedad, o lo que ha sido robado por los atracadores, o casos similares, a no ser que intervenga alguna culpa. Por tanto, si algo ocurre por incendio, ruina, u otro daño fatal, no queda obligado, a no ser que pudiendo salvar las cosas comodadas, prefirió acaso salvar las propias.<sup>469</sup>

Dado que a la prenda se le aplica el dolo y la culpa, esta disposición referida al comodato es también aplicable a la prenda. Se establece que no responde por hechos de terceros imprevistos como un asalto, o por hechos que se pueden exigir a otros pero no a esa persona, como consecuencia del paso del tiempo. Se considera que no todas las personas pueden responder de la misma manera. Un anciano o un enfermo no puede tener el mismo grado de diligencia que una persona joven y sana. En este caso la apreciación de la culpa es en concreto. Se establece entonces que en todos estos casos no hay responsabilidad; sin embargo, se establece que debe tratar de salvar la cosa prestada primero pero esta es la única exigencia, que por lo demás es una concreción de la buena fe.

Al regular la acción pignoratitia se establece que no se responde por fuerza mayor:

---

<sup>469</sup> D.13.6.5.4: Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetul.

**D.13.7.13.1:** Se responde por esta acción del dolo y la culpa, como en el comodato; también por custodia, pero no por fuerza mayor.<sup>470</sup>

El Digesto al regular la acción reivindicatoria, establece un caso de estado de necesidad en que la responsabilidad del poseedor de la cosa se ve disminuida. Ella es aplicable al caso fortuito o fuerza mayor ya que en el derecho clásico esta figura no estaba sistematizada sino que comprendía todos aquellos casos en que era imposible cumplir por causas ajenas a la voluntad y cuya magnitud las hacía imposibles de manejar. La misma atenuación de la responsabilidad se da para el caso en que se vendan los frutos percibidos porque no se pueden tener sin que se deterioren. En este caso se está premiando la diligencia y la buena fe. Es lo que establece Ulpiano en:

**D.6.1.15.1:** Si alguno vendió la cosa por necesidad, quizás se le auxilie por el ministerio del juez para que deba restituir solamente el precio, pues si vendió los frutos percibidos con el fin de que no se estropeasen, tampoco dará más que el precio.<sup>471</sup>

En el mismo sentido y consagrando una norma de responsabilidad vigente hasta el día de hoy, **D.6.1.15.3.** establece que la regla general es que las cosas perecen para su dueño y si estas están depositadas o en custodia de otra persona y perecen sin haber mediado dolo o culpa de aquel que las tenía en posesión no surge obligación de restituir el valor. El caso fortuito opera como un modo de extinguir las obligaciones y como un eximente de responsabilidad. Sin embargo esta misma disposición del digesto establece la excepción a esta regla, cual es que la mora purga el caso fortuito. De haber ocurrido el caso fortuito estando el actual poseedor en mora de

---

<sup>470</sup> D.13.7.13.1: Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit.

<sup>471</sup> D.6.1.15.1: Si quis rem ex necessitate distraxit, fortassis huic officio iudicis succurretur. ut pretium dumtaxat debeat restituere. nam et si fructus perceptos distraxit, ne corrumpantur, aequo non amplius quam pretium praestabit.

restituir la cosa, el caso fortuito no producirá sus efectos y se deberá responder por equivalencia. El párrafo del digesto citado más arriba dice: “Si el esclavo que se pidió, o un animal cualquiera, hubiera muerto sin dolo ni culpa del poseedor, entiende la mayoría que no es reclamable el precio; sin embargo, es más cierto que si el demandante en caso de haberlo recibido había de venderlo, se debe indemnizar al que ha sufrido la mora, pues si se le hubiese restituido, lo habría vendido y se habría beneficiado con el precio.”<sup>472</sup>

En el mismo sentido:

**D.6.1.16.pr:** “Incluso cuándo ha muerto el esclavo se requiere una sentencia para los frutos y crías, y a efectos de la estipulación de evicción; puesto que una vez celebrada la litiscontestación, el poseedor no debe responder también por caso fortuito.”<sup>473</sup>

Este párrafo a contrario sensu establece que antes de la litiscontestación se responde por el caso fortuito. La litiscontestación es una medida que busca la colaboración de ambas partes en el proceso y que convierte el conflicto en un hecho procesal en que se determina la existencia del conflicto y sus límites y en lo que respecta a acciones reales, el valor de la condena queda regulado en ese momento. Antes de la litiscontestación va a conocer el pretor u otro magistrado competente. Después de la litiscontestación va a conocer un juez. El hecho de que quede determinado el valor al que eventualmente será condenado el demandado hace que el

---

<sup>472</sup> D.6.1.15.3: Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus.

<sup>473</sup> D.6.1.16.pr: Utique autem etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus et partus et stipulationem de evictione: non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet.

caso fortuito no proceda. Debe considerarse también que en esta etapa del proceso ya se han ejercido medidas propias de la potestad cautelar si son necesarias. Hecha esta explicación, se puede formular otra regla respecto de la responsabilidad en el caso fortuito, cual es que el demandado no responde por este una vez producida la litiscontestación.<sup>474</sup>

## 6. CUSTODIA.<sup>475</sup>

Si la prestación derivada del contrato consiste en conservar durante un cierto tiempo una cosa y luego entregarla, la conducta se reduce a custodiar. Esta es la concreción de la diligencia en determinados contratos y dependiendo del contrato celebrado será su mayor o menor grado de afectación.

*En esta materia para algunos contratos se aplicó un criterio de responsabilidad subjetiva y para otros contratos unos de responsabilidad objetiva en los que se respondía por culpa propia, culpa ajena y caso fortuito. En Gayo encontramos una disposición que se refiere a la custodia en el caso de comodato. Por ser este un contrato de los que el digesto llama de préstamo, la obligación de custodia es esencial al mismo y este criterio también es válido aplicarlo a la prenda. **Gayo 3, 206:** “lo que hemos dicho del tintorero o del sastre lo aplicamos también a aquel a quién entregamos en comodato una cosa, pues así como aquellos, al recibir una retribución, responden por custodia, así también este, al recibir una cosa en comodato para utilizarla, es necesario que responda igualmente por custodia” Si bien entre el comodato y la prenda hay una diferencia sustancial: el comodato autoriza el uso de la cosa y la prenda no, la custodia se ve reflejada en que se debe responder si ella ha sido sustraída del poder de*

---

<sup>474</sup> Para caso fortuito véase GUZMÁN BRITO, Alejandro. Op. cit. p. 307 y Arias op. cit. p. 576.

<sup>475</sup> Alejandro Guzmán op. cit. p. 308 y Arias op.cit. p. 576 y 577.

*aquel que la detentaba. Esto lo puede hacer interponiendo la acción de hurto, que es la que establece **Gayo 3, 203 y 204**: “la acción del furtum compete a aquel al que interesa que la cosa se conserve, aunque no sea el dueño. Así, pues no compete al dueño si no le interesa que la cosa no perezca. De aquí se deduce que el acreedor puede ejercitar la acción de furtum por la prenda que le ha sido sustraída; hasta el punto, que aunque el mismo dueño, esto es, el mismo acreedor, le hubiera sustraído la cosa, no obstante le compete al acreedor la acción del furtum.”*

La custodia aparte de ser una obligación para con el dueño de la cosa, lo es también para el dueño de la cosa ya que este no puede sustraerla. Esta figura se conoce como hurto de cosa propia y Gayo es claro en señalar que la custodia le interesa a aquel que quiere que la cosa exista; no al que quiere que esta perezca.

Un caso distinto, donde además del hurto juegan otros elementos como el dolo y el fraude es el que establece:

**D.13.7.3:** Al ir a cobrar una cantidad de tu deudor, le devolviste la prenda sin más, y el hecho la prenda por la ventana para que escapara con ella otro que había colocado allí adrede. Dice Labeón que puedes demandar al deudor con la acción de hurto, y con la exhibitoria, y si al reclamar con la acción pignoratícia contraria opone el deudor la excepción de haberle sido devuelta la prenda, procederá la replica de dolo y de fraude, por la cual se entiende que la prenda no fue devuelta, sino engañosamente quitada.<sup>476</sup>

---

<sup>476</sup> D.13.7.3: Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum: et, si agente te contraria pigneraticia excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo et fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intellegitur.

En este caso lo que subyace es una obligación de custodia y debido a ella se puede interponer la acción de hurto. Para el acreedor es importante la custodia de la cosa porque mediante ella puede hacer efectivos sus derechos de no cumplirse la obligación principal. Tanto el digesto como las institutas de Gayo muestran que la custodia, en materia de responsabilidad, va indisolublemente unida con el hurto. La acción de hurto es uno de los medios para resguardar la custodia. Detrás de ella va el dolo.

Para efectos de determinar la responsabilidad en los casos en que se exige custodia, aparte de la acción reivindicatoria procede la acción propia de la ley aquilia. Al ser la primera procedente en casos en que existe responsabilidad contractual y también en casos en que la responsabilidad es extracontractual, y la segunda exclusiva de todos aquellos casos en que no hay vínculo jurídico previo, se establece que pueden proceder concurrentemente a un caso. El problema se plantea para el caso de que se renuncie a la acción aquiliana, pues en este caso la pregunta es sí el juez deberá estimar solamente el daño o también otro tipo de perjuicios. Para esto el jurista Labeón sugiere que el demandante dé caución de no ejercitar la acción aquiliana. La respuesta está en:

**D.6.1.13:** El juez debe tener en cuenta no sólo el hecho de la restitución de la cosa, sino también si esta ha sido deteriorada; supón que el esclavo fue restituido enfermo, azotado o lesionado; en estos casos deberá tener en cuenta el juez en cuánto disminuyó el valor, aunque el poseedor puede ser demandado también por la acción de la ley aquilia. Por lo cual se pregunta si acaso el juez debe estimar el daño tan solo en el caso de que se renuncie a la acción de la ley aquilia. Y opina Labeón que el demandante debe dar caución de que no ejercitará esta acción, opinión esta que es cierta.<sup>477</sup>

---

<sup>477</sup> D.6.1.13: Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare

La custodia, como fuente de responsabilidad, se apreciará en concreto para determinar si generará obligaciones o no. La apreciación de la misma es meramente casuística y está muy ligada con la apreciación de la culpa en concreto. Es lo que establece:

**D.6.1.21:** Si el esclavo de un poseedor de buena fe se hubiera dado a la fuga, hemos de averiguar si el esclavo era de condición tal que hubiera debido ser custodiado; porque si tenía fama de íntegro, de modo que no fueses precisa su custodia, ha de absolverse al poseedor; pero si lo había usucapido entre tanto, debe ceder sus acciones al demandante y entregar los frutos del tiempo de la posesión. Si no lo usucapió todavía, ha de ser absuelto sin cauciones, de modo que no de ninguna al demandante de perseguir al esclavo, pues ¿por qué no va a poder perseguirlo el demandante, aunque lo llegue a usucapir el poseedor mientras el esclavo permanece fugado? y Pomponio, 29 ed., escribe que esto no es injusto. Pero sí había que custodiarlo, ha de condenársele por ello, de manera que si no lo usucapió ceda al actor sus acciones. Juliano, sin embargo, dice que en estos casos en los que por fuga del esclavo se absuelve al poseedor, aunque no se le obligue a dar caución de perseguir al esclavo, el poseedor, debe dar caución con el fin de que si lo recupera lo restituya. Y así lo aprueba Pomponio y es más cierto.<sup>478</sup>

---

damnum debeat, quam si remittatur actio legis aquiliae. et labeo putat cavere petito rem oportere lege aquilia non acturum, quae sententia vera est.

<sup>478</sup> D.6.1.21: Si a bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut et custodiri debuerit. nam si integrae opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori et fructus eius temporis quo possedit praestet. quod si nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de perseguenda ea re: quo minus enim petitor eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat? nec iniquum id esse pomponius libro trigensimo nono ad edictum scribit. si

## 7. MORA.<sup>479</sup>

Mora es el retardo injustificado en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor o la no aceptación de la prestación realizada para cumplir la obligación en tiempo oportuno por parte del acreedor. La mora necesariamente supone que se realizó la prestación debida pero no en el tiempo oportuno. La mora puede ocurrir por voluntad del deudor o sin esta. En el caso de mora la indemnización siempre debe ser por equivalencia nunca en especie. El cumplimiento tardío que produce mora supone un juicio y dentro de este la *litis contestatio* y sentencia.

Si la mora es del deudor se denominará *mora debitoris* o *mora solvendi*. La mora supone una obligación actualmente exigible; es decir, que se haya cumplido el plazo o la condición si los había o con la comisión del delito si se trata de delitos consistentes en apropiación o sustracción de cosas ajenas.

Si la mora es del acreedor se le llamará *mora creditoris* y esta supone el ofrecimiento del cumplimiento íntegro de la prestación debida tal como fue concebida y que el acreedor no lo acepte. Esto lo establece:

**D.22.1.32.pr:** Se entiende que se incurre en mora, no por el hecho mismo del retraso sino por la persona, es decir, si el deudor requerido no hubiera pagado en el lugar debido, lo que se verá ante el juez, pues, como escribió Pomponio, 12 epist, es difícil la definición de este tema. También el

---

*vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit, ut tamen, si usu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat. iulianus autem in his casibus, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, etsi non cogitur cavere de persecuenda re, tamen cavere debere possessorem, si rem nactus fuerit, ut eam restituat, idque pomponius libro trigensimo quarto variarum lectionum probat: quod verius est.*

<sup>479</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Op.cit. p.p. 314 y ss.



emperador Antonino Pío, de consagrada memoria, decía en un rescripto dirigido a Tulio Balbo que no se puede decidir si se entiende hay mora o no por ninguna constitución imperial ni ningún respuesta de los autores de derecho, siendo como es más bien de hecho que derecho.<sup>480</sup>

Para que opere la mora debe existir una obligación de carácter civil, actualmente exigible, con un retraso imputable al deudor y con un requerimiento formulado por el acreedor para que se pague, aunque esto último admitía algunas excepciones. Para apreciar si concurre o no la mora a un caso determinado el digesto da algunos criterios que están en **D.22.1.21**; **D.22.1.22**; **D.22.1.23.pr** y **D.22.1.231**. Ellos establecen como regla general que ante la mora debe haber un motivo infundado para el retardo. si el retardo tiene un motivo fundado no va a haber mora. Sin embargo, este motivo fundado no puede ser una simulación que busque defraudar a la contraparte; es decir, se permite la simulación siempre que no sea con fines de mala fe y se establece por último que en determinados casos la existencia de la mora dependerá de un análisis casuístico:

**D.22.1.21:** Hay que saber que no debe reputarse como mora todo lo que puede hacerse con fundado motivo para diferir el cumplimiento, pues ¿qué ocurre si el deudor requiere la presencia de amigos para constancia del pago de la deuda, o para solicitar a los fiadores? ¿o se alega alguna excepción?. No se entiende que haya mora.<sup>481</sup>

**D.22.1.22:** “Siempre que no se simule para defraudar.”<sup>482</sup>

---

<sup>480</sup> D.22.1.32.pr: Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur: nam, ut et pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio. divus quoque pius tullio balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris.

<sup>481</sup> D.22.1.21: Sciendum est non omne, quod differendi causa optima ratione fiat, morae adnumerandum: quid enim si amicos adhibendos debitor requirat vel expediendi debiti vel fideiussoribus rogandis? vel exceptio aliqua allegetur? mora facta non videtur.

<sup>482</sup> D.22.1.22: Si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur.

**D.22.1.23:** Si el deudor se vió súbitamente en la necesidad de ausentarse por causa oficial de la ciudad, de modo que no pudo nombrar representante, no se entiende que incurra en mora; o si cayera en prisión o en poder de los enemigos.(1) A veces suele apreciarse la mora incluso por una circunstancia de hecho; por ejemplo, si no hay a quién poder demandar.<sup>483</sup>

La mora produce la perpetuación de la obligación y hace que el deudor tenga que responder inclusive por el caso fortuito y que en las obligaciones de buena fe se deba pagar intereses moratorios. Esto está establecido en:

**D.13.7.7:** Y si el acreedor se demora en restituir el excedente que quedó en su poder, también debe ser forzado por ello a entregar los intereses moratorios al deudor.<sup>484</sup>

Respecto a los intereses, en las obligaciones de buena fe, éstos dependerán de la costumbre establecida en la región pero ésta no podrá ir contra lo establecido por ley en esta materia. Esto lo establece:

**D.22.1.1.pr:** Cuando se litiga en un juicio de buena fe, la cuantía de los intereses se fija por el arbitrio del juez de conformidad con la costumbre de la región, con tal de que no se infrinja la ley.<sup>485</sup>

---

<sup>483</sup> D.22.1.22: Sed et si rei publicae causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, moram facere non videbitur: sive in vinculis hostiumve potestate esse coeperit. Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat qui conveniatur.

<sup>484</sup> D.13.7.7: Si autem tardius superfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.

<sup>485</sup> D.22.1.1.pr: Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendant.

Confirma lo anterior un pasaje del digesto en que se establece como límite para los intereses el interés legal y no puede haber estipulación que lleve a exceder ese límite ya que el exceso no valdrá. Ese pasaje es:

**D.22.1.9.pr:** Cuando no se paga en el plazo determinado la cantidad prestada con interés, respondí que no vale la estipulación de doblar la deuda a otro tanto por encima del interés legal, por lo cual la estipulación surtirá efecto en la medida proporcional al tiempo, una vez de traído lo que excedía.<sup>486</sup>

Los intereses moratorios se aplican si hubo mora por el todo o por una parte en caso de que exista obligación de restituir, de acuerdo a **D.13.7.7:** Y si el acreedor se demora en restituir el excedente que quedó en su poder, también debe ser forzado por ello a entregar los intereses moratorios al deudor.

