

**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO**

**LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN EL
DERECHO ROMANO CLASICO**

Memoria de Prueba para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

CRISTIÁN LEONARDO CABELLO CELIS

Profesor Guía: Fidel Reyes Castillo

Santiago, Chile
2004

INTRODUCCIÓN3
CAPITULO I CONTEXTO HISTÓRICO6
CAPITULO II LA OBLIGACIÓN Y LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO	...11
1.- La Obligación	...11
2.- Las Fuentes de las Obligaciones	...17
CAPITULO III EL SISTEMA DE FUENTES DE LAS OBLIGACIONES GAYANO	...19
CAPITULO IV EL SISTEMA DE FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO POSTCLÁSICO	...32
CAPITULO V EL SISTEMA DE FUENTES EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO	...36
1.- Las Críticas al Sistema de Fuentes Gayano	...36
2.- <i>Creditum</i> y <i>Contractus</i>	...39
3.- Clasificación de las Fuentes de las Obligaciones en el Derecho Clásico Romano	...44
3.1.- Obligaciones Delictuales	...48
3.2.- Negocios Jurídicos	...54
A.- Prestamos	...55
B.- Estipulaciones o <i>Stipulatio</i>	...64
C.- Solemnidad escrita	...66
3.3.- Los Contratos de Buena Fe	...67
A.- Fiducia	...70
B.- Depósito	...71
C.- Compraventa	...73
D.- Arrendamiento	...75
E.- Sociedad	...76
F.- Mandato	...77
CONCLUSION	...79
BIBLIOGRAFIA	...81

INTRODUCCION

Cuando hablamos de derecho romano lo sentimos como algo difícil atrapar, algo de una complejidad que de buenas a primeras preferimos evitar y desechar su estudio por ser poco “útil” en la actualidad. Es verdad, su estudio es complejo, pero la dificultad no está dada por si mismo, sino por nuestra mentalidad, nuestra manera particular de entender el Derecho, distinta a la del Derecho Romano, lo cual pone una barrera casi insalvable. Ese sentimiento no puede ser más mezquino con todo el legado que nos dejó el Derecho Romano; muchas de nuestras actuales instituciones no han sufrido un mayor cambio desde aquellos días. Al hablar de él estamos hablando de los cimientos mismos de la mayoría, sino de todos, los ordenamientos jurídicos contemporáneos y, por que no decirlo, de nuestras culturas. Sus instituciones han trascendido siglos, culturas, guerras y revoluciones. El Derecho Romano es la base en la cual se ha construido toda nuestra cultura occidental.

Sin embargo, dentro de los distintos periodos del Derecho Romano hubo una evolución, la cual fue caminando de la mano con cambios políticos, sociales y religiosos que se produjeron durante la larga historia romana. Esta evolución consiste en tres etapas, a saber: Derecho Arcaico o Primitivo, Derecho Clásico y Derecho Postclásico.

El Derecho Arcaico y Clásico lo hemos conocido gracias a la actividad sistematizadora y glosadora del Derecho Postclásico, pero esta actividad no fue del todo neutra, deformándose así algunas instituciones, perdiendo el verdadero sentido y quedando incomprendidas, quizás, para siempre. La doctrina se ha esforzado en reconstruir de la manera más fiel a la verdad histórica, pero su cometido no es fácil. La mayoría de las fuentes son indirectas, textos interpolados o comentados en forma intencionada. Esto ha hecho que ciertos temas pierdan su original genialidad, trastocando su real encuadre dentro de lo que fue el Derecho Romano.

Un especial estudio, o más bien, una especial discusión, dentro de estas instituciones deformadas, existe en la doctrina con respecto a las Fuentes de las Obligaciones del período Clásico, institución de vital importancia, ya que la evolución que tuvo dentro del derecho romano continúa hasta nuestros días. Su estudio compromete todo nuestro sistema de obligaciones actual, dándonos los cimientos para las mayorías de nuestras actuales figuras contractuales.