La mora también está vinculada con los productos; es decir, con aquello que se extrae de la cosa y que implica un detrimento de la cosa fructuaria y respecto de ellos se responde desde el momento de la notificación de la demanda. En éste párrafo se mencionan productos y luego frutos, por lo que podría entenderse que son empleados como sinónimos y también que se emplean en un sentido distinto. Nos inclinamos por lo segundo. Al margen de ésta discusión la idea central fue establecida en:

**D.22.1.2:** Se admite corrientemente que aunque se haya litigado con una acción personal se responda de los productos de la cosa desde el momento de la litiscontestación. La razón que se da de ésta opinión es que la cosa debe

---

<sup>486</sup> D.22.1.9.pr: Pecuniae faenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae respondi non tenere: quare pro modo cuiuscumque temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit.

ser dada tal como está cuando se reclama, y por ello que deben restituirse los frutos percibidos después de ése momento, y lo que de ella se produzca.<sup>487</sup>

En el mismo sentido y formulando como regla general el que las cosas deben restituirse desde el momento de la litiscontestación:

**D.22.1.3.1:** También en los juicios que no son arbitrarios ni de buena fe deben restituirse al demandante los derechos pertinentes desde la litiscontestación hasta el día de la sentencia; ciertamente el tiempo después del fallo queda libre del reembolso de los frutos.<sup>488</sup>

Respecto a los intereses moratorios en ellos también importa el fruto. Es así como el digesto formula esta regla a partir del caso de un fideicomiso de yeguas. Este caso está en:

**D.22.1.8:** En un fideicomiso de yeguas, se deberá también como fruto la cría nacida después de la mora, pero la cría de la cría como producto, al igual que el hijo de una esclava.<sup>489</sup>

La mora tiene una relación directa con el dolo en lo que respecta al pago de intereses. En el caso de una deuda con intereses que perdure por un largo tiempo si el deudor paga intereses que están bajo lo acordado o bajo el interés legal la contraparte sólo podrá reclamar el saldo en caso de que el deudor haya caído en mora. El saldo se

---

<sup>487</sup> D.22.1.2: Volgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur: cuius opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet.

<sup>488</sup> D.22.1.3.1: In his quoque iudiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda est in eum diem, quo sententia dicitur: certe post rem iudicatam tempus a fructibus dependendis immune est.

<sup>489</sup> D.22.1.8: Equis per fideicommissum relictis post moram fetus quoque praestabitur ut fructus, sed fetus secundus ut causa, sicut partus mulieris.

reclamará basándose en la excepción de dolo. En Roma el interés legal era de un 6%. Lo que se excedía era usura. El digesto regula esta materia en:

**D.22.1.13.pr:** El que prometió intereses del seis por ciento estuvo pagando durante muchos años unos intereses más bajos. El heredero del acreedor reclama el seis por ciento. Si no se debió al deudor que pagase los intereses menores, pregunta si se interpondrá la excepción de dolo o la de pacto. respondí que, si no hubo mora del deudor en el pago durante tanto tiempo de los intereses acostumbrados, podría, conforme a los términos del caso propuesto, oponerse la excepción.<sup>490</sup>

El **D.22.1.15:** establece una regla respecto de los intereses de los frutos posteriores a la litiscontestación: ellos no se deben pagar excepto si se está ante un poseedor de mala fe: Respondió que no se deben pagar intereses de aquellos frutos posteriores a la litiscontestación que deben restituirse por ministerio del juez, ni de aquellos otros percibidos con anterioridad que se pueden reclamar por la condición como de un poseedor de mala fe.<sup>491</sup>

**D.22.1.28.pr:** En el fruto del ganado se comprenden tanto las crías como la leche, la piel y la lana; también los corderos, cabritos y terneros se hacen

---

<sup>490</sup> D.22.1.13.pr: Qui semissis usuras promisit, per multos annos minores praestitit: heres creditoris semisses petit. cum per debitorem non steterit, quo minus minores solvat, quaero an exceptio doli vel pacti obstet. respondi, si exsolvendis ex more usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, posse secundum ea, quae proponerentur obstare exceptionem.

<sup>491</sup> D.22.1.15: Respondit neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio iudicis restituendi sunt, usuras praestari oportere, neque eorum, qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur.

inmediatamente del poseedor de buena fe y del usufructuario de pleno derecho.<sup>492</sup>

En este caso se entiende por frutos no sólo las cosas que están al momento de la restitución, sino también aquellas que de haberse tenido la posesión se hubiesen percibido, como es el caso de la leche, la piel y la lana. De acuerdo a nuestras categorías conceptuales está empleando lo que conocemos como lucro cesante; es decir, lo que se habría ganado y no se ganó, de no haber ocurrido el hecho que motiva la acción.

Para el caso específico de la prenda se entiende que se deben entregar los frutos pues así lo establece:

**D.22.1.38.10:** Si pido la devolución de la posesión natural, permaneciendo mía la propiedad, vemos qué ocurre con los frutos; ciertamente, en el depósito y en el comodato, como hemos dicho, también hay que entregar los frutos.<sup>493</sup>

La prenda es uno de esos contratos en los que se entregan la posesión natural y se conserva la propiedad y por ello es homologable al depósito y al comodato. El acreedor prendario responderá por los intereses hasta el momento que venda las prendas de acuerdo a lo establecido en:

**D.22.1.40:** Hasta el día en que el acreedor vendió las prendas se hará con derecho el cargo de los intereses.<sup>494</sup>

---

<sup>492</sup> D.22.1.28.pr: In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii.

<sup>493</sup> D.22.1.38.10: Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet, videamus de fructibus. et quidem in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt, sicut diximus.

<sup>494</sup> D.22.1.40: In eum diem, quo creditor pignora distraxit, recte usurae fiet reputatio.

La mora en el caso de entregarse una cosa en prenda para el pago de una obligación de ejecución diferida o por cuotas sólo podrá hacerse efectiva si se incumple al finalizar todos los plazos para cobrar las respectivas cuotas. El digesto regula este caso expresamente a raíz del pacto que autoriza la venta del bien entregado en prenda por parte de el acreedor prendario en caso de incumplirse la obligación principal. Si se pacta el pago de una obligación en cuotas anuales y se cae en mora de pagar estas, el pacto sólo podrá hacerse efectivo cuando se deje de pagar la última; es decir cuando vence el plazo para pagar la última anualidad. El digesto establece expresamente que esta regla es respecto del plazo y no respecto de los demás efectos de la mora. ya que se entiende que la mora opera independientemente en cada cuota, no obstante, la regla suprema es lo que acuerden las partes en el respectivo contrato. Esto esta regulado en:

**D.13.7.8.3:** Si hubiese estipulado treinta mil sestercios a pagar en tres anualidades y hubiera recibido un objeto en prenda con el pacto de que pudiera venderla, <<si no fuera pagada la cantidad en sus respectivos plazos>>, se admite que no puedo vender lo dado en prenda antes de vencer el último plazo de las anualidades, y no es verdad que la cantidad dejó de pagarse antes del vencimiento de todos los plazos; pero una vez vencidas todas las anualidades, puede venderse aunque solo una parte haya dejado de pagarse; en cambio, si se escribió <<si no fuera pagada cada cantidad en su plazo>>, la convención del pacto surte efecto desde el primer plazo.<sup>495</sup>

El **D. 6.1.17.1** citado en parte más arriba, establece que en caso de perecer un bien habiendo mora de restituirlo hace que deban restituirse también los frutos de esa

---

<sup>495</sup> D.13.7.8.3: Si annua bima trima die triginta stipulatus acceperim pignus pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere, quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur: nec verum est sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent. sed omnibus pensionibus praeteritis, etiamsi una portio soluta non sit, pignus potest venire. sed si ita scriptum sit: " si qua pecunia sua die soluta non erit", statim competit ei pacti conventio.

cosa y todos sus accesorios. La parte del pasaje que ahora transcribiremos establece: “el mismo Juliano, escribe allí que, si el poseedor hubiese incurrido en mora para la devolución del esclavo, y este muere, se han de tener en cuenta los frutos hasta el momento del fallo judicial . Dice Juliano que han de restituirse no sólo los frutos, sino también todo lo accesorio de la cosa, por lo que se comprende en la restitución no sólo la cría sino también los frutos de las crías...”<sup>496</sup>

## 8. IMPENSAS.<sup>497</sup>

Estas obligaciones son propias de la acción reivindicatoria, por lo demás plenamente aplicable a la prenda, de acuerdo a:

**D.6.1.1.1:** Esta acción real especial se aplica a todas las cosas muebles, tanto las animadas como las inanimadas y también a las que se contienen en el suelo.<sup>498</sup>

---

<sup>496</sup> D. 6.1.17.1: Idem iulianus eodem libro scribit, si moram fecerit in homine reddendo possessor et homo mortuus sit, et fructuum rationem usque ad rei iudicatae tempus spectandam esse. idem iulianus ait non solum fructus, sed etiam omnem causam praestandam: et ideo et partum venire in restitutionem et partuum fructus. usque adeo autem et causae veniunt, ut iulianus libro septimo scribit, si per eum servum possessor adquisierit actionem legis aquiliae, restituere cogendum. quod si dolo malo ipse possessor desierit possidere et aliquis hominem iniuria occiderit, aut pretium hominis aut actiones suas praestare cogetur, utrum eorum voluerit actor. sed et fructus, quos ab alio possessore percepit, restituere eum oportet: lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet. sed fructus eius temporis, quo tempore possessus est ab eo qui evicerit, restituere non debet: sed quod dicit de actione legis aquiliae, procedit, si post litem contestatam usucepit possessor, quia plenum ius incipit habere.

<sup>497</sup> Alejandro Guzmán. op. cit. pp. 465 y ss.

<sup>498</sup> D.6.1.1.1: Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus quam his quae anima carent, et in his quae solo continentur.



En el mismo sentido, y poniendo fin a una discusión que se dio entre los juristas romanos acerca de la procedencia de la acción reivindicatoria, el párrafo de Ulpiano es muy ilustrativo al respecto:

**D.6.1.9:** Oficio del juez será en esta acción el indagar si el demandado posee, y no importa la causa por la que posee, ya que una vez que he probado que la cosa es mía, el poseedor que no opuso ninguna excepción tendrá necesidad de restituirla. Sin embargo, algunos como Pegaso, estimaron que esta acción sólo se refiere a aquella posesión que se protege con el interdicto <<cómo estáis poseyendo>> o con el interdicto <<aquel en cuyo poder>>, y dice que la cosa no puede reivindicarse de aquel en cuyo poder está depositada o en comodato, o de aquel que la tuviera en arrendamiento, o estuviese en posesión a fin de asegurar los legados, la dote, o los derechos del concebido, o porque no se le daba caución por daño temido, ya que ninguno de estos es poseedor. Pero pienso que se puede demandar a todos los que tienen una cosa y pueden restituirla.<sup>499</sup>

Las impensas son inversiones que el poseedor vencido hizo en la cosa y que generan la obligación para el vencedor en el juicio de indemnizar al poseedor vencido por todos aquellos gastos para conservar o incrementar el valor productivo de la cosa que hubiere realizado en el objeto que debe restituir. Esta es una obligación del que ganó la posesión; es decir, el dueño. Las impensas se clasifican en necesarias, que son todos aquellos gastos por cuya omisión la cosa perece o se deteriora; es decir, son todas

---

<sup>499</sup> D.6.1.9:Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

aquellas inversiones<sup>500</sup> que buscan evitar un detrimento patrimonial de la cosa. Las impensas también pueden ser útiles, que son aquellos gastos que contribuyen a aumentar el valor productivo de la cosa. Por las útiles y por las necesarias existe obligación de indemnizar. No existe este derecho para el poseedor vencido en el caso de las impensas voluptuarias que son las de lujo o embellecimiento. El fundamento de estas obligaciones es el principio del enriquecimiento sin causa y suponen que el poseedor vencido está de buena fe. En caso contrario no tiene derecho a ninguna indemnización.

El **D.13.7.8.pr**, respecto a la acción pignoraticia directa y contraria establece la procedencia de estas obligaciones: “Si yo hubiese hecho impensas necesarias en el esclavo o en el fundo que había recibido a causa de prenda, tendré, no solo la retención, sino también la acción pignoraticia contraria. Supongamos que por enfermedad del esclavo había dado una cantidad a los médicos, y que el esclavo había muerto, o también que apuntale o repare la casa y luego se incendia, y no tenía nada que retener.”<sup>501</sup>

En este párrafo se establece que el objeto de la acción pignoraticia contraria es precisamente obtener una reparación por todos aquellos gastos que implicó la custodia de la cosa en manos del acreedor prendario. Este tiene la obligación de conservar materialmente la cosa en el mismo estado en el que fue recibida y por ello debe procurar que esta no sufra detrimentos. Sin embargo, una vez que ha entregado la cosa a su legítimo dueño este debe indemnizar todos estos gastos. El fundamento de esto es que es el dueño el que seguirá gozando de la cosa y no el acreedor prendario. La

---

<sup>500</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Op.cit. p.p 465 y ss.

<sup>501</sup> D.13.7.8.pr: Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebō: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere.

conservación de la cosa le interesa al deudor y por ello debe indemnizar. En el mismo sentido:

**D.13.7.8.5:** Cuando se puede vender la prenda en virtud de la pacción, no solo podrá venderse por dejarse de pagar la cantidad debida, sino también por lo demás, como son los intereses y las impensas en la cosa pignorada.<sup>502</sup>

Si bien los criterios de apreciación no son propiamente materia de este capítulo, por ser este el más relacionado con las prestaciones que se deben al concretizarse el ejercicio de una acción real se estudiarán acá. Para esto el digesto establece que si se establece en el contrato en que tiempo debe restituirse la cosa entregada, el valor se estimará en cuanto hubiese valido al momento pactado para la entrega y, en caso contrario, a cuánto hubiese valido al momento de requerir judicialmente la entrega de la cosa.

En lo que se refiere al lugar en que se debe restituir, si las partes lo hubiesen determinado, se estará a lo que estas acordaron, en caso contrario, la entrega deberá efectuarse en el lugar en que se pidió judicialmente. Todo esto es lo que establece:

**D.12.1.22:** Una cantidad de vino que se había dado mutuada fue judicialmente pedida. Se pregunta a qué momento debe referirse la estimación: cuando fue dada o cuando se hizo la litiscontestación o cuando el asunto fuera juzgado. Respondió Sabino que, si se hubiese dicho expresamente en que tiempo se restituiría se estimará en cuánto hubiese valido en aquel tiempo, si no, en cuanto hubiese valido cuando se pidió judicialmente. Interrogué a que lugar hay que referir la estimación. Respondió: si se hubiese convenido que se restituyese en determinado lugar,

---

<sup>502</sup> D.13.7.8.5: Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt.

se estimará en cuanto valiera en aquel lugar; si no, en cuanto valga allí donde se pidió judicialmente.<sup>503</sup>

## **CAPITULO VIII: LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTACTUAL. LA LEX AQUILIA DE DAÑOS.**

### **1. INTRODUCCIÓN.**

En este capítulo se pretende dar un esquema general de la responsabilidad extracontractual romana, cuyo ordenamiento está basado principalmente en la aparición

---

<sup>503</sup> D.12.1.22: Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si dictum non esset, quanti tunc fuisset, cum petitum esset. interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat, respondit.

de la Lex Aquilia de Daños que sentó los principios que hasta nuestros días conservamos en esta materia.

A través de los siguientes acápites se han desarrollados los aspectos fundamentales a conocer en materia de responsabilidad extracontractual, se ha expuesto de manera intensificada el papel que cumple el elemento subjetivo del tipo del daño, aquel constituido por la culpa, la posibilidad de responder mediante la acción de la ley aun en ausencia de ella, el importante papel interpretativo de la jurisprudencia y de los juristas de cada época, quienes facilitaron la aplicación del cuerpo normativo y desarrollaron los principios que hasta hoy conocemos y aplicamos. También se examinan las causas que permitían la exención de responsabilidad, aquellas circunstancias por las cuales una persona, a pesar de cumplir con el tipo del delito de daño, no quedaba obligada mediante la acción de la ley. Finalmente se hace una exposición de la manera en que los diversos ordenamientos de base romanista adoptaron los principios de la ley aquilia.