Nuestro trabajo se enfoca a desentrañar la verdad histórica sobre este instituto, en este cometido somos ayudados por el hecho de tener en forma completa una obra de un jurista del período clásico, con un sistema de fuentes completo. Sin embargo, algunos dudan que el sistema ahí expuesto sea reflejo de la realidad de aquella época, posiblemente lo sea de una posterior. Por eso

el período clásico del Derecho Romano cobra importancia; ya que con cada una de las dos posiciones obtenemos resultados diametralmente diferentes de cómo entender las distintas maneras de obligarse en el Derecho Romano Clásico.

CAPITULO I: CONTEXTO HISTÓRICO

El contexto histórico imperante al comienzo del período clásico, se caracteriza por una Roma que había alcanzado su plenitud como ciudad y donde se da comienzo a las conquistas territoriales sobre los pueblos que la rodeaban, debiendo luchar con grupos nacionales que habitan Italia, como Sicilia, e incluso contra la potencia africana, Cartago. Con la Batalla de Zama (201 AC.) Roma es dueña exclusiva de suelo itálico, lo que marca el inicio del período clásico (siglo III AC.).

Aquí llega la disyuntiva, de la cual quizás ni los mismos romanos tuvieron conciencia, de continuar como una ciudad-estado o convertirse en estado itálico y luego universal. Algunos hombres, más bien un grupo de ellos, como Cesar y Augusto apostaron por la última opción.

Dieron al naciente Imperio Romano una organización política basada en la idea de provincia, con la forma monárquica. Termina por desaparecer la República, con ella las asambleas populares y los cónsules. El Senado pierde todo su poderío. El Príncipe será el depositario de la autoridad, quien paulatinamente irá concentrando las funciones del Estado en su mano. El

Estado Romano se configura como esquema piramidal, característica de las monarquías absolutas, y extiende su poderío por todo el Mediterráneo.

Ante estos cambios, el Derecho debe evolucionar para mantenerse en concordancia con la sociedad llamado a regir. El Derecho no puede ser aplicado solo a un grupo restringido de hombres, como se hizo de antiguo con el *ius civile*, debe ampliar sus márgenes.

Enfrentado a esta contingencia, el sistema romano encuentra solución en el Pretor y en el procedimiento formulario. Según el cual, el Pretor era el llamado a formalizar el pacto procesal y a entregar a las partes la fórmula correspondiente. Este magistrado ni crea el Derecho ni resuelve conflictos, solo concede o deniega la acción. “El pretor no podía crear el *ius*. El era un servidor, un ministro del *ius*. Lo único que podía hacer era dar o no paso al litigio –*dare* o *denegare actionem*– y otorgar o no ciertos medios de protección. No era el amo de la finca, pero tenía las llaves”¹.

El Pretor elaboraba las fórmulas en base al Derecho estatuido y ponía al *iudex* en la situación de fallar conforme si constaban o no los hechos en el proceso. Como nos dice D’Ors: “es la de un imperativo de condenas

¹ D’Ors, Alvaro, “Derecho Romano”, F. Seix Editorial, Barcelona, 1949, pág. 7.

condicionado a la comprobación de un supuesto determinado, y de absolver en otro caso”². El juez no podía salirse de la disyuntiva planteada en la fórmula.

A través de esta facultad de dar o denegar la acción, el pretor va incorporando al ordenamiento Romano, elementos ajenos y recibidos por el contacto comercial con otros pueblos. Esto a través de acciones formuladas *in ius*, basadas en el Derecho, pero, principalmente, por acciones *in factum*, que son las concedidas en vista de un hecho concreto.

Así, junto con el *ius civile* antiguo va naciendo el Derecho Pretoriano u Honorario. Que tiene su origen cuando se establece el procedimiento por fórmulas, se conserva el antiguo Derecho, pero lo va retocando para dar protección a los afectados por el mal uso del *ius*, reconociendo relaciones y negocios no amparados por el antiguo Derecho Arcaico. “Perdura, pues el viejo tronco del *ius civile*, como eje y centro del sistema jurídico; pero frente al antiguo formalismo, rigidez y solemnidad que caracterizaba a sus instituciones, se desarrolla el *ius gentium* dotado de caracteres de sencillez, flexibilidad y ausencia de solemnidades; a causa de estas cualidades y por la fuerza imperiosa de la necesidad, muchos de los institutos del *ius gentium* van siendo recibidos por el *ius civile*, a través sobre todo de la actividad jurisdiccional del

² D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 7.