## **2. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO ROMANO.**

### **2.1. Sistemas de responsabilidad extracontractual.**

*En materia de responsabilidad existen dos circunstancias por las cuales una persona responde ante otra, éstas son: la infracción de la ley del contrato (entiéndase como el incumplimiento de las obligaciones contractuales) y la infracción a los deberes generales de cuidado que tiene una persona por el solo hecho de vivir en sociedad. Este último caso es el que conocemos como la responsabilidad extracontractual, la que se entiende, y de modo muy literal, ser aquella situación en la que una persona queda obligada frente a otra sin mediar entre ellas un vínculo contractual alguno. Dentro de esta materia, contemporáneamente, se distinguen dos modos distintos en que opera la responsabilidad, éstos son los llamados sistemas de responsabilidad extracontractual. Un primer sistema es el de responsabilidad subjetiva, por éste, se responde ante otro cuando hay un nexo de causalidad entre la acción desarrollada y el daño causado, la obligación de indemnizar, que es propiamente la responsabilidad adquirida frente al ofendido, surge luego de haberse efectuado un examen de reprochabilidad al autor, este juicio consiste en probar que debido a la conducta negligente desarrollada por una persona se produjo un daño que afectó a otra, mediante la fórmula de supresión mental de la condición necesaria se prueba que de no haberse efectuado dicha conducta no habría daño.*

*El segundo sistema es aquel conocido como responsabilidad objetiva, éste consiste en el surgimiento de la obligación de indemnizar los perjuicios causados sin necesidad de llevar a cabo un previo examen de reprochabilidad, se responde por la mera causación de una situación riesgosa, es decir, si ante el riesgo creado se produce el daño, el autor de aquella situación riesgosa tiene la obligación de responder, se elimina en este sistema la carga a la víctima de probar la existencia de culpa en el autor.*

*Este es el panorama que se tiene actualmente, en casi al totalidad de los ordenamientos jurídicos, de la responsabilidad. En Roma, si bien estos sistemas no estaban claramente diferenciados como ahora, existieron, aunque no fueron denominados como tales, ni tratados sistemáticamente, pero se les conoció y fueron*

recogidos en la Ley Aquilia de Daños, pilar del derecho romano en materia de responsabilidad, o como se le llamó de las obligaciones que surgen de cuasidelitos.

## **2.2. La responsabilidad extracontractual en Roma. Evolución.**

*En Roma el problema de la responsabilidad extracontractual se basaba, casi exclusivamente, en el sistema de delitos, se distinguía así entre los delitos públicos (crimen) que eran aquellos que tenían trascendencia pública y por tal motivo perseguidos por los magistrados, se les asignaban las penas más graves como la muerte, la capitis deminutio, o el destierro, excediendo el margen del derecho civil y los privados (delictum) aquellos que no gozaban de trascendencia pública y que surgen de un comportamiento indebido (de-linquere), generando la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la víctima. Los delitos privados conocidos en la época clásica son cuatro: el furtum (hurto), la iniura (injuria) causada a una persona y el damnum (daño) causado a las cosas y al rapina. Lo ilícito, de modo general se designaba con la palabra iniura.*

*Es preciso aclarar que desde épocas antiguas el delito no era tan claramente fuente de obligaciones, se cree de manera indiscutida que la noción de obligatio ex delicto es creación de la jurisprudencia clásica. A continuación se presenta un esquema de la evolución de éste tipo de obligaciones.*

*En toda sociedad siempre ha estado presente la idea de delito, entendido éste como lesión, ya sea física, en los bienes propios, a un familiar, etc. El problema está en como darle tratamiento a ese sentimiento de indefensión que provoca el daño.*

*En las primeras épocas de la humanidad se daba la venganza privada, la autotutela, el afectado, generalmente acompañado por gente de su tribu, buscaba al ofensor y le propinaba un mal de igual o mayor envergadura que aquel por él causado.*

*Junto con la evolución de las sociedades y de las políticas de desarrollo propias, se fue atenuando este rasgo de defensa con el objeto de evitar la desigualdad que se producía entre el daño efectivamente causado y el mal dado al autor, llegándose al principio de la ley del talión.*

*En una tercera etapa se llegó a la composición convencional o paz acordada (pactum), en donde la víctima llegaba a un acuerdo con el ofensor debiendo éste resarcir el daño causado mediante una prestación pecuniaria.*

*Luego fue el Estado quien impuso la prestación a dar por parte del ofensor la que en un primer momento era pecuniaria, según el caso lo ameritaba, luego, al tipificarse los ilícitos por clases la prestación varía llegándose a la pena, esto es lo que se conoce como composición forzada y legal.*

*Con este sistema de composición de conflictos derivados de hechos delictuales nos encontramos en la época clásica del derecho romano, prevalece la idea de la tipificación por clases de delitos, con sus respectivas penas, basadas en valores básicos o en valorizaciones especiales como es el caso del *damnum* y de la *iniura*.*

*La pena evoluciona y pasa a ser considerada una sanción, un castigo, es con este cambio con el que los delitos pasan a convertirse en fuente de obligaciones, dando lugar al sistema de responsabilidad extracontractual romano.*



*En el terreno de los delitos privados es necesario decir que para incurrir en responsabilidad delictual es necesario que el autor haya actuado con scientia dolo malo (malicia), pero el dolo no debe probarse, sino que basta que concurren los elementos objetivos de éste para que sea presumido en el autor.*

*Esta malicia supone que el autor, delincuente, tiene capacidad para quedar obligado por la responsabilidad delictual, de este modo, se quedan excluidos: los locos, los infantes, quienes causaron el daño para repeler una agresión (vin vi repellere licet) o el estado de necesidad.*

*En cuanto a las acciones penales que derivan de estos delitos se pueden dar algunas características generales:*

- a) La pena que deriva de su ejercicio se fija en una cantidad que no es necesariamente equivalente al daño causado, es decir, no corresponde a lo que hoy se llama indemnización del daño emergente, sino que tiene caracteres mas bien de venganza, razón por la cual, frecuentemente en la condemnatio la pena se va a determinar por un múltiplo del valor de la cosa dañada o por el valor máximo que la cosa haya podido alcanzar dentro de un período determinado. Una evolución jurisprudencial dada luego de la etapa histórica de la composición convencional y de la legal consideró que del delito surge directamente una obligación: la poena. El objeto de dicha obligación sería, por ejemplo en la antigua fórmula del furtum, determinar la pena (damnum decidere), en las acciones posteriores se alude a un pecuniam dare oportere.*

- b)** *El ejercicio de la acción penal por el hecho de perseguir una poena, no obsta a que el delincuente pueda verse sujeto también a una demanda destinada a perseguir la cosa o su valor, lo que hoy conocemos como una acción derivada de un delito. El caso paradigmático está dado en el furtum que permitía a la víctima interponer la actio furti contra el ladrón (que normalmente perseguía el doble del valor de la cosa hurtada) y además se le concedía la acción reivindicatoria, para efectos de obtener la restitución de la cosa, o la condictio, acción personal que tenía por objeto el valor de la cosa hurtada y en ocasiones la cosa misma. Dado este escenario se sostiene que en época clásica se distingue la indemnización propiamente tal de la pena y se conceden acciones distintas para cada objetivo. En el derecho tardío, al caer en desuso el proceso formulario, ambas prestaciones se perseguían mediante un solo juicio (situación similar a la que hoy conocemos) llamado litigio extraordinem entendiéndose que la indemnización quedaba comprendida en la pena.*
- c)** *Al manejarse el concepto de poena como sustitutiva de la venganza, castigándose una conducta por sobre indemnizar el daño causado, resulta evidente que quedarán sujetos a ella todos los copartícipes en la comisión del delito, es por tal motivo que la víctima dispone de una acción penal contra cada uno de los coautores, a quienes se hace responsables por el total de la pena, a ésto se le conoce como cumulatividad.*
- d)** *Cuando el autor del delito es un esclavo o un allieni iuris la acción va dirigida contra el dueño o jefe, pero se incluye en la intentio la cláusula noxal (noxae deditio) por la cual se permite al demandado asumir la responsabilidad o liberarse de ella entregando al verdadero causante del daño para que éste reciba directamente el castigo. Al incluirse esta cláusula en la intentio de la fórmula, el demandado puede liberarse in iure de la responsabilidad, sin requerir una posterior absolución judicial, ésta es una diferencia importante respecto de la cláusula arbitraria ya que ésta es adicionada a la condemnatio. Tendrá lugar, sin embargo, la actio ad exhibendum*

*contra el dueño o el jefe cuando niega tal calidad respecto del autor, pero impide o niega su entrega.*

- e) Las acciones penales son pasivamente intransmisibles, lo que hoy conocemos bajo el principio de la responsabilidad penal personal, es decir, la acción sólo puede dirigirse en contra del causante del daño o de su dueño o jefe, pero nunca podrá intentarse en contra de los herederos. Sin embargo, activamente si cabe la transmisibilidad, éstos es los herederos de la víctima están legitimados para accionar, salvo el caso de la acción derivada de la iniura que es personal.*
  
- f) Cuando la condemnatio se calcula sobre la base del valor de la cosa ha de fijarse de acuerdo al momento de la comisión del delito (quanti ea res fuit), no al momento de la sentencia (quanti ea res erit) ni al de la litis contestatio (quanti ea res est) No se aplicaba lo que hoy se conoce como reajustabilidad de la indemnización, que significa que el valor a pagar por concepto de condena en el caso que corresponda la indemnización se reajusta al momento de la imposición de la misma.*
  
- g) Como se sabe, la pena tenía un fuerte efecto infamante. Tenían además, un sentido aflictivo de sanción, no se reconoce en ella algún carácter de reparación del daño.*

### **2.3. Lex Aquilia. Principal fuente de responsabilidad extracontractual.**

*Esta ley trata sobre el delito de damnum iniura datum (daño o deterioro en cosa ajena) El damnum consiste en el perjuicio económico que sufre el dueño de una cosa*

*por la pérdida o deterioro de ésta, cuando ha sido injustamente causado da origen a acciones delictuales contra el responsable.<sup>504</sup>*

*Como se anunciara, se convirtió en la base del sistema extracontractual de responsabilidad ya que trata, en sus tres capítulos, casos de daños causados ya sea con culpa ya sea con dolo. También es de importancia indiscutida en tanto da indicios de un posible sistema de responsabilidad objetiva romano, contemplando casos en los cuales, por la mera creación del riesgo surge la responsabilidad de indemnizar los perjuicios ocasionados.*

*Producto de variadas interpretaciones y adecuaciones propias de distintas época y civilizaciones, esta lex aquilia es el centro del sistema de responsabilidad extracontractual que hoy conocemos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, los juristas de países de ordenamiento no romanístico, como aquellos basados en el Common Law, sienten especial atractivo por esta ley, dado que su sistemática jurisprudencial se asimila a la normativa de los romanos en esta materia al contemplar, más que una legislación generalizada como la entendemos hoy, una rica casuística. Es así como, por ejemplo, los ingleses, desconocen un derecho general sobre el "tort" (ilícito), y a cambio tienen casos ante los cuales una persona responde frente a otra por una conducta considerada ilícita (ya sea dolosa o culposa) teniendo, como se ve, un régimen muy similar al impuesto por la ley aquilia.*

---

<sup>504</sup> SAMPER, Francisco, Derecho Romano, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1975, p. 278.

### 3. LA LEX AQUILIA DE DAÑOS.

#### 3.1. Generalidades.

*Surge como un plebiscito llevado a cabo posiblemente en el año 286 a. C que contó con la participación del tribuno Aquilius (quien da su nombre) y que reguló el delito de daño provocado con injuria (damnum iniura datum) El ilícito aquí tratado es aquel que deriva de la causación de daño o destrucción de cosa ajena.*

Esta regulación viene a derogar la antes existente contenida en la Ley de las XII Tablas que se encargaba de la tipificación de ciertos casos de daño muy en particular, así por ejemplo sancionaba el corte clandestino de árboles mediante la *actio de arboribus succisis* o el hurto de éstos en similares circunstancias mediante la *actio de arborum furtim caesarum* (Tab. 8.11), otro ilícito considerado era el daño producido por animales domésticos que se sancionaba con la *actio de pauperie* (Tab. 8.6) o el daño causado por el ganado al ingresar en terreno ajeno y pastar ahí, cuya reparación era exigible mediante la *actio de pastu precoris* (Tab. 8.7), también se daba la *actio aquae pluviae arcendae* (Tab. 7.8a) para el caso de desvió de aguas lluvias en perjuicio de un predio vecino, otros daños contemplados eran los causados en cosechas ajenas (Tab. 8.8-10)

La Lex Aquilia está compuesta por tres capítulos, al menos la versión que de ella se conoce ya que el texto original no ha sido conocido y por lo tanto no se ha sido objeto de estudio por los romanistas. De ella se tuvo conocimiento mediante el Digesto y las Institutas de Gayo básicamente.

Por esta razón es que las especulaciones han abundado, es así como en opinión de algunos estudiosos<sup>505</sup>, quienes, basados en la estructura de la ley, señalan que originalmente la ley Aquilia constaba de dos capítulos solamente, estos serían el primero y el segundo, y que además habrían sido un solo capítulo, ésto dado que la idea del plebiscito fue la de regular el daño en cosa ajena causado con injuria, considerando la destrucción de la cosa, pero limitado a ciertas cosas y tipo de daño en particular que consistía básicamente en la muerte, utilizándose el término *caedere* (abatir), por tal motivo sostienen, en especial F. de Zulueta que resulta sugerente pensar que ambos capítulos (I y II) estaban combinados en uno solo, y que al introducirse el tercer capítulo se tuvo que hacer la separación para evitar la confusión de materias, ampliándose, por tanto, el ámbito de aplicación fáctico de la ley ya que regularía también otros casos de daño o destrucción de una cosa, con una fórmula de cierto modo residual.

### 3.2. Estructura.

La lex Aquilia, como se ha venido diciendo, consta de tres capítulos, el primero de ellos se refiere a la muerte de un esclavo o cuadrúpedo: **D. 9.2.2 pr:** El que con injuria hubiera matado al esclavo ajeno o la esclava ajena, o aun cuadrúpedo o res, sea condenado a dar tanto dinero al dueño cuanto eso fue de más valor en ese año. Una redacción un tanto distinta la encontramos en las Institutas de Gayo: “Qui servum

---

<sup>505</sup> De ZULUETA, F. The Institutes of Gaius, II, (commentary), Oxford, 1963, pp.216 en Di Prieto, A. El problema de la Culpa y de los Riesgos pp.65, en Roma e America-Diritto romano comune: Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europae in America Latina, , N°10/2000, Mucchi editore, Roma.

servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniura icciderit, quanti in id in eo anno plurimi fuit, tamtum aes dare domino damnas esto”<sup>506</sup>.

En este capítulo es importante considerar la opinión de juristas tales como Juliano, quien, refiriéndose a la interpretación legal primigenia sostiene que: “por la ley Aquilia se consideró que quedaba obligado solamente el que, habiendo empleado la fuerza, y como por su mano, hubiese dado causa para la muerte, habiendo tomado, por supuesto, esta interpretación de las palabras *caedere* (abatir) y *caedes* (abatimiento)”, la idea de este jurista era señalar que la ley Aquilia era más amplia de lo que se creía, ya que no sólo consideraba el matar a propia mano, o sea, el verbo utilizado no era *occidere* (matar abatiendo), sino *caedere* (abatir) Fue después, con la introducción del capítulo III que se distinguió claramente la diferencia entre los verbos.

El capítulo II de la ley se refería a la acción que se concedía contra el *adstipulator* (co-estipulante) que en fraude del *stipulator* (estipulante) había liberado indebidamente mediante la *acceptilatio* (reconocimiento de pago) al deudor obligado a una prestación de dinero, siendo la acción que se concedía por el monto equivalente a la prestación debida.<sup>507</sup>

Respecto a este capítulo se ha dicho que cayó en desuso en época clásica debido a que la hipótesis por el contemplada, que si bien en la ley quiso tratársele como daño, cabría perfectamente dentro de la *actio mandatti*, esta es la opinión sostenida por Gayo<sup>508</sup>, pero también sostiene que se aplicaría la ley Aquilia en el caso que la otra parte negara la responsabilidad, en cuyo caso la acción es por el *duplum* (*adversus infitiantem in duplum agitur*) Esto pese a la opinión de Di Pietro que considera

---

<sup>506</sup> GAI.3.210.

<sup>507</sup> D.9.2.27.4., GAI 3.215.

<sup>508</sup> GAI 3. 216

cronológicamente desubicada la afirmación de Gayo ya que en el tiempo de la lex Aquilia no existía la *actio mandatti*.<sup>509</sup>

El tercer capítulo de la ley es aquel que describe el daño hecho “con injuria” consistente en causar la muerte a otras cosas (como los animales), en quemar, quebrar o romper (*urere, frangere, rumpere*), dice el Digesto: “De las demás cosas, excepto el esclavo y el ganado muertos, si alguno hiciera daño a otro, porque quemara, quebrara o rompiera con injuria, sea condenado a dar tanto dinero al dueño cuanto -valiere- (haya valido) la cosa en los 30 días próximos”<sup>510</sup> (“*ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*”).<sup>511</sup>

Se debe tener presente que de la ley Aquilia surgía una *actio poenalis* lo que significa que al final el asunto se conoce y resuelve en juicio, en el cual el legitimado es *erus* (dueño), dándose ciertas posibilidades al demandado:

- a) Confesar el delito: en este caso el proceso se limita a la fijación de la pena, luego se concedía una *manus iniectio* al interesado.<sup>512</sup>
- b) Negar el delito: si la oposición se consideraba infundada (*infitiatio*) la pena aumentaba al doble (*litiscrecencia*) y la condena se regía, igualmente, por las normas de la acción ejecutiva de la *manus iniectio*.

---

<sup>509</sup> Di Pietro, A., op cit, pp. 64.

<sup>510</sup> D.9.2.27.5

<sup>511</sup> Alejandro Guzmán sostiene que existe error de copia de erit por fuit, demostrándose tal afirmación con la comparación con D.9.2.29.8, en donde se repite la última cláusula con fuit.

<sup>512</sup> D.9.2.25.2: “Notandum, quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confitentes” Si alguien confiesa el delito, la acción se da para el efecto que el juez estime la pena.