Pretor”³. El Derecho civil es enriquecido por el pretor al ser acogidas nuevas concepciones en su edicto gracias al influjo de los juristas romanos de la época. “Gracias a esta virtud, el Derecho Civil Romano pudo llegar a ser un Derecho Universal, siendo así que su estructura originaria no era concebible más para una pequeña ciudad de labradores”⁴.

Este periodo de evolución del Derecho Romano bajo el influjo del Pretor dura aproximadamente hasta el reinado de Adriano (117-138 AC); etapa que se estanca al ser codificado el Edicto Perpetuo de este emperador.

Paralelamente a este fenómeno de creación jurídica, se desarrollo otro de naturaleza política. Poco a poco, todas las atribuciones soberanas se concentran en la persona del emperador, quien pasa a ser la única fuente legislativa. “Esto no implica necesariamente una decadencia en el Derecho. Antes bien, cabe señalar que el príncipe confiere el *ius respondendi* a los más destacados juristas de la época: Labeón, Próculo, Capitón, Sabino, Celso Nerva, Javoleno, Papiniano, Pomponio, Ulpanio, Paulo y Modestino. Todos ellos gozan de la facultad de emitir dictámenes vinculantes, pero *ex auctoritate principis*”⁵.

³ Alvarez, Ursicino, “Curso de Derecho Romano”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 11 y 12.

⁴ D’Ors, Alvaro, “Derecho Romano”, F. Seix Editorial, Barcelona, 1949, pág. 7.

⁵ Cuneo Macchiavello, Andrés, Tesis para optar al grado de Abogado, “Evolución de la Obligación y sus Fuentes en la Historia del Derecho Romano”, Valparaíso, 1965, pág. 37.

Lo que marca el fin de la época clásica es que el Derecho Romano ha pasado a ser un ordenamiento para un Estado universal, porque ya tiene principios y normas que lo habilitan para dar una estructura jurídica adecuada a las nuevas necesidades históricas de esta nueva Roma. Con el edicto de Caracalla, que concede la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, este cambio se hace definitivo; pues se dieron las condiciones necesarias para que los derechos de los estados conquistados ejerzan algún tipo de influencia en el Derecho Romano.

Luego de esta evolución en el Derecho y junto con el reinado del Emperador Dioclesiano, se da por terminado el período clásico del Derecho Romano.

CAPITULO II: LA OBLIGACIÓN Y LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO.

1.- La Obligación

“En el derecho de obligaciones moderno se halla dominado por el principio de la libertad contractual...”⁶. Pero, en cambio, en el Derecho Romano Antiguo y en cierta medida en el Clásico, tenemos que sólo podía nacer una obligación válida en la medida que fueran respetadas ciertas formalidades típicas, para obtener algunas de las finalidades contractuales que el ordenamiento jurídico protege. “Pero ya en la época clásica el sistema de fuentes de obligaciones típicas del derecho romano, sobre todo por el entrecruce de negocios de tipo material y de tipo formal (compraventa, arrendamiento, préstamo, etc., de una parte, y estipulación, de otra), dejaba margen a una libertad de movimientos suficiente para un comercio jurídico desarrollado”⁷. El concepto de contrato en sentido abstracto no se conoce en el derecho romano. “... los juristas romanos consideran como contrato

⁶ “... lo que significa que los ciudadanos gozan, por regla general, de la libertad de establecer obligaciones contractuales de cualquier contenido y en la forma que deseen. La convención simple es hoy causa suficiente de obligación”. Jörs, Paul, “Derecho Privado Romano”, Editorial Labor, Barcelona, 1965, pág. 268.

⁷ Jörs, Paul, obra citada, pág. 268.

exclusivamente las relaciones negociales obligatorias con plena validez jurídica y que producen, por ello, una obligación sancionada por el llamado *ius civile*⁸.