En la época clásica la *manus iniectio* fue reemplazada por una acción formularia conocida como la *actio legis Aquilia* (en denominación Gayana: *actio damni iniuriae*) conservando las características de litiscrecencia por *infinitio*. Esta acción, a pesar de tratarse de una de carácter penal no permite la acumulación con una civil indemnizatoria, como podría ser la *condictio*, pues como resulta de la sola lectura de los capítulos I y III, la indemnización está incluida dentro de la pena (es lo que corresponde a una acción mixta de la época post-clásica)

Es claro que todo lo que hoy se conoce de la ley aquilia es producto del trabajo interpretativo del pretor y de la jurisprudencia, ya que el texto normativo es bastante escueto, algunos de los alcances que por estas vías alcanzó la ley son los que a continuación se detallan:

- a) La jurisprudencia dejó este delito de *damnum iniura datum* aparte de los demás delitos, utilizando para estos efectos el criterio de la negligencia, considerando que los demás delitos requerían dolo en el delincuente, a diferencia de éste que satisface el tipo con la negligencia o la falta de cuidado, esta interpretación se da a partir de la palabra *iniura*. Si bien la expresión *damnum iniura datum* supone el dolo como propósito malicioso de dañar, la primera jurisprudencia recaída en la materia interpretó la misma en el sentido de culpa, determinando la acepción de negligencia para la palabra *iniura*. Fue así, de manera jurisprudencial como se configuró el delito de daño como delito culposo.<sup>513</sup>
- b) Para el caso del capítulo I en lo tocante a la muerte del esclavo o del cuadrúpedo, la ley estimaba que el daño correspondía al valor máximo de la cosa en el último año. La jurisprudencia consideró que dicho valor incluía además de la pérdida efectiva, todo lo dejado de ganar por el dueño a raíz del daño en la cosa. Equivale a nuestros actuales conceptos de daño emergente y lucro cesante.

---

<sup>513</sup> La culpa aquiliana es el antecedente de la culpa negocial o contractual.

- c) Igual criterio fue utilizado para el caso del capítulo III. Adicionalmente, en este acápite de la ley, la jurisprudencia estimó que la referencia a los treinta días *proximi* incluía tanto los días futuros, como parece claro, como los anteriores. Otra interpretación importante en este tercer capítulo es aquella que extiende la acción de la ley a toda otra clase de daños, considerando que la mención a *occidere, frangere, urere, rumpere* no sería taxativa, sino meramente ejemplar.
- d) También se amplía la acción emanada de la ley como útil a favor del usufructuario o de los extranjeros, ya que en un principio se entendía pertenecerle sólo al dueño, aunque esta afirmación no es incorrecta ya que, en efecto, le pertenece sólo al dueño de la cosa dañada en tanto *actio legis aquiliae* como tal, lo que hizo el pretor, como fue común en el derecho romano, fue extender la acción como ficticia a otras personas que tienen una calidad particular respecto de la cosa y en algunos casos atendiendo a la persona misma, tal es el caso de personas libres dependientes titulares de la acción.
- e) La extensión de la *actio legis aquiliae* también se dio para el caso de no concurrir los requisitos propios del daño. Se entendió en una primera etapa que para estar frente al *damnum* debía existir contacto corporal directo entre el causante y la cosa dañada (*corpore corpori*) Hubo casos en los cuales faltó este contacto y el pretor, salvando el vacío, concedió una *actio in factum* para que el dueño pudiera perseguir la responsabilidad, algunos tipos de daño indirecto son:
- Daño por influencia: por ejemplo espantar animales mediante gritos y que éstos caigan a un abismo.
  - Daño por omisión: provocar la muerte de animales por hambre.
  - Daño por acción indirecta: derramar el vino debido al daño producido en la vasija que lo contenía.
  - Desaparición de la cosa: perder una joya en el mar, o perder a un animal que había sido capturado en una trampa.

## **4. LA JURISPRUDENCIA Y LA APLICACIÓN DE LA LEX AQUILIA.**

### **4.1. Aspectos objetivos de la interpretación.**

Como era costumbre en la cultura jurídica romana, la aplicación de la ley dependía de la casuística dentro de la cual se iba desarrollando, el texto de la ley aquilia fue objeto de numerosas interpretaciones jurisprudenciales y de una vasta doctrina.

Podemos señalar lo importante de ambas fuentes de interpretación en cuanto a las expresiones que utiliza la ley, como por ejemplo es el caso del término “cuadrúpedo o cabeza de res” del capítulo primero, el cual da la impresión de estar frente a dos casos distintos, pero se entendió que se refería sólo a un tipo de cosa, cual es aquella del cuadrúpedo que forme ganado. Así en el digesto se señala que se refiere a cuadrúpedos que se comprenden en la clase de los rebaños y que se tienen gregariamente, como son las ovejas, cabras, bueyes, caballos, mulos, asnos; también los cerdos, pero en la opinión de Labeón se excluiría a los perros; también a las fieras, como los osos, leones y panteras; pero incluiría a los elefantes y los camellos, pese a su condición de fieras, porque sirven igual que los jumentos.<sup>514</sup>

También dentro del capítulo primero es importante destacar la interpretación respecto al valor considerado dentro de la indemnización debida al dueño, así, para el caso de la muerte de un esclavo o cuadrúpedo, la ley estimaba el daño en el máximo

---

<sup>514</sup> D.9.2.2.1: Ut igitur apparet, servis nostris exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini. sed an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur: et recte labeoni placet contineri. sed canis inter pecudes non est. longe magis bestiae in numero non sunt, veluti ursi leones pantherae. elefanti autem et cameli quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est) et ideo primo capite contineri eas oportet.

valor alcanzado por la cosa en el último año, pero ese valor fue entendido por la jurisprudencia como aquel que abarcaba, además de la pérdida efectiva del esclavo o cuadrúpedo, el *daño emergente* en nuestra terminología, todo lo que el dueño hubiera obtenido si la cosa no hubiera perecido, es decir lo que dejó de ganar, lo que corresponde al *lucro cesante*, ejemplo de ello es que se permitía al dueño de la cosa muerta obtener el valor de los frutos que venía produciendo el animal o el dinero que recibiera por un oficio o herencia de su esclavo. Así el digesto señala "... pues por la ley Aquilia conseguimos el daño, y decimos que se perdió bien lo que pudimos percibir, bien lo que nos vemos obligados a gastar".<sup>515</sup>

No obstante ello se dejó fuera el "valor de afección" que es aquel que corresponde al valor subjetivo que la cosa tiene para su dueño, lo que podríamos denominar hoy *daño moral*, por ello la pena debía ser considerada objetivamente, debía corresponder a lo que hubiera valido para todos. Así Paulo señala: "Si mataste a mi esclavo, opino que no se ha de apreciar la afección, como si alguno hubiere matado a tu hijo natural que tú quisieras estimarlo en mucho, sino en cuanto valiera para todos. También dice Sexto Pedio que las cosas se aprecian no según la afección, ni la utilidad de cada cual, sino con arreglo a la común".<sup>516</sup>

Tampoco se incluye el valor incierto de la cosa, es decir, no se consideran las expectativas de ganancia del dueño que sean eventuales o simplemente aleatorias, al considerarse el lucro cesante se hace sobre la base de lo que realmente producía el

---

<sup>515</sup> D.9.2.33.1 i.f.: « ...In lege enim Aquilia damnum consequimur, et amisse dicimur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur »

<sup>516</sup> D.9.2.33: Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret

Sextus quoque pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.

cuadrúpedo o el esclavo muerto, y sobre ello se calculaba la ganancia para el dueño, tomando en cuenta también el cálculo sobre la vida útil de aquellos.

Los demás daños ocasionados a una cosa cabían dentro del tercer capítulo, salvo la muerte de los esclavos que se sancionaba junto con la de un cuadrúpedo, que si bien enumeraba sólo tres tipos, “quemar, quebrar y romper”, la jurisprudencia los entendió en un sentido general, extendiendo la acción a todo tipo de daño, señalando que la palabra “romper” debía entenderse como “corromper” (*corrumpere*), lo que equivale a dañar de cualquier manera.

En el mismo sentido se consideró que la palabra *rumpere* incluye tanto el *urere* como el *frangere* y también todo otro perjuicio, como derramar, cortar, provocar contusiones y “todo otro efecto de vicio, perención o deterioro”.<sup>517</sup> Ulpiano señala que “la ley dice: ‘hubiera roto’; casi todos los antiguos entendieron así la palabra ‘haber roto’: como ‘haber corrompido’”<sup>518</sup>

Dado este escenario podemos señalar con certeza que dentro del capítulo tercero quedaron comprendidos:

- a) cualquier daño provocado a un esclavo o cuadrúpedo que no sea la muerte (en tal caso se aplica el capítulo primero)
- b) cualquier daño, incluida la muerte, de un animal que no sea cuadrúpedo de aquellos que forman rebaño, como sería el caso de aquellos excluidos por Labeón, como los perros
- c) cualquier causado a una cosa inanimada.

---

<sup>517</sup> GAI. 3.217: Et quoquo modo vitiata aut peremta atque deteriora facta hoc verbo continentur.

<sup>518</sup> D.9.2.27.13: Inquit lex " ruperit". rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt " corruerit".

Objeto de interpretación fue el elemento que relaciona los capítulos primero y tercero, y es aquel que se refiere al cómputo de tiempo dentro del cual la cosa alcanza el valor considerado por la ley a indemnizar, así, al referirse el primer capítulo al mayor valor que fue en ese año, señalaba que se trataba del último año de vida de la cosa, contado desde la comisión del ilícito. El problema se presentaba en el tercer capítulo ya que la ley utilizaba la expresión “en los 30 días próximos” (*in diebus triginta proximis*)

Como se dijo, la jurisprudencia, basándose en la interpretación dada a la pena del primer capítulo, entendió que con la palabra “*proximis*” se hacía referencia también al pasado, por lo que debía computarse el tiempo desde la comisión del delito contando 30 días pasados.

Otro elemento común de gran utilidad fue aquel que dijo relación con la interpretación de la expresión “mayor valor”, se dijo que englobaba todas las ventajas (*commoda*) que dentro de los plazos legales habían hecho más valiosa la cosa, dejándose fuera los deterioros por ella sufrida.

Con esta interpretación se uniformó la ley en cuanto a la aplicación de la pena se trataba.

También dentro de los elementos valiosos para la interpretación de la *lex aquilia* y su correlativa aplicación es aquel de las lesiones causadas en las cosas, es decir, este daño no cabe en el capítulo primero pues no se trata de muerte, sino que se sanciona en el tercer capítulo, como ya se mencionara respecto a los demás daños. De este modo, cuando se calculaba la pena basados en el mayor valor de la cosa, se tomaba en cuenta el valor de ésta antes de sufrir el daño, es decir, se considera la cosa entera, no sólo el valor del menoscabo, cuando ha sido lesionada parcialmente no se toma en cuenta el valor que la cosa sigue teniendo con la lesión, se considera siempre como sana. A modo de ejemplo, Ulpiano cita a Juliano quien escribe en **D.9.2.23.3:**

que si a un hábil pintor se le hubiese cortado el dedo pulgar, y dentro del año que le fuera cortado hubiere sido muerto, podía reclamar uno por la ley aquilia, y que en este precio se ha de estimar cuánto valió antes de que, junto con el pulgar, hubiese perdido su arte.<sup>519</sup>

#### 4.2. Aspectos subjetivos de la interpretación.

La labor de la jurisprudencia y de los juristas en este aspecto está dada por el alcance que dieron al elemento subjetivo del delito de daño regulado por la ley aquilia, el que se configura principalmente a partir de la *iniura*.

Desde antiguo se pensó que para cumplir con el tipo del ilícito bastaba la acción dañosa directa del agente, ya sea mediante contacto físico o mediante armas para que se entendiera que actuaba con iniura, lo que equivalía a la “causa determinante” del daño.

Esta tendencia a interpretar que el *caedere* o el *occidere* es de por sí causado con iniura se corresponde en los comentarios a esta ley aquilia en ciertos casos en los cuales en principio, resulta evidente la comisión de daño como cometido directamente con iniura, sin existir ninguna causa de exoneración.

Ejemplos de ello son la interpretación de lo que significaba *occisum*, lo que se daba si alguien hubiere matado a un esclavo con dolo; o incluso si alguien hubiere precipitado a otro de un puente y hubiese perecido por el mismo golpe o se hubiera ahogado; o si hubiera estrellado a un niño contra un peñasco, o si hubiese incendiado

---

<sup>519</sup> D.9.2.23.3: Idem iulianus scribit aestimationem hominis occisi ad id tempus referri, quo plurimi in eo anno fuit: et ideo et si pretioso pictori pollex fuerit praecisus et intra annum, quo praecideretur, fuerit occisus, posse eum aquilia agere pretioque eo aestimandum, quanti fuit priusquam artem cum pollice amisisset.

la siembra ajena, etc., concluía que era evidente la iniura en la acción dañosa. De aquí nace la comisión sin existir ninguna causa de exoneración.

Debido a la variada gama de formas en las que se puede producir un daño, en la generalidad de los otros casos presentados, se vio lo necesario que era hacer un análisis de las circunstancias de las conductas asumidas por el victimario y la víctima, para determinar cuál había sido la causa determinante, ya sea para considerar la existencia de alguna causa de exoneración, o la determinación de alguna conducta reprochable, es decir que no bastaba que el mero acto de herir o matar, o en general, el de dañar cosas, se produjera simplemente por el *caedere*, el *occidere*, el *frangere* (hacer pedazos), el *urere* (quemar), y el *rumpere* (quebrar), salvo la evidencia misma de la *iniura* (dolo o culpa)

Por ello es que se entendió que la comisión de la acción exige además la *iniura*. Así está dicho por Ulpiano en:

**D.9.2.3:** Con razón se añade, que se haya matado com iniura, porque no basta que se haya matado, sino que debe haberse hecho esto con iniura.<sup>520</sup>

Luego el mismo Alpino nos indica que se debe entender con este requisito: “Conviene que la *iniura* la entendamos aquí, no como respecto a la acción de injurias, como cualquier *contumelia*, sino lo que se hizo no según el ius, ésto es contra el ius, a saber, si con culpa alguien hubiese matado...” (*quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit*)

---

<sup>520</sup> D.9.2.3: Si servus servave iniuria occisus occisave fuerit, lex aquilia locum habet. iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum.



Por lo tanto, acá aparece la palabra culpa vinculada con la *iniura*. Aquí lo injusto apunta a indicar que la conducta realizada no tiene una justificación ante y en el ordenamiento jurídico, con dicha conducta se ha cometido un daño y en principio debe responder, pero deberá realizarse el análisis de la existencia o no de alguna causa de justificación más que ver si hay o no intención de dañar.

Si luego de este análisis resulta que existe una causa de justificación ante y en el ordenamiento jurídico, quien causó el daño actuó *iure*, de no ser así, habrá actuó *non iure*, y aquí se señala que ha obrado con culpa, de ahí que sea in-culpado del daño.

Es por esta razón por la cual no basta con constatar la existencia del daño, sino que es necesario hacer un examen a las circunstancias que rodearon la acción que lo causó, examinar la conducta objetiva que ha tenido el causante del daño. Se le denomina objetiva, porque en cada uno de los casos concretos que se presenten hay que tomar en consideración no las intenciones internas o psicológicas del agente productor, o sea, si se realizó el daño intencionalmente o no, sino de hacer una valoración de la conducta exterior de dicho agente, en su relación con la víctima, según el criterio de la diligencia o negligencia de su propio actuar.

Y si existe un actuar por parte de la víctima, que hubiere actuado con concausa, determinar lo más claramente posible cuál fue la causa reprochable que produjo el daño.

De este modo, lo que finalmente concluyó la jurisprudencia y los juristas romanos es que la culpa es la calificación jurídica de la diligencia, la injusticia es la forma de calificación del daño<sup>521</sup>. Pero enfatizó que esa calificación debe ser entendida siempre en forma objetiva, es decir, sin tomar en consideración determinante la intención

---

<sup>521</sup> MAIORCA, C. Colpa Civile (teoria generales), en Enc. Dir., Milano, 1960, pp.534.

subjetiva del agente. Así lo dice expresamente Ulpiano: “Así, pues, entendemos aquí por iniuria el daño causado con culpa, aún aquel que ni quiso causarlo”<sup>522</sup>

Prueba de ello lo tenemos en el caso en que alguien hubiese querido herir levemente a un esclavo ajeno, pero como consecuencia de la herida, el esclavo falleciera, porque como lo dijo Labeón, lo que para uno es mortal, lo suele ser para otro; y es por ello que el agente productor queda obligado por la muerte del esclavo, aún cuando no fue su intención. Por supuesto que el que ha obrado en forma dolosa, con intención directa de causar el daño, en este caso matar, queda responsabilizado por la lex aquilia sin tener que entrar en mayores análisis.

Lo que se busca acá al hacer referencia a la apreciación objetiva de la conducta culposa, es orientar el examen e interpretación en si de este cuerpo normativo al criterio de la conducta culposa que debe ser hecha independientemente de la intención del agente.

## **5. LAS EXENCIONES DE RESPONSABILIDAD EN LA LA LEX AQUILIA.**

Es inevitable referirse en este tema a aquellas circunstancias en virtud de las cuales una persona, a pesar de ser el agente causante de un daño, queda exento de responsabilidad.

Esto es lo que hoy, en los ordenamientos jurídicos, conocemos como causales de justificación. Como es esperable en el ordenamiento romano, éstas no se conocieron como tales, ni tuvieron un tratamiento sistemático, sino que se conocen a través de la casuística, la que encontramos principalmente en el Libro IX del Digesto.

---

<sup>522</sup> D.9.2.5.2

Las justificaciones podemos dividir las, según nuestra sistematización, en tres tipos, la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio del propio derecho:

### **5.1 La Legítima Defensa.**

Así señalaba Gayo en:

**D.9.2.4 pr:** “si yo hubiera matado a un esclavo tuyo, ladrón, que me acechaba, estaré exento de responsabilidad; porque la razón natural permite defenderse contra un peligro”.<sup>523</sup>

En el mismo sentido Ulpiano en:

**D.9.2.5 pr:** Tampoco si lo acometió un esclavo armado será considerado que lo mató con iniura; pero si pudiendo prenderlo y así evitar el peligro, prefirió matarlo, entonces desaparece la justificación, y será culpable por haberlo matado con iniura.<sup>524</sup>

El principio que se extrae y que conocemos es que todas las leyes y todos los ordenamientos en general permiten repeler la fuerza con la fuerza, pero esto con límites, como que hay que ver cómo concurren las circunstancias de la defensa, ya que la justificación no es absoluta, sino que admite un examen valorativo de la conducta. Así:

---

<sup>523</sup> D.9.2.4 pr: Ita que si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.

<sup>524</sup> D.9.2.5 pr: Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege aquilia non teneatur. sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et cornelia tenebitur.

**D.9.2.45.4:** si por defenderme de un agresor le tiro una piedra y ésta no le da a él, sino que hiere a un esclavo que pasaba, entonces se entiende que el daño se ha producido con iniura.<sup>525</sup>

**D.9.2.7.4:** También se justifica el caso del púgil o gladiador que en ‘público certamen’ matare a otro, dándose como motivo que “se entiende causado el daño por causa de la gloria y del valor, no por iniura”<sup>526</sup>

Otro caso interesante es el que plantea Alfeno en:

**D.9.2.52.4:** “Jugando muchos a la pelota, uno de ellos, al intentar recibir la pelota, atropelló a un esclavo pequeño; el esclavo cayó, y se rompió una pierna”. La solución dada es que el que atropelló no lo ha hecho con iniura “porque parecía que lo hecho fue más por casualidad que por culpa”.<sup>527</sup>

Este caso se aproxima a las “lesiones deportivas” que conocemos en la actualidad.

---

<sup>525</sup> D.9.2.45.4: Qui, cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt. sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege aquilia: illum enim solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.

<sup>526</sup> D.9.2.7.4: Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum.

<sup>527</sup> D.9.2.52.4: Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, servus cecidit et crus fregit: quaerebatur, an dominus servuli lege aquilia cum eo, cuius impulsu ceciderat, agere potest. respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum.

Más compleja aún es la situación en la cual se permite que un tercero actúe en legítima defensa de intereses de otro o de valores sociales, tal es el caso expuesto por Paulo en **D.9.2.30** por el cual se exonera de responsabilidad a quien mata al esclavo ajeno sorprendido en adulterio, con lo que pareciera que no es realizado con iniura el acto que se haya realizado por un ataque al honor conyugal.<sup>528</sup>

Ulpiano también describe el caso del barbero que está afeitando a un esclavo, recibe un pelotazo en las manos, por lo cual termina hundiendo la navaja en el cuello del esclavo:

**D.9.2.11.pr:** “Próculo dice que la culpa es del barbero. Y en verdad, si afeitaba allí por donde por costumbre se jugaba, o donde el tráfico era frecuente, hay motivo para que se le impute; aunque tampoco se diga sin fundamento, que si alguno se hubiere confiado a un barbero que tuviere la silla en un sitio peligroso, debe él quejarse a sí mismo”<sup>529</sup>

## **5.2. Estado de Necesidad.**

Al respecto Ulpiano dice en:

---

<sup>528</sup> D.9.2.30: Qui occidit adulterum deprehensum servum alienum, hac lege non tenebitur.

<sup>529</sup> D.9.2.11.pr: Item mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege aquilia teneri. proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

**D.9.2.29.5:** si alguien hubiese cortado las amarras, con la que estaba atada una nave y la nave perece, sin indicarse si se trata de dolo o de culpa, se tiene la acción de la ley aquilia contra quien efectuó esa acción.<sup>530</sup>

*Pero siguiendo a Labeón el mismo Ulpiano establece en:*

**D.9.2.29.3:** que si por la fuerza de los vientos (vis ventorum) una nave hubiese sido impelida contra las cuerdas del ancla de otra, y los marineros sin poder solucionar las cuestión de ningún otro modo, proceden a cortar las cuerdas de la otra nave, con las cuales se iban a enredar, se entiende que el daño producido no ha sido cometido con iniura.<sup>531</sup>

*Del mismo modo se señala en:*

**D.9.2.49.1:** el que por “justo temor” ante la presencia de un incendio que corre peligro que se extienda a su casa, demuele la casa del vecino, para evitar el daño de que le fuego se extienda a su propia casa, se entiende acá que no ha obrado con iniura.<sup>532</sup>

### **5.3. Ejercicio del Propio Derecho.**

---

<sup>530</sup> D.9.2.29.5: Si funem quis, quo religata navis erat, praeciderit, de nave quae periit in factum agendum.

<sup>531</sup> D.9.2.29.3: Item labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsisset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. idemque labeo et proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. plane si culpa nautarum id factum esset, lege aquilia agendum. sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum.

<sup>532</sup> D.9.2.49.1: Quod dicitur damnum iniuria datum aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum, ut celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis aquiliae actionem cessare.

*Según Paulo en:*

**D.50.17.151:** *Nadie hace daño, sino el que hizo lo que no tiene derecho a hacer*<sup>533</sup>.

*Esta afirmación se ha llevado a ciertos casos como el que se encuentra en:*

**D.9.2.39.pr:** *Una yegua, hallándose pastando en un campo ajeno, como estaba preñada, malparió al hostigársela.*<sup>534</sup>

*Según una opinión posterior de Pomponio en:*

**D.9.2.39.1:** *quien encuentra una res ajena en su campo, no debe ni encerrarla con derecho, ni tampoco la debe tratar como una res propia, puesto que es ajena, lo que debe hacer es ahuyentarla sin daño, o prevenir al dueño para que la recoja como suya.*<sup>535</sup>

*Igualmente caso es el expuesto en:*

**D.9.2.3:** *el maestro que causa un daño a su alumno, por ejemplo, lo deja tuerto, o el zapatero que le dio un golpe en la cerviz al aprendiz, de tal modo*

---

<sup>533</sup> D.50.17.151: "Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet"

<sup>534</sup> D.9.2.39.pr: Quintus mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse.

<sup>535</sup> D.9.2.39.1: Pomponius. quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.

*que le vació un ojo, se interpreta que es responsable del daño por la ley aquilia, dado que si bien, al maestro le está permitido un leve castigo “la demasiada crueldad de un preceptor se considera como culpa”.*<sup>536</sup>

*Más allá de estos casos de exoneración, por no ser considerados los mismos cometidos con iniura, hay que ver cómo se resuelven las posibles dudas en aquellos casos en que hay que analizar la existencia o no de culpa en la conducta del agresor, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, incluida la conducta de la víctima, como por ejemplo:*

- a)** *Si alguien arroja una jabalina en forma intencionada a un esclavo ajeno y lo mata es plenamente responsable, se puede hablar de dolo, lo mismo que si lo fue por diversión. Pero si, como se señala en **D.9.2.9.4** se da en un campo dedicado al tiro de la jabalina, y no obstante ser sabida esta circunstancia, un esclavo atraviesa el mismo y es muerto, se entiende que aquí deja de ser aplicable la ley aquilia, por cuanto el esclavo no debió pasar intempestivamente por allí.*<sup>537</sup>
- b)** *También existe el caso del podador (putator), una rama de un árbol mata al esclavo ajeno que pasa por allí. Un primer criterio fue al parecer el considerar si la rama cayó en un camino público o en uno privado. En el primer caso el podador es*

---

<sup>536</sup> D.9.2.3: Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? et iulianus scribit aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. dicit igitur iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege aquilia posse agi non dubito. D.9.2.6 : Praeceptoris enim nimia saevitia culpa adsignatur.

<sup>537</sup> D.9.2.9.4.



responsable, si es que no dio voces en tiempo oportuno para evitar el peligro. Y no lo sería en el segundo caso. Pero el jurista Mucius en **D.9.2.31** sentó el criterio de que aun sucediendo en un camino privado, se lo puede responsabilizar por la culpa, y por lo tanto no existe exoneración.<sup>538</sup>

- c) Otro caso célebre es aquel del “accidente de la Capitolina” narrado por Alfeo en **D.9.2.52.2**: marchaban dos carros arrastrados por mulas, uno delante y otro atrás, ascendiendo la cuesta del Capitolio. El primero de ellos, sostenidos por los carreteros, en un momento dado, no pudo avanzar, sino que retrocedió, y habiéndose apartado los hombres que estaban entre el carro I y el carro II, el primero impulsó al segundo a retroceder y al hacer ésto, magulló a un esclavo. Aquí Alfeo trata de desentrañar el problema de la culpa, analizando diversas hipótesis que habría que probar: i) si los carreteros del carro I se hubieran apartado voluntariamente del mismo, ellos son los responsables de que el carro I retrocediera y empujara al carro II a producir el daño en el esclavo, ii) pero si las mulas se hubieran espantado por algo, y por ellos los carreteros abandonaron por temor su cuidado, entonces no hay acción contra ellos, sino en contra del dueño de las mulas del carro I; iii) finalmente, si la causa no radicaba ni en las mulas, ni en los carreteros del carro I, que hicieron su esfuerzo, pero no pudieron retener la carga, entonces no hay acción ni contra el dueño de las mulas ni contra los carreteros, iv) de cualquier modo, ninguna responsabilidad le corresponde al dueño de las mulas del carro II, porque no retrocedieron por su voluntad, sino forzadas por el choque.

Estos casos trata de demostrar que no es suficiente la sola producción directa del daño, sino que éste debía estar acompañado de iniura. En ellos la exoneración se da por cualquiera de las tres causales de justificación que vimos, legítima defensa, estado de necesidad o ejercicio del propio derecho.

---

<sup>538</sup> D.9.2.31.

*Hay mayor complejidad en el análisis de los casos citados en el literal iii) ya que se debe determinar, ante la presencia de las concausas, en quien reside la causa determinante del daño, en quien provoca la acción dañosa o en la víctima y si existe o no una conducta culposa. Pero lo que se demuestra claramente es lo que señalábamos en cuanto a que el criterio de la culpa no radica en las intenciones internas, sino en las condiciones externas de la diligencia o negligencia.*

*Se trata pues de una interpretación de la conducta de los imputados, entendida objetivamente. Pero ello no significa que estemos en presencia de una responsabilidad objetiva (donde la prueba de la culpa es en principio atribuida al agente productor del daño), sino que con esta advertencia que hemos señalado, la responsabilidad nace de la conducta culposa en la producción del daño. A esta forma la podemos calificar de responsabilidad subjetiva, puesto que la conducta culpable lo es en relación a un sujeto. Es en este sentido que entendemos lo que dice Gayo: Se entiende que se mata con iniura cuando ello ocurre, no en virtud de una ley, sino por culpa o dolo. Así, el que comete el daño sin culpa ni dolo, sino por accidente queda impune.<sup>539</sup>*

## **6. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ROMANO.**

*Hasta ahora hemos tratado básicamente supuestos de responsabilidad subjetiva, pero además de ella hay que mencionar que en Roma existieron casos en los cuales se admite la responsabilidad de los daños producidos sin tener incidencia en su determinación*

---

<sup>539</sup> GAI 3, 211: Iniura autem occidere intellegitur, cuis dolo aut culpa occident, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniura datar, reprehenditur, itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.

*la prueba del dolo o de la culpa, es decir, una conducta reprochable por parte del agente responsable. Esto es lo que hoy conocemos como responsabilidad objetiva.*

*En el libro IX del Digesto, inmediatamente después de los comentarios a la ley aquilia, se presenta el caso de los que derramaren o arrojaran alguna cosa. Se trata del caso de la responsabilidad que tiene el habitante de una casa desde la cual se haya arrojado o se haya derramado alguna cosa “en el sitio por donde vulgarmente se transita, o donde la gente se detiene” que haya producido un daño a quien pasare por allí.<sup>540</sup>*

*Aquí la responsabilidad surge de la asunción del riesgo que se ocasiona a los peatones, “porque es de pública utilidad, que sin miedo y sin peligro se ande por los caminos”.<sup>541</sup>*

*En estos casos quien responde, el habitante, no siempre es el dueño del edificio, ya sea que él hubiera ocasionado el hecho productor del daño, o ya sea por la de cualquiera que estando en la casa haya producido el hecho. Y acá la responsabilidad es objetiva, es decir se responde directamente por el hecho dañoso, sin necesidad de probar ninguna culpa. Estamos en presencia por el “riesgo creado” ocasionando un daño a los peatones, incluso en caso de haberse ocasionado la muerte de un hombre libre, la acción es popular, es decir, podría plantearla cualquier ciudadano, si bien se otorga diferencia a los parientes de la víctima.*

*Igualmente, en el Edicto queda prevista la responsabilidad de quien haya colocado o colgado en lugar que da a la vía pública alguna cosa “cuya caída puede causar daño a*

---

<sup>540</sup> D.9.3.1 pr.

<sup>541</sup> D.9.3.1.1.

alguien”.<sup>542</sup> Se trata acá de un caso análogo al anterior, si bien tiene la particularidad de lo que está previsto es el riesgo de que la cosa colocada pudiera causar daño.<sup>543</sup>

También podemos mencionar la responsabilidad que asumían los transportistas marítimos (nautae), los hospederos de mesones (caupones) y de establos (stabularii) por los daños a las cosas que acompañan a sus clientes. En principio se solía convenir entre los clientes y estos empresarios una declaración expresa de mantener la seguridad de dichas cosas (receptum res salvae fore) Pero a partir de cierto momento, se admitió directamente la responsabilidad de los nautae, caupones, stabularii, debían responder de cualquier daño, desaparición o hurto que sufrieran estas cosas, aún si la existencia del seguro del receptum res salvae fore.

De este modo se le asegura al viajero que sus cosas estarán “salvas”, de manera que al abandonar esos lugares, las mismas no hayan sufrido perjuicio. Al viajero no le interesa si el hecho dañoso corresponde al empresario, a sus empleados o incluso al hecho de otros viajeros o terceros. Sólo quedaban exonerados si “algo hubiera ocurrido por desgracia inevitable (casus maior), como por ej., si las cosas perecen por naufragio o por fuerza de piratas, o también si en el mesón o en la caballeriza hubiera ocurrido un caso de fuerza mayor”<sup>544</sup>

Dentro de esta enumeración también podemos citar el caso de los daños producidos por animales (pauperies.) Se llama así “el daño causado sin culpa del que lo

---

<sup>542</sup> ULPIANO en D.9.3.5.11.

<sup>543</sup> D.9.3.5.7: Para que si alguna cosa estuviese puesta peligrosamente en esta parte de las casas, no causara daño.

<sup>544</sup> D.4.9.3.1

*hace, porque un animal no puede haberlo hecho con iniura, porque carece de razón”.*<sup>545</sup>  
*Y ante la producción del daño “se da acción contra el dueño, no de aquel de quien hubiere sido el cuadrúpedo, cuando causara el perjuicio, sino aquel de quien lo es en la actualidad”*<sup>546</sup>, *se trata pues, de una responsabilidad que acompaña al animal y de la cual responde el propietario actual. Y es otro caso de responsabilidad objetiva, por cuanto cabe aun no habiendo culpa.*

*Junto a estas acciones, aparece también vinculado el caso de la cautio damni infecti (tratada en D.39.2) Precisamente, se entiende por damnum infectum (daño que amenaza) aquel que aún no se ha producido, pero tememos que sobrevendrá.*<sup>547</sup> *De este modo, el propietario que denuncia el temor que le provoca la construcción del vecino que amenaza ruina, preocupado porque se pueda eventualmente provocar un daño en su propiedad por la caída de parte de dicha construcción o aun el derrumbamiento de la misma, puede exigir que dicho vecino le prometa una fianza por el monto del daño que amenaza.*<sup>548</sup>

---

<sup>545</sup> D.9.1.1.3.

<sup>546</sup> D.9.1.1.12.

<sup>547</sup> Definición Gayana en D.39.2.2.

<sup>548</sup> La cautio era prestada por medio de una stipulatio. Si el dueño de la construcción que amenaza ruina no la quiere dar, entonces el pretor ex primo decreto le concede al propietario amenazado de daño la missio in possessionem del fundo del vecino, de tal modo que sobre el mismo estaban conjuntamente el propietario y el missus; éste último protegido por el pretor. Se trataba de un modo indirecto a que preste la cautio. El missus podía, si quería, proceder a las medidas urgentes para evitar el daño, pudiendo ejercitar un ius retentionis para el cobro de los gastos que ello hubiere demandado. Si no obstante la missio in possessionem, el propietario del fundo que amenaza ruina no acata la orden del pretor de prestar la cautio, por un segundo decreto se le otorga al missus el in bone habere, de tal modo que podía usucapirla y lograr transformarse en dominum es iure quiritium.