Teniendo en mente lo anterior, hallamos que en el Derecho Romano no podemos encontrar claramente formulado el concepto de derecho subjetivo. “Frente a un esquema de este tipo, no importa tener el derecho, lo esencial es tener la acción”⁹. Podemos decir que la existencia de una obligación está determinada por una acción civil o una pretoria (*in factum*). “Puede decirse entonces que alguien está en verdad obligado si aparece sujeto a una acción. Quien cree tenerla con respecto a alguien debe alegar ante el pretor unos hechos anteriores y, bien se deje o no constancia de ellos en la *intentio* de la fórmula, según sea o no ésta causal, o en la *demonstratio*, en todo caso el actor tiene la carga de probarlos ante el juez”¹⁰.

Esto ocurre en el Derecho Romano Clásico. El pretor, sea urbano o peregrino, aplique el *ius civile* o el *ius honorarium*, debe examinar los hechos concretos de un caso particular, no buscando la existencia o inexistencia del derecho que se pretende, sino si la situación de hecho correspondiente está amparada por el Edicto. No se define la acción, como nosotros la conocemos

⁸ Biscardi, Arnaldo, “Temas de Derecho Romano”, Casa Editorial S.A., Barcelona, pág. 38.

⁹ Cuneo Macchiavello, Andrés, Tesis para optar al grado de Abogado, “Evolución de la Obligación y sus Fuentes en la Historia del Derecho Romano”, Valparaíso, 1965. Pág. 38.

¹⁰ Guzmán, Alejandro, “Derecho Privado Romano”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 701.

en la actualidad, como el derecho deducido en juicio o la facultad que tiene todo individuo de recurrir a la judicatura. “Lo que hay son acciones típicas, dadas especialmente para cada negocio jurídico, para cada hecho concreto que interesan al pretor que sean protegidos”¹¹.

La obligación (*obligatio*) como concepto formulado no existió en Derecho Romano Clásico, “La relación obligacional se da entre un acreedor (*creditor*) que puede reclamar y un deudor (*debitor*) que debe cumplir una deuda”¹². Pero esta definición sólo alcanza para los vínculos sancionados por el Derecho Civil mediante una acción de derecho estricto, no alcanza a los vínculos amparados por acciones *in factum*. “Desde la primera etapa clásica se utiliza el término *obligatio* para designar la relación de deuda (*debitum*) según el derecho civil, es decir, la reclamable por una acción en la se invoca un deber por derecho civil con el término *oportere*”¹³. Por lo tanto, “no hay *obligatio* en las relaciones amparadas por el pretor mediante acciones semejadas al *ius civile in personam*. El deudor por razón de un obligación es *obligatus*; en el campo pretorio se habla de *actio teneri*, de sujeción a la *actio* otorgada por el magistrado”¹⁴.

¹¹ Cuneo Macchiavello, Andrés, Tesis para optar al grado de Abogado, “Evolución de la Obligación y sus Fuentes en la Historia del Derecho Romano”, Valparaíso, 1965. Pág. 38.

¹² D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 411.

¹³ D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 411.

¹⁴ Schulz, Fritz, “Derecho Romano Clásico”, Editorial Bosh, Barcelona, 1960, pág. 434.

No podemos, entonces, hablar de *obligatio* en las acciones *in factum* del pretor; si analizamos esto dentro de los conceptos que manejamos en la actualidad, podemos concluir que el concepto de obligación sólo fue casuístico, no existió un concepto general; lo importante y esencial es tener la acción. No existe, para nosotros, un concepto que signifique conjuntamente a la obligación civil y a la pretoria. Los romanos en el período clásico, no tuvieron conciencia que esto era un problema, porque ellos no teorizaron sobre el concepto de obligación, sólo buscaban soluciones concretas a sus necesidades de justicia.

“...las acciones pretorias conducen como las civiles a una *missio in bona*, sea a causa de indefensión, sea a causa de ejecución de condena. Es posible, pues hablar de «obligaciones» en general, civiles o pretorias”¹⁵.

La *obligatio* puede consistir en un *dare* (dar), hacer propietario o constituir efectivamente un derecho, aumentar el patrimonio del acreedor o rendir unos servicios.

En segundo lugar, en un *facere* (hacer), todos los demás actos distintos a los de *dare* implican un hacer, puede ser un abstenerse de algo (*non facere*).

¹⁵ D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 419.

Y por último, puedo ser un *praestare*, se utiliza para designar la obligación de garantizar, o de responder el mismo deudor de su propia conducta. En realidad, esta obligación es de dar, si se trata de indemnizar, y de hacer, si se trata de prometer una eventual indemnización.