*Siendo así se la puede considerar como protectora del “riesgo del daño temido” proveniente de la construcción del vecino. Desde este punto de vista, se diferencia netamente del daño causado pro culpa o dolo, tal como lo dice expresamente Ulpiano, quien nos aclara que: “Este Edicto mira al daño aún causado, en tanto que las demás acciones, como la ley Aquilia, y otras, se refieren al resarcimiento de los daños que sobrevinieron”.<sup>549</sup>*

## **7. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y LA CODIFICACIÓN.**

*El trato de la responsabilidad extracontractual en los códigos civiles modernos obedece a las reglas contemplada en el Código Napoleón, cuyo principio general está expuesto en el artículo 1382: “Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”.*

*No hay mayor novedad acá, podemos afirmar que se siguen los principios de la lex Aquilia de Daños romana, pero cambiando el carácter “penal” para pasar al de “resarcimiento”.*

*Pero fue la doctrina la que interpretó de manera más amplia el principio y entendió no sólo que la culpa es punible, de modo que la responsabilidad extracontractual queda ahora signada por el principio pas de responsabilité sans faute.*

---

<sup>549</sup> D.39.2.7.1.

*Gran importancia al respecto han tenido la filosofía moral cristiana y los autores de la Escuela Racionalista del Derecho Natural (Grocio, Pufendorf, Thomasius, Wolf, etc.) se ha ido produciendo así una reestructuración del principio romano del *damnum iniura datum*.*

*Ejemplo de ellos es la presunción que en algunos casos establece la ley respecto de la culpabilidad del agente productor del daño, con lo cual se le releva de la prueba de la culpa, la que puede llevar en muchos casos a que sea imposible el resarcimiento del perjuicio provocado. Esto ocurre en tres casos:*

- a) la responsabilidad por hecho de otro: así, responden los padres por los hechos de sus hijos menores, los tutores por los de sus pupilos, los instructores por los de sus alumnos y los artesanos por los de sus aprendices. Pero lo que en el fondo provoca que respondan por hecho ajeno es su propia culpa la que se ha denominado culpa in vigilando.*
- b) la responsabilidad por el hecho de sus empleados, que al igual que en ecaso anterior hay *cumpa propria*, la culpa in eligendo, que como su nombre lo indica permite responsabilizar a la persona por los hechos dañosos de sus empleados al imputárseles la negligencia al elegirlos, aunque no se descarta que también puede darse bajo este supuesto la culpa in vigilando.*
- c) También estaba el caso de responsabilidad por el hecho de las cosas. A ella se refería el artículo 1384 del Code Civil, inciso 1: se es responsable por el daño causado “por el hecho... de las cosas que se tiene bajo su guarda”. En estricto rigor acá hay culpa in vigilando, en razón de la “guardia”, es decir una falta personal de quien se ha despreocupado de su tarea de vigilancia. Se encuentran aquí el caso de daños a animales domésticos, que normalmente están bajo la guardia de su propietario, así como el de los daños causados por la ruina de un edificio, y en forma más genérica el*

*caso de daños por cosas. Lo que llama la atención es la insistencia de la doctrina en mantener la vigencia del principio genérico de que “no hay responsabilidad sin culpa”.*

*Esta nueva visión de la lex Aquilia de Daños ejerció una gran influencia en la legislación europea: artículo 1151 del Código de Italia de 1865; modificado en su redacción en el Código de 1942, artículo 2043; también el Código Civil de España de 1889 en su artículo 1902, pero ella no se detuvo allí sino que también se plasmó en los códigos latinoamericanos, tenemos el ejemplo en los países sudamericanos que integran el MERCOSUR, como por ejemplo el Código Civil Argentino que establece en su artículo 1109 que “todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”. Igualmente, nuestro Código Civil que establece el principio de la “malicia o negligencia de otra persona” en el artículo 2329, el Código Civil Brasileiro que habla de “acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia” en el precepto 159, el Código Civil Uruguayo que exige “dolo, culpa o negligencia” en el artículo 1319. Y lo mismo ocurrió en Paraguay que adoptó, antes de su nuevo Código el Argentino.*

## **CONSIDERACIONES FINALES**

A través de las páginas de este trabajo se ha intentado construir, de forma relativamente sistemática, la responsabilidad civil que emana de los contratos de sociedad, arrendamiento, gestión de negocios, mandato, fiducia, depósito, prenda y contratos innominados durante la época clásica romana y de la Lex Aquilia de daños. Se han enunciado las características más relevantes de estas instituciones. Se han



citado los casos más representativos del Digesto que ilustran situaciones en las que se configuran casos de responsabilidad. Se han trazado las líneas generales para determinar cómo se da la responsabilidad -cómo se responde dependiendo de cada situación-, y se han esbozado los caracteres más destacados por las cuales se hace efectiva la responsabilidad.

Luego del extenso análisis se puede señalar que, en la época clásica la obligatoriedad no es ya la facultad de autopignorarse, sino la idoneidad de hacerse cargo patrimonialmente del daño causado o de la prestación debida. Ante el incumplimiento del que resultaba vencido en juicio, el acreedor ejecutaba la sentencia mediante la *actio judicati*; el deudor *actione tenebatur* y podía liberarse de su obligación, de la nota de *infamiae* y gozar del *beneficium competentiae* si entregaba o abandonaba voluntariamente sus bienes (*Cesio bonorum*) de lo contrario el Magistrado ordenaba la *missio in possessionem* y la *bonorum venditio* que consistía en la enajenación del patrimonio del deudor a quien ofreciere pagar a los acreedores el mayor porcentaje de sus créditos, lo que traía aparejado la infamia del insolvente. La primitiva atadura que transformaba al deudor en un apéndice (*nexus*) de quien pasaba a ser su *dominus*, evolucionó reduciéndola a un *jus persequendi iudicio quod sibi debetur*.

El sistema obligacional clásico, fue técnico e individualista, en el terreno contractual se redujo a una serie de causas a las que se correspondían determinados *judicia*; en el delictual merced a *lex Aquilia* (286/87 a.C.), para generar obligaciones, se requirió que el daño fuera causado con culpa, que hubiera norma jurídica violada (*iniuria*) con una relación directa de causalidad (*corpore corpori*) con una conducta positiva y no simplemente omitida aunque por vía útil se terminaron castigando los daños indirectos y causados por omisión. Ulpiano explicita el doble requisito de ilegalidad y culposidad que debía acompañar al daño para hallarse comprendido en la *Lex Aquilia*, la que sobre el particular expresamente derogó la Ley de las XII Tablas; y cualquier otra que pudiere haber habido regulando la materia.

Primó una concepción subjetiva que para establecer si se había generado alguna obligación, tuvo en cuenta a) el caso fortuito o la fuerza mayor (casus – vis major), b) El dolo, por el cual se respondía siempre prohibiéndose incluso el pactum del dolo non praestando, c) la culpa, a la que se caracterizó como lo opuesto a diligentia. Mientras que el concepto dolum giró en derredor de la concepción Labeana, el de culpa se elaboró mediante la generalización de las pautas clásicas para evaluar determinados casos.

Es así, que respecto a cada una de las instituciones analizadas, puede decirse lo siguiente:

### **Sociedad**

Esta institución nace ligada a las relaciones de familia, lo que explica la importancia que se le da a la buena fe en su regulación, sin embargo, su aplicación estuvo principalmente orientada al comercio y, para facilitar este objetivo, se reconoció amplia libertad a la voluntad de las partes, es decir, los socios podían acomodar la sociedad al tipo de negocio que deseaban emprender, existiendo variadas modalidades, como la sociedad de todos los bienes, la de ganancias, la de una actividad productiva en especial y la de una cosa o negocio específico. Así también se aceptaba la realización de una amplia gama de aportes, como todo tipo de bienes corporales, créditos y trabajo.

Los socios (al igual que las partes de otros contratos) tenían libertad para ampliar o restringir la responsabilidad, pero se prohibía expresamente la condonación del dolo futuro, por atentar contra la buena fe.

Los juristas clásicos no trataron la responsabilidad en forma sistemática, pero existe en el Digesto una regulación de la responsabilidad en la sociedad, derivada del dolo, la culpa, la custodia, el caso fortuito (en que el daño es común), la mora, además de las obligaciones específicas de los socios, como realizar los aportes, y hacer comunes las ganancias y pérdidas.

Esta responsabilidad se hace efectiva, procesalmente, a través de a actio pro socio, que es propia del contrato de sociedad, pero cuando del hecho que genera la responsabilidad, nacen otras acciones, cabe el concurso con la acción de sociedad.

### **Arrendamiento**

En una constitución imperial dada por Dioclesiano y Maximiano se establece que la responsabilidad de las partes en el cumplimiento de las obligaciones toma en cuenta dos criterios: dolo y custodia, quedando exenta la responsabilidad por fuerza mayor.

Del dolo se responde siempre, aunque las partes se hayan exonerado de responsabilidad por dicha conducta. Respecto a la custodia podemos sostener que es el criterio utilizado por las fuentes para valorar la imputabilidad por incumplimiento en algunas relaciones.

En otros fragmentos se sostiene que responderían por dolo o culpa, salvo que esta responsabilidad haya sido agravada o atenuada por la voluntad de las partes, por lo que se le debe dar supremacía a lo acordado por las partes, en silencio de ello, responderán por dolo o culpa a excepción de la exención de responsabilidad por dolo

Ulpiano alude a la culpa como criterio de responsabilidad en la locatio conductio; en un supuesto equipara la imperitia a la culpa, debiendo el arrendatario responder de la culpa de sus esclavos o huéspedes, cuando éstos en un acto culposo actúan con impericia.

El diferente sentir de las fuentes puede deberse a la aplicación de una responsabilidad objetiva, es decir, atribuir a las partes una porción de riesgo con independencia de su comportamiento subjetivo, que está presente en el derecho clásico, la que luego en el sistema justineano pasará a ser subjetiva.

En determinados casos, el incumplimiento de la obligación por causa no imputable al deudor, más allá de la responsabilidad por culpa o custodia, le exonera del cumplimiento de la obligación, entonces, hablamos de *periculum* cuando las consecuencias del incumplimiento de la prestación por imposibilidad sobrevenida recaen sobre una de las partes de la relación contractual.

Las fuentes aluden a la *vis maior*, acontecimiento natural o humano no imputable al deudor y al cual no puede oponerse *quod ei reistere non potest*; y a la figura del *casus*, acontecimiento que se verifica con independencia de la voluntad del deudor.

Respecto al riesgo en la *locatio conductio operarum* depende de la prestación de servicios del trabajador; puesta la prestación a disposición del conductor debe la merces, independientemente de su utilización; a contrario sensu, retirada la puesta a disposición el riesgo lo asume el locator en cuanto se extingue el derecho a percibir la merces. Al igual que en el arrendamiento de cosas donde la falta de disponibilidad de la cosa sin culpa del locator exonera al conductor del pago, es decir, *periculum est locatoris*:

Autores como De Robertis, no concuerdan con este planteamiento, pues al señalar las causas imputables al trabajador, postula que en caso de enfermedad la prestación se imposibilita, extinguiéndose el derecho de una parte de la relación contractual, que constituye la causa del nacimiento del derecho de una parte a la retribución y obligación de la otra al pago de la misma. En cambio, las no imputables al trabajador, como en los desprendimientos de terrenos, inundaciones, etc, permanece íntegro su derecho a la merces y, por consiguiente, la obligación del conductor al pago aun sin el goce de los disfrutes.

Y confirma con dos de Ulpiano: uno señala que al no extinguirse el derecho al cobro de la merces ante un supuesto de imposibilidad de la prestación laboral por

causa no dependiente al trabajador, como es el fallecimiento del conductor; el otro: al establecer que, falleció un Legado del César, se debe pagar a sus subordinados, siempre que en ese período no estuviesen contratados por otros:

Los supuestos de imposibilidad de la prestación son complejos. No existe un principio o regla de aplicación general; y, que el tipo de obligatio juega un papel decisivo en su determinación. Por ello, para determinar si estamos ante un supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación, así como el alcance de las consecuencias que de ésta derivan.

La conclusión es que la actio locati y la actio conducti son remedios enérgicos, auténticas sanciones para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contraídas, respectivamente, por el conductor o por el locator; a su vez, dotan de exigibilidad jurídica a la relación contractual de servicios. La indeterminación de la fórmula que condena estas acciones -quidquid dore facere oportet ex fide bono- viene a superar el formalismo jurídico romano y concede una amplia facultad discrecional del iudex tanto en la valoración de la conducta de las partes como en la determinación del contenido de la relación y en la extensión de los vínculos contraídos; en definitiva, transforman todo un régimen de responsabilidad contractual.

### **Gestión de Negocios**

Figura emparentada con el mandato, pudiendo incluso afirmarse que hay una cuando no existe la otra (mandato putativo), pero que a la vez, son absolutamente distintas e independientes, el mandato es un contrato y la gestión de negocios es un cuasicontrato.

Aunque la gestión de negocios emana del mandato, su importancia como figura independiente es innegable, pues sin ella no sería posible hacer efectiva la responsabilidad que existe cuando alguien actúa por otro sin constituir mandato previo.

Su función como figura residual de responsabilidad, cubriendo todo lo no cubierto por otra acción especial en todos los casos en que haya gestión de negocios ajenos sin mandato previo, es gran de importancia y utilidad. Gracias a ella, por ejemplo, los ausentes pueden ser asistidos, sin siquiera saberlo, en la administración de sus bienes. Por otro lado, quien ejerce la administración no se encuentra en posición de indefensión ya que mediante la acción de gestión de negocios, en modalidad de acción contraria, puede recuperar del gestionado todo lo invertido en su utilidad. En el caso de que se actúe bajo amenaza de daño inminente, el grado de responsabilidad por el que se responde es atenuado, y con justa razón, pues no puede exigírsele la misma diligencia a quien actúa con calma que al que lo hace presionado por un peligro latente. De la misma manera, se le exigirá que responda por la culpa y el dolo al que gestione negocios ajenos pero no de la forma en que el gestionado usualmente lo hace, realizando gestiones nuevas para él. Y también es justo que así sea pues el arriesgarse a empresas desconocidas con lo ajeno es algo que requiere de mucha más diligencia (y por tanto, se responde por más) que aquel que gestiona los negocios de otro en la forma habitual en que éste lo hace.

La Gestión de Negocios en el tráfico jurídico permitió cubrir muchas situaciones que de otro modo hubiesen quedado segregadas de tutela jurídica y además, aunque la figura está emparentada con el mandato, la forma de hacer efectiva la responsabilidad que de ella emana tiene sus normas propias y particulares, que se manifiestan a través de la acción de negocios gestionados.

La importancia de la gestión de negocios se mantiene desde los tiempos de la Roma clásica, pues en la actualidad sigue prestando el mismo servicio de antaño:

permite que los negocios de alguien que se encuentre ausente o no pueda ocuparse de ellos, puedan ser tomados en manos de otro que actúe como su agente oficioso, quien luego, a su vez, podrá recuperar lo invertido en dicha gestión. La situación, como se aprecia, es prácticamente la misma. ¿Sorprendente? En absoluto: el pragmatismo romano nunca queda obsoleto.

### **Mandato**

En la segunda analizó el contrato de mandato, proponiendo una definición del mismo procedente de los elementos encontrados en el digesto los cuales también fueron examinados uno a uno, luego se detallaron las obligaciones de las partes nacidas del contrato con el fin de establecer los casos en que se incurre en responsabilidad y por ultimo se incluyó en este trabajo los efectos que provoca el mandato frente a terceros, llegando a la conclusión de que en el mandato romano opera la representación indirecta, radicándose los efectos del mandato en las partes que participaron en él.

En definitiva queda comprobado que en Roma no existió un sistema contractual de responsabilidad, sino que sólo hechos mas o menos recurrentes que permiten señalarlos si una de las partes a caído en responsabilidad a raíz de un incumplimiento contractual, y en algunos casos, por ejemplo cuando se trate de obligaciones de buena fe, habrá que fijarse también en la redacción de su formula para determinar los límites de su responsabilidad.

### **Fiducia, Depósito y Comodato.**

*En cuanto a la Fiducia, muy usada durante la época Republicana, consistía en la transmisión de la propiedad de una cosa por medio de la mancipatio o de la in iure*

*cessio, asumiendo el que recibe la cosa la obligación de restituirla a su antiguo dueño, una vez cumplido el fin querido por las partes. Entre sus fines, estaba el de ser garantía de una obligación preexistente, cumplir la función de depósito o comodato, de emancipación de un filiusfamilias o de una coemptio de una mujer, para asegurar una manumisión, como donación, entre otros.*

*Sin embargo, pese a cumplir tantos fines, la fiducia desapareció en la época post-clásica, Justiniano la eliminó sistemáticamente de su codificación sustituyéndola por frases como *pignus hypothecave* o *commodatum depositumve*.*

*No sucede lo mismo con el depósito y el comodato, los que siguen plenamente vigentes hasta el día de hoy.*

*El depósito en sus variadas formas, también es plenamente aplicado en nuestros días, consiste en la entrega de una cosa mueble hecha por un sujeto a otro, para que la conserve, sin recibir compensación, y la restituya en un determinado plazo, o bien a solicitud del depositante. Al igual que el comodato, es imperfectamente bilateral, pues normalmente la obligación está a cargo del depositario y, sólo excepcionalmente, surgen obligaciones para el depositante. No obstante tener carácter de gratuito, ya en el derecho Justiniano se admite la validez del acuerdo por el que el deponente se compromete a dar una pequeña compensación al depositario.*



*Como todo contrato, está tutelado por una acción, que en el depósito recibe el nombre de actio depositi, correspondiente a quien hace el depósito. En el derecho clásico la responsabilidad del depositario se reduce al dolo, pues por ser contrato gratuito, el depositario no recibía ninguna utilidad de él. Justiniano amplió la responsabilidad del depositario obligándolo también por culpa lata y será considerado responsable de la pérdida o deterioro de la cosa no solo si actuó con dolo, sino también si en la custodia de la cosa omitió observar aquella cautela elemental que todos deben conocer y practicar.*

*Son tres los casos más conocidos de depósito: el depósito miserable o necesario (cuando alguien estaba forzado a hacerlo en casos excepcionales o peligrosos), el secuestro (cuando varios sujetos contendientes en un juicio confiaban la cosa litigiosa a un tercero de común elección y confianza el cual la debía restituir a quien resultara vencedor en el juicio) Las diferencias básicas del secuestro con el depósito, están dadas por el hecho que, el secuestratario no tiene la simple detentación de la cosa, sino también la possessio ad interdicta, además el secuestratario puede exigir que se le libere de su obligación previa autorización del pretor. El secuestro, por su parte, estaba tutelado por su propia acción llamada actio sequestrataria o actio depositi sequestrataria. Finalmente, también se conoció el depósito irregular (para designar transferencia de cosas fungibles en propiedad de una persona a otra, acordando que*

*esta última debía restituir la misma cantidad y calidad de cosas recibidas a simple requerimiento del que hacía la transferencia y el receptor podía disponer y usar de las cosas libremente) Obviamente el caso más típico es el de sumas de dinero transferidas por particulares a un banco, aceptado así también en el derecho Justiniano.*

*Finalmente el comodato, que también fue muy utilizado en la antigua sociedad romana, no tuvo reconocimiento jurídico sino hasta una época ya tardía, presentándose en el derecho clásico como un contrato real, bilateral, imperfecto y gratuito. Aunque tenía por objeto una cosa no consumible, la casuística romana nos ofrece casos en los cuales el comodato tenía por objeto una cosa consumible para que se ostente la propiedad de la misma frente a terceros, o sea objeto de estudio restituyéndose después sin haberse consumido. En el derecho Justiniano, se busca someter al comodatario a una responsabilidad mayor que la de la culpa leve o de la in concreto, afirmándose que está obligado a la observancia de una exacta diligentia custodiendae rei, asimismo, el comodante también está obligado a resarcir todos los posibles daños o gastos que haya sufrido el comodatario en la conservación de la cosa.*

*Para tutelar sus derechos, el comodante cuenta primeramente con una actio commodati in factum a la que luego se añade una actio bonae fidei, por su parte, el comodatario puede oponer el ius retentionis a la acción del comodante y, desde la*

*época republicana, puede actuar contra este con el iudicium contrarium o actio commodati contraria.*

### **Contratos Innominados**

El Derecho Romano es un derecho eminentemente evolutivo, por lo que para analizar los principales contratos innominados en general y, en particular, la responsabilidad contractual al interior de éstos, es necesario analizar toda la institución, revisando la evolución que experimenta con el paso de los siglos sobre la base de los textos jurisprudenciales que clásicos y posclásicos, si bien en su mayoría desvirtuados por las interpolaciones.

Los *nova negotia* deben ser estudiados atendiendo a su desarrollo histórico, por cuanto no reciben durante la Época Clásica el mismo tratamiento que en la Época Justiniana.

Hay acuerdo en que en un principio, a lo menos durante la primera mitad de la Época Clásica, generaban simplemente obligaciones naturales, carentes de acción para exigir su cumplimiento, siendo una de las características esenciales del Sistema Contractual Romano aquella de que “no hay derecho sin acción”, por tanto, en una primera etapa, el vínculo obligatorio sólo nacía con la realización de ciertos actos solemnes preestablecidos a los cuales las partes debían ceñirse, para elevar después a la categoría de contratos los reales, luego los consensuales, y sólo muy posteriormente los contratos objeto de nuestro estudio. Antes de ello, el que en virtud de un acuerdo de voluntades que involucrase prestaciones recíprocas, una de las partes cumpliera con lo acordado no concedía a la parte cumplidora el derecho a hacer ejecutar la prestación de la contraria, a menos de que lo convenido se enmarcase dentro de alguna de las figuras

típicas reconocidas mediante su tutela a través de una acción concedida específicamente para tales efectos, lo cual significó numerosas situaciones de injusticia a las cuales el Derecho Romano no fue indiferente: para evitar el enriquecimiento injusto concedió a quien adelantó su prestación la *condictio ob rem dati*, y posteriormente la *actio doli* para las situaciones en las que la prestación adelantada consistía en un *facere*.

Esto no fue suficiente tutela del interés de quien cumplió su prestación, por lo que en la época justiniana se concede una acción de discutido origen que condenase al interés que tuviese el demandante en la prestación que no se cumplió, permitiendo la ejecución forzada o la indemnización por su incumplimiento. Era ésta una acción *in factum*, que poseía una *intentio in jus*, civil en cuanto su creación y de buena fe.

En el Derecho Justiniano los contratos innominados se tutelarán con las acciones ya señaladas, más la *condictio ex poenitentia*, que permite al cumplidor desistirse del contrato pendiente la contraprestación de su co-contratante.

Luego, fueron Contratos Innominados aquellas convenciones del Derecho Romano que comprendían una serie de posibilidades de obligarse originariamente no reconocidas como contratos particulares en el *Ius Civile* sino hasta la Época Justiniana, cuya perfección requiere que una de las partes haya, en general, realizado a favor de la otra una prestación convenida, donde radicaría la causa del contrato, quedando el otro contratante obligado a efectuar a cambio de ello la prestación por él convenida, y se les llamará “innominadas”, por no encontrarse entre las figuras “*propium nomen*”.

Los bizantinos agruparon los contratos innominados bajo cuatro esquemas fundamentales: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias*.

Los principales contratos innominados fueron la permuta, el *aestimatum*, el precario y la transacción

## **Prenda**

La prenda, la hipoteca y la anticresis nacieron a la vida del derecho por finalidades prácticas y surgen primero como un uso o costumbre y luego con una regulación de carácter jurídico.

La prenda podía recaer sobre cosa mueble o inmueble y de ella emana un derecho real de garantía que se caracteriza por limitar solamente el derecho de posesión emanado del dominio. El acreedor prendario pasa a ser un mero tenedor de la cosa al cual se le puede exigir la restitución del bien entregado en prenda por distintos medios procesales. Esto hace que hasta el día de hoy se discuta cual es la naturaleza jurídica de este contrato y esta discusión se complejiza al comprender en la figura del pignus también a la hipoteca. Esto es importante porque en el derecho las clasificaciones importan por el distinto estatuto jurídico que se aplica de acuerdo a la categoría a la que pertenece la institución de la que se habla. Sin embargo, para efectos de la responsabilidad, esta discusión, en nuestra opinión, esta demás porque la interpretación que hace el digesto de ciertas palabras como préstamo es muy extensiva y luego el mismo digesto se encarga en diversos acápites citados más arriba de señalar cual es la responsabilidad por la que se responde en el contrato de prenda.

La responsabilidad contractual emanada de la prenda está claramente determinada en el digesto, y se compone de dolo, culpa, custodia, caso fortuito o fuerza mayor y mora. A estos hay que agregar las obligaciones emanadas de la acción reivindicatoria y que se conocen como impensas. Según Gayo a estos también hay que agregar la acción de hurto, que comprende varias hipótesis entre las que figura el hurto de cosa propia, lo que es ratificado por algunos pasajes del digesto transcritos más arriba.

En el derecho romano clásico no existía una teoría que sistematizara la responsabilidad; pero, la doctrina de los juristas citados en el digesto nos habla de que existían a su respecto nociones de la misma y estas reunían los mismos elementos que hoy conforman el sistema de responsabilidad

Los medios procesales para hacer valer la responsabilidad eran múltiples e iban desde la acción reivindicatoria, y la acción pignoratícia hasta la acción de la ley aquilia, pasando inclusive por los interdictos posesorios cuando estos cumplían una función recuperatoria.

Entre los medios procesales para hacer valer la responsabilidad, cabe la analogía y la aplicación preferente de una acción sobre otras.

En lo que se refiere a la forma de apreciar la responsabilidad, el derecho romano clásico fue ajeno a la sistematización de patrones de conducta determinantes de responsabilidad, por ejemplo, no es propio de la época clásica el establecer si la culpa se aprecia en concreto o en abstracto; pero, de acuerdo a los diferentes pasajes del digesto citados en este informe, la determinación de la responsabilidad era casuística y en algunos casos se aprecian patrones en concreto y en otros, patrones en abstracto.

En lo que respecta a la prenda, este contrato contempla como el único eximente de carácter general el caso fortuito o fuerza mayor, con la excepción anotada más arriba.

En las disposiciones en las que se regula la mora, constituye un elemento central de la responsabilidad por mora la apreciación de los intereses moratorios.

### **Ley Aquilia**

*Se desarrollaron los principales aspectos de la responsabilidad extracontractual, constatando como la Ley Aquilia de Daños, pilar de la responsabilidad culposa, y también dolosa, se ha aplicado a todos los ordenamientos Occidentales, en su gran mayoría herederos de la cultura romanística. Cómo se han integrado los principios generales por ella instaurados a lo largo de la evolución de los diversos sistemas de responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual y, muy especialmente, dentro de éste, los sistemas de responsabilidad objetiva y subjetiva.*

*La falta de sistemática de la cultura romana, la ausencia de conceptualización por parte de los juristas, particularmente los clásicos, las categorías que hoy manejamos, como responsabilidad subjetiva y objetiva, justificaciones o causales de exención, nacieron de la Ley Aquilia y fueron aplicados por la jurisprudencia y doctrina a lo largo de la rica casuística de la época.*

*Fue precisamente esa casuística la que vino a uniformar la Ley Aquilia al establecer claramente los casos en los cuales una persona responde ante otra por el daño ocasionado en su propiedad, como lo contempla el Capítulo I en cuanto a la muerte de un esclavo o una cosa.*

*También contempló la hipótesis de responsabilidad para los casos de fraude del co-acreedor, que libera, sin el consentimiento del acreedor, al deudor de la prestación debida, caso en el cual también se produce un daño a la propiedad, que como se reconoce hoy se tiene sobre las cosas incorporales, los derechos, y en el particular los créditos.*

*Finalmente la Ley Aquilia, en su Capítulo III da la noción de iniura, en una fórmula residual referente a causar la muerte o daños a otras cosas, que se entienden no ser esclavos ni cuadrúpedos, con la condición de ser causados con iniura, bajo este concepto se entendió comprendido lo que hoy conocemos como dolo y también la culpa grave, que se equipara al dolo por el grado de negligencia que envuelve.*

*Estas tres hipótesis hicieron de la Ley Aquilia el criterio bajo el cual se uniformó la responsabilidad en el Derecho Romano y bajo esta estructura pasó a ser el modelo fundamental de los ordenamientos basados en el derecho romano.*

Este trabajo pretendió analizar la institución de la responsabilidad contractual en el derecho romano en general, revisando los hechos que la provocan derivados de las obligaciones que se imponen en los distintos tipos de contratos, lo cual fue realizado en la primera parte de este trabajo.

En definitiva queda comprobado que en Roma no existió un sistema contractual de responsabilidad, sino que sólo hechos mas o menos recurrentes que permiten señalarlos si una de las partes a caído en responsabilidad a raíz de un incumplimiento contractual, y en algunos casos, por ejemplo cuando se trate de obligaciones de buena fe, habrá que fijarse también en la redacción de su formula para determinar los límites de su responsabilidad.



## **BIBLIOGRAFÍA**

ALEMÁN MONTERREAL, ANA. ***Arrendamiento de Servicios en el Derecho Romano.*** Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1996.

ÁLVAREZ SUÁREZ, URCISINO. ***Curso de Derecho Romano.*** Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

ARANGIO-RUIZ, VICENZO. ***Instituciones de Derecho Romano.*** Editorial Palma, Buenos Aires, 1952.

ARANGIO RUIZ, VINCENZO. ***La Società In Diritto Romano: Corso di Lezioni Svolto Nell'Università di Roma,*** Roma, 1949-1950

ARANGIO-RUIZ, VICENZO. ***Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano,*** Nápoles, 1958.

ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J.A. ***Derecho Romano.*** Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.

ARIAS, JOSÉ. ***Manual de Derecho Romano.*** Editorial Guillermo Kraft Ltda.. Buenos Aires, 2ª Edición, 1949.

AROSEMENA JOFRE, CARLOS. ***Tratado Elemental del Derecho Romano o Explicación de las Instituciones del Emperador Justiniano***. Librería Española, Americana de E. Denné, París, 1887.

BERNALES PEREIRA, JOSÉ. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas: ***De la Teoría General de los Contratos en el Derecho Romano***, Santiago, 1945.

CANNATA, CARLO. ***Augusto Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano Milano***. Dott. A. Giuffrè, 1966.

DI PIETRO, ALFREDO. **Manual de Derecho Romano**. Ediciones Desalma, , 4a edición, Buenos Aires, 1985.

D'ORS, ÁLVARO. ***Derecho Privado Romano***. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1981, 4ª Edición.

D'ORS, ALVARO. **El Digesto de Justiniano**; Editorial Aranzadi, 1968-1975

D'Ors, Alvaro. Gayo, **Instituciones**. Madrid, 1943.

D'ORS, ALVARO **"Societas"** y **"Consortium"** En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos.- Volumen 2 (1977), páginas 33-44.

EGUIGUREN ORTÚZAR, JOSÉ MANUEL. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas: ***Contratos Innominados y Pactos en el Derecho Romano***. Santiago, 1945.

ERRÁZURIZ MAXIMIANO. ***Manual de Derecho Romano***. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986.

ELICER GUTIÉRREZ, RAFAEL. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas: ***Contratos en el Derecho Romano***, Santiago, 1996.

EUGENIO Y DÍAZ F. ***Breve Historia de Roma***. Madrid, 1984.

FARÍAS PICHÚN, LUIS FERNANDO. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas: ***Los Contratos de Buena Fe y Responsabilidad del Deudor en el Incumplimiento de sus obligaciones en el Derecho Romano***, Santiago, 1998.

FUENTESCA, PABLO. ***Derecho Privado Romano***, Ediciones E. Sánchez A., Gráficas S.L., Madrid, 1978.

GARBARINI VALLINO, RAFAEL. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas: ***La Culpa en el Derecho Romano***, Santiago, 1934.

GARCÍA GARRIDO, MANUEL. ***El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano***. Fundación de Estudios de Romanos y Bolsa de Madrid. Madrid/Dikynson, 2001.

GARCÍA GARRIDO, MANUEL. **Derecho Privado Romano. Casos, acciones e instituciones.** 12ª edición revisada y reformada. Ediciones Académicas S.A., Madrid, 2003.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. **Derecho Privado Romano.** Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1996. Tomos I y II.

IGLESIAS, JUAN. **Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado.** Editorial Ariel, Barcelona, 1990.

LOZANO OSTOS, CAROLINA Y SALCEDO DE LONDOÑO, PATRICIA. **El contrato de sociedad en Roma.** Tesis - Pontificia Universidad Javeriana, 1989

MACKELDEY, F. **Elementos del Derecho Romano que Contienen la Teoría de la Instituta, Precedida de una Introducción al Estudio del mismo Derecho.** Alemania, 1876.

MANRÍQUEZ BURGOS, XIMENA. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas: **Prenda e Hipoteca en el Derecho Romano, y Supervivencia en el Código Civil Chileno.** Universidad Central, Santiago, 1993.

MIQUEL, J. **Derecho Privado Romano.** Madrid, 1992.

MOREIRA ALVES, JOSÉ CARLOS. **A Responsabilidade Extracontractual e Seu Fundamento: Culpa e Nexo De Causalidade**, en Anuario de Historia del Derecho Español, XLIII, Madrid, 1973.

PRECIADO AGUDELO, DARÍO. **El Contrato de Sociedad en el Derecho Romano**. Tesis - Pontificia Universidad Javeriana, 1962.

SAMPER, FRANCISCO. **Derecho Romano**. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1975.

SAMPER, FRANCISCO. Institutas de Gayo. 1999.

Tesis - Pontificia Universidad Javeriana, 1962

THAYER, S.B. **Report de Culpa Lata et Diligentia in Iure Romano**. En Bulletin de l'Institut de Droit Romano "Vittorio Scialoja", Dott A. Giuffrè editore, Milán, 1938.

VELASCO GARCÍA, CARMEN. **La Posición Del Obligado En La Societas Consensual: Una Aproximación A La Actio Pro Socio**. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1986.

VILLANUEVA LÓPEZ, MANUEL. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas: **La prenda y la Hipoteca** en el Derecho Romano. Universidad de Chile, Santiago, 1944.



## INDICE DE FUENTES

D.2.4.34	D.3.5.18.4
D.2.14.7.2	D.3.5.19
D.2.14.7.5	D.3.5.20
D.2.14.7.6	D.3.5.21
D.3.3.58	D.3.5.24
D.3.3.59	D.3.5.29
D.3.3.63	D.3.5.31
D.3.5.1	D.3.5.35
D.3.5.2	D.3.5.42
D.3.5.3	D.3.5.44
D.3.5.3.7	D.3.5.46
D.3.5.3.9	D.4.9.3.1
D.3.5.3.10	D.6.1.1.1
D.3.5.5	D.6.1.13
D.3.5.5.2	D.6.1.15.1
D.3.5.5.3	D.6.1.16 pr
D.3.5.5.5	D.6.1.17.1
D.3.5.5.6	D.6.1.21
D.3.5.5.7	D.6.1.33
D.3.5.5.8	D.6.1.9
D.3.5.5.13	D.7.7.1
D.3.5.7.1	D.9.1.1.3
D.3.5.8	D.9.1.1.12
D.3.5.9.1	D.9.2.2.1
D.3.5.10	D.9.2.3
D.3.5.11	D.9.2.4
D.3.5.15	D.9.2.5

D.9.2.5.2	D.12.1.28
D.9.2.7.4	D.12.4.3.2
D.9.2.9.4	D.12.4.5 pr
D.9.2.11	D.13.1.22
D.9.2.23.3	D.13.6.1.1
D.9.2.25.2	D.13.6.3.1
D.9.2.27.4	D.13.6.3.6
D.9.2.27.5	D.13.6.4
D.9.2.27.13	D.13.6.5 pr
D.9.2.29.3	D.13.6.5.1
D.9.2.29.5	D.13.6.5.2
D.9.2.30	D.13.6.5.3
D.9.2.31	D.13.6.5.4
D.9.2.33	D.13.6.5.5
D.9.2.39	D.13.6.5.7
D.9.2.39.1	D.13.6.5.8
D.9.2.45.4	D.13.6.5.9
D.9.2.49.1	D.13.6.5.10
D.9.2.52.2	D.13.6.5.11
D.9.2.52.4	D.13.6.5.12
D.9.3.1pr	D.13.6.8
D.9.3.1.1	D.13.6.9
D.9.3.5.7	D.13.6.10 pr
D.9.3.5.11	D.13.6.10.1
D.10.3.1.	D.13.6.15
D.12.1.1.1	D.13.6.16
D.12.1.4.1	D.13.6.17 pr
D.12.1.5	D.13.6.17.1
D.12.1.18.1	D.13.6.17.3



D.13.6.17.5	D.13.7.31
D.13.6.18 pr	D.13.7.35 pr
D.13.6.18.1	D.13.7.35.1
D.13.6.18.2	D.13.7.36 pr
D.13.6.18.3	D.13.7.37
D.13.6.18.4	D.13.7.42
D.13.6.19	D.15.4.1.1
D.13.6.20	D.16.3.1 pr
D.13.6.21.1	D.16.3.1.5
D.13.6.22	D.16.3.1.6
D.13.7.1 pr	D.16.3.1.7
D.13.7.3	D.16.3.1.8
D.13.7.4	D.16.3.1.16
D.13.7.6 pr	D.16.3.1.20
D.13.7.7	D.16.3.1.22
D.13.7.8 pr	D.16.3.1.23
D.13.7.8.3	D.16.3.1.24
D.13.7.8.5	D.16.3.1.25
D.13.7.9.2	D.16.3.1.34
D.13.7.11.7	D.16.3.1.35
D.13.7.13.1	D.16.3.1.39
D.13.7.14	D.16.3.1.45
D.13.7.22 pr	D.16.3.1.46
D.13.7.22.3	D.16.3.1.47
D.13.7.22.4	D.16.3.5 pr
D.13.7.24 pr	D.16.3.7.2
D.13.7.24.2	D.16.3.12.3
D.13.7.24.3	D.16.3.14.1
D.13.7.30	D.16.3.23

D.16.3.24	D.17.2.2
D.16.3.25.1	D.17.2.3 pr
D.16.3.29 pr	D.17.2.3.2
D.16.3.29.1	D.17.2.3.3
D.16.3.31 pr	D.17.2.4
D.16.3.32	D.17.2.5 pr
D.17.1.1.1	D.17.2.5.1
D.17.1.1.3	D.17.2.7
D.17.1.1.4	D.17.2.8
D.17.1.2	D.17.2.17. 2
D.17.1.3pr	D.17.2.19
D.17.1.5pr	D.17.2.25
D.17.1.5.2	D.17.2.26
D.17.1.5.5	D.17.2.29.1
D.17.1.6pr	D.17.2.31
D.17.1.6.3	D.17.2.32
D.17.1.8.3	D.17.2.38
D.17.1.8.9	D.17.2.38.1
D.17.1.10.9	D.17.2.40
D.17.1.12.9	D.17.2.52.2
D.17.1.12.11	D.17.2.52.3
D.17.1.22.6	D.17.2.52.12
D.17.1.22.11	D.17.2.52.15
D.17.1.26.6	D.17.2.52.17
D.17.1.27.2	D.17.2.52.18
D.17.1.27.4	D.17.2.53
D.17.1.39	D.17.2.54
D.17.1.56.4	D.17.2.59 pr
D.17.2.1	D.17.2.60 pr

D.17.2.63 pr	D.19.2.19.1
D.17.2.63.3	D.19.2.19.3
D.17.2.63.6	D.19.2.19.5
D.17.2.63.7	D.19.2.19.9
D.17.2.63.8	D.19.2.23
D.17.2.63.10	D.19.2.24.4
D.17.2.65.1	D.19.2.25.2
D.17.2.65.12	D.19.2.25.3
D.17.2.65.13	D.19.2.25.7
D.17.2.67.1	D.19.2.30.1
D.17.2.67.2	D.19.2.54pr
D.17.2.68.1	D.19.2.60.3
D.17.2.70	D.19.219.8
D.17.2.72	D.19.3.1
D.17.2.74	D.19.3.1.1
D.17.2.82	D.19.4.1.1
D.18.1.72pr	D.19.4.1.2
D.18.5.3	D.19.4.1.3
D.19.2.2pr	D.19.4.1.4
D.19.2.2.1	D.19.4.2
D.19.2.9pr	D.19.4.14
D.19.2.9.3	D.19.5.1
D.19.2.9.5	D.19.5.3
D.19.2.11.1	D.19.5.5.1
D.19.2.11.2	D.19.5.5.2
D.19.2.12	D.19.5.5.3
D.19.2.13.5	D.19.5.5.4
D.19.2.13.9	D.19.5.7
D.19.2.15.2	D.19.5.10

D.19.5.12	D.22.1.8
D.19.5.13	D.22.1.13 pr
D.19.5.17	D.22.1.15
D.20.1.1.2	D.22.1.21
D.20.1.1.3	D.22.1.22
D.20.1.3.1	D.22.1.23
D.20.1.3.pr	D.22.1.28 pr
D.20.1.5.1	D.22.1.32 pr
D.20.1.5.2	D.22.1.32.2
D.20.1.11.1	D.22.1.38.10
D.20.1.11.2	D.22.1.40
D.20.1.13 pr	D.24.3.21
D.20.1.13.4	D.26.3.28
D.20.1.13.6	D.30.84.5
D.20.1.14.1	D.38.1.9.1
D.20.1.16 pr	D.38.1.20.1
D.20.1.16.1	D.38.1.23pr
D.20.1.17	D.39.2.2
D.20.1.18	D.39.2.7.1
D.20.1.21.2	D.40.7.39.5
D.20.1.25	D.41.1.63.3
D.20.2.8	D.43.26.1
D.20.6.4.1	D.43.26.2
D.20.6.5 pr	D.43.26.2.2
D.20.6.6 pr	D.43.26.4.1
D.21.1.31.20	D.43.26.4.3
D.21.3.7.2	D.43.26.4.2
D.22.1.2	D.43.26.6.4
D.22.1.3.1	D.43.26.8.6

D.43.26.1 pr	
D.43.33.1 pr	Gai.1.3.154
D.44.7.1	Gai.1.3.154a
D.44.7.1.3	Gai.1.3.154b
D.44.7.1.4	Gai.3.135
D.44.7.1.5	Gai.3.138
D.44.7.34.1	Gai.3.142
D.44.7.57	Gai.3.143
D.45.1.54.1	Gai.3.144
D.50.13.1	Gai.3.145
D.50.16.176	Gai.3.146
D.50.16.238.2	Gai.3.147
D.50.17.15	Gai.3.203
D.50.17.23	Gai.3.204
D.50.17.25	Gai.3.206
D.50.17.35	Gai.3.210
D.50.17.43.1	Gai.3.211
D.50.17.45 pr	Gai.3.215
D.50.17.50	Gai.3.216
D.50.17.151	Gai.3.217
D.50.17.186	Gai.4.26
D.71.2.65.3	Gai.4.27
D.71.2.65.4	Gai.4.28
D.71.2.65.5	Gai.4.29
D.71.2.65.9	Gai.4.30
	Gai.4.31
Inst.3.25.9	Gai.4.32
Inst.4.6.28	

## INDICE GENERAL

<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
1. Justificación.	1
2. Objetivos Generales.	3
3. Marco Conceptual.	4
3.1. Del concepto de obligación.	8
3.2. Derecho de contratos.	9
3.3. de los contratos consensuales.	10
3.4. Efectos de las obligaciones.	12
4. Efectos Generales.	13
4.1. Objeto de la obligación.	13
4.2. Lugar del cumplimiento.	13
4.3. Época del cumplimiento.	14
5. Acciones del acreedor.	14
6. del incumplimiento de las obligaciones.	16
7. El Dolo y la Culpa.	16
7.1. El Dolo.	16
7.1.1. Caracteres del dolo.	17
7.2. La Culpa.	17
7.2.1. Grados de culpa en el derecho romano.	18
8. El Caso Fortuito o la Fuerza Mayor: Teoría de los Riesgos.	20
8.1. Requisitos del Caso Fortuito.	21
8.2. Efectos.	22
9. La Mora.	22
9.1. Mora del Deudor.	22
9.1.1. Requisitos.	22
9.1.2. Clasificación.	23

9.1.3. Efectos.	24
9.1.4. Extinción.	25
9.2. Mora del Acreedor.	25
9.2.1. Requisitos.	25
9.2.2. Efectos.	26
9.2.3. Extinción.	26
10. Daños y Perjuicios.	27
10.1. Daños y Perjuicios Convencionales: Stipulatio Poenae.	28
10.1.1. Características de esta cláusula.	28
10.1.2. Utilidades de la Stipulatio Poenae.	29
11. Revocación de los actos realizados por el deudor en perjuicio o fraude de los derechos del acreedor.	30
11.1. Requisitos de esta acción.	30
11.2. Efectos.	31
12. Cláusulas modificatorias de responsabilidad.	32
<b>CAPITULO I: La Responsabilidad en el Contrato De Sociedad.</b>	<b>33</b>
1. Introducción.	33
2. Origen histórico y desarrollo.	33
2.1. Societas y Consortium.	34
2.2. Otros posibles orígenes.	36
2.3. Societas y Comunidad.	37
3. Elementos fundamentales.	40
3.1. Concepto.	40
3.2. Características.	40
4. Tipos de Sociedades.	47
4.1. Según la amplitud del giro.	48
4.2. Según la naturaleza del aporte.	52
5. Extinción.	53

6. Responsabilidad.	56
6.1. Obligaciones de los Socios. Acción de Socio.	56
6.1.1. Características.	56
6.1.2. Objeto.	60
6.1.3. Actio pro socio y otras acciones.	62
6.2. Elementos que causan la responsabilidad en la sociedades.	62
6.2.1. Dolo.	66
6.2.2. Culpa.	66
6.2.3. Caso Fortuito y Fuerza Mayor.	67
6.2.4. Custodia.	68
6.2.5. Mora.	69
6.2.6. Resarcimiento de daños.	70
6.2.7. Gastos.	73
6.2.8. Frutos, ganancias y pérdidas.	75
6.2.9. Renuncia Intempestiva y Renuncia Dolosa.	77
6.3. Algunas situaciones especiales.	81
6.3.1. Relaciones entre los socios, la sociedad y terceros.	82
6.3.2. Situación del heredero del socio.	84
<b>CAPÍTULO II: La responsabilidad en el contrato de arrendamiento.</b>	86
1. Una aproximación histórica al arrendamiento.	86
2. Elementos del contrato de arrendamiento.	86
2.1. Cosa o trabajo.	87
2.2. Merces .	87
2.3. Consentimiento.	87
3. De la responsabilidad.	88
3.1. El Periculum: El Problema del riesgo.	92
3.2. Obligaciones de las partes.	95
3.2.1. Locutor.	95



3.2.2. Conductor.	98
4. Acciones.	100
5. Extinción de la relación contractual.	112
<b>CAPÍTULO III:</b> La responsabilidad en la gestión de negocios.	118
1. Introducción.	118
2. Conceptos y características.	121
3. La responsabilidad dentro de la gestión de negocios romana.	126
3.1. Diferentes casos de negotia gesta y sus implicancias respecto a la responsabilidad.	127
4. La acción de gestión de negocios.	144
<b>CAPÍTULO IV:</b> La responsabilidad en el contrato de mandato.	151
1. Introducción.	151
2. Responsabilidad contractual en el mandato.	151
2.1. Definición y elementos del mandato.	151
2.1.1. Consensualidad.	152
2.1.2. Imperfecta Bitelaridad.	153
2.1.3. Buena Fe.	153
3. El encargo realizado al mandatario (objeto)	157
3.1. Gratuidad	158
3.2. Interés del mandante o un tercero.	160
4. Obligaciones de las partes.	162
4.1. Obligaciones del Mandatario.	162
4.2. Obligaciones del Mandante.	166
5. Efectos del mandato frente a terceros.	168

<b>CAPÍTULO V: La responsabilidad en los contratos de fiducia, depósito y comodato.</b>	170
<b>I. La Fiducia.</b>	170
1. Origen.	170
2. Concepto.	173
3. Tipos de Fiducia.	176
3.1. Fiducia cum amico contracta.	176
3.2. Fiducia cum creditore contracta.	176
3.3. Fiducia manumissionis causa.	176
3.4. Fiducia remancipationis causa.	176
3.5. Fiducia cum creditote.	177
<b>II. El depósito.</b>	178
1. Origen del depósito.	178
2. Concepto .	181
3. Tipos de depósito.	182
3.1. Depósito necesario o miserable.	182
3.2. Secuestro.	182
3.3. Depósito Irregular.	183
4. Paralelo entre depósito irregular y mutuo.	185
<b>III. El comodato.</b>	189
1. Origen.	189
2. Concepto.	191
3. Características.	192
4. Diferencias con otros contratos.	195

<b>IV. De los derechos y obligaciones que surgen de cada contrato.</b>	
La responsabilidad.	195
1. La Fiducia.	195
2. El depósito.	202
2.1. Obligaciones del depositario.	202
2.2. Obligaciones eventuales del depositante.	209
2.3. <i>Restitución de la cosa depositada.</i>	210
2.4. <i>Acciones derivadas del depósito.</i>	211
3. <i>El comodato.</i>	213
3.1. <i>Obligaciones del comodatario.</i>	213
3.2. <i>Obligaciones del comodante.</i>	222
3.3. Acciones derivadas del comodato.	224
<b>CAPÍTULO VI: La responsabilidad en los contratos innominados.</b>	228
1. Introducción.	228
2. Evolución histórica de los contratos innominados.	231
2.1. Albores de los contratos innominados en el sistema contractual romano.	231
2.2. Tutela por la actio praescriptis verbis.	238
3. La actio praescriptis verbis.	246
3.1. Concepto.	246
3.2. Características de la actio praescriptis verbis.	250
4. El carácter de buena fe de la acción que tutela los contratos innominados y el tema del interés.	250
5. Tutela de los contratos innominados en la época justiniana.	254
6. Concepto de contrato innominado.	257

6.1. Requisitos o condiciones de existencia.	258
6.2. Características.	261
6.3. La causa en los contratos innominados.	263
6.4. Clasificación de los contratos innominados.	264
7. Principales contratos innominados en particular.	265
7.1. Permuta.	265
7.1.1. Características de la permuta	257
7.1.2. Diferencias con la compraventa.	258
7.1.3. Responsabilidad y riesgos en la permuta.	258
7.2. Contrato estimatorio.	259
7.2.1. Características del contrato estimatorio.	271
7.2.2. Responsabilidad y riesgos en contrato estimatorio.	271
7.3. Precario.	272
7.3.1. Características del precario.	273
7.3.2. Diferencias con el comodato.	275
7.3.3. Responsabilidad en el precario	275
7.4. La transacción.	276
7.4.1. Características de la transacción.	276
7.4.2. Responsabilidad en la transacción.	277
<b>CAPÍTULO VII: La responsabilidad en el contrato de prenda.</b>	279
1. Introducción.	279
2. Características generales del contrato de prenda.	280
3. Dolo.	311
4. Culpa.	316
5. Caso fortuito y fuerza mayor.	321
6. Custodia.	326
7. Mora.	330
8. Impensas.	338

## **CAPÍTULO VIII:** La responsabilidad extracontractual. La lex Aquilia de Daños.

1. Introducción.	342
2. Aspectos generales de la responsabilidad extracontractual en el derecho romano.	343
2.1. Sistemas de responsabilidad extracontractual.	343
2.2. Responsabilidad extracontractual en Roma. Evolución	344
2.3. Lex Aquilia. Principal fuente de responsabilidad extracontractual.	348
3. La lex Aquilia de Daños.	349
3.1. Generalidades.	349
3.2. Estructura.	351
4. La jurisprudencia y la de la lex Aquilia.	355
4.1. Aspectos objetivos de la interpretación.	355
4.2. Aspectos subjetivos de la interpretación	359
5. Las exenciones de responsabilidad en la lex Aquilia.	363
5.1. La legítima Defensa.	363
5.2. Estado de Necesidad.	366
5.3. Ejercicio del propio derecho.	367
6. La responsabilidad objetiva en el derecho romano.	370
7. La responsabilidad extracontractual y la codificación.	373
Consideraciones finales.	376
Bibliografía.	391
Índice de Fuentes.	396
Índice General.	403