En la clasificación de las obligaciones no hay una teoría general, sino la jurisprudencia clásica se limita a reconocer las diversas figuras existentes.

La obligación natural es aquella en la cual se carece de acción para exigir su cumplimiento. La razón de esta carencia está más en la ausencia de capacidad procesal por parte del acreedor que en un defecto intrínseco de la obligación, como se da, por ejemplo, en las relaciones *filisfamiliae* y entre esclavos de un mismo pater familia. El principal efecto de este tipo de obligaciones es la *solutio retentio*, donde el “acreedor” –que no lo es para el Derecho Civil- tiene el derecho a retener lo pagado, sin que pueda el “deudor” repetirlo.

Por otro lado, también se formulan otras distinciones entre obligaciones divisibles e indivisibles, genéricas y específicas, obligaciones alternativas, parciarias, cumulativas y solidarias.

Las obligaciones divisibles son aquellas cuyo cumplimiento o ejecución puede realizarse fraccionadamente. Por regla general son divisibles las obligaciones de *dare* e indivisibles las obligaciones de *facere*.

La obligación genérica es aquella donde la prestación recae sobre objetos no determinados individualmente. En la específica recae sobre objetos ciertos, individuales y concretos.

Obligaciones alternativas son aquellas en que el deudor ha de cumplir una sola prestación entre dos o más opciones o alternativas. “...los autores no están de acuerdo si se trata de una obligación única de pluralidad de objetos o de pluralidad de obligaciones de objeto singular. La elección puede corresponder al deudor o al acreedor según lo convenido”¹⁶.

Es parciaria la obligación cuando existe pluralidad de sujetos y cada acreedor o cada deudor es independiente de los otros en la satisfacción de la prestación. Cada titular y obligado exigen y deben su fracción.

Hay obligación cumulativa cuando uno o varios deudores se encuentran vinculados frente a uno o varios acreedores, estando obligados al total de la deuda, sin que el pago realizado a alguno de ellos o por alguno de ellos, extinga

¹⁶ Cuneo Macchiavello, Andrés, Tesis para optar al grado de Abogado, “Evolución de la Obligación y sus Fuentes en la Historia del Derecho Romano”, Valparaíso, 1965. Pág. 43.

la obligación. Ésta se diferencia de las obligaciones solidarias que se dan entre pluralidad de sujetos, activos o pasivos en que la deuda se extingue por el pago hecho a algunos de los acreedores o por algunos de los deudores.

Las obligaciones nacen para ser extinguidas con su cumplimiento, “y justamente en este cumplimiento que las extingue está su utilidad”¹⁷. El cumplimiento de las obligaciones de dar se llama *solutio* y el de las de hacer se les llama por el contenido especial de cada caso. Pero a veces es necesario exigir el cumplimiento de las obligaciones cuando no son satisfechas, para ello el Derecho Romano Clásico tiene variadas acciones civiles; las cuales son completadas con unas acciones *in factum* dadas por el pretor, las que figuran en su edicto. Y en cierta medida estas últimas van completando y desplazando a las civiles por no adaptarse a la nueva fisonomía del Derecho Romano.

2.- Las Fuentes de las Obligaciones.

Ya vimos que quien crea ser acreedor con respecto a alguien debe alegar ante el Pretor unos hechos anteriores. Estos hechos podemos denominarlos fuentes de las obligaciones (en el sentido de causa eficiente). Como también vimos, en el sistema romano clásico la preeminencia la tiene la

¹⁷ D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 414.

acción, lo cual determino que los juristas no llegarán a formular un sistema expositivo de tales fuentes o causas, "...estudiaban primordialmente las acciones, y solo como consecuencia de ello es que se ocupaban en determinar las condiciones de hecho (es decir, las causas o fuentes, que pueden estar o no reconocidas por el *ius civile*) que hacen procedentes las acciones"¹⁸.

Tenemos, entonces, el problema que los juristas clásicos no conocieron "...propriadamente un sistema de fuentes o causas de las obligaciones, sino un sistema de acciones obligacionales"¹⁹. Por lo tanto, nos enfrentamos a una situación donde los juristas no elaboran una teoría sino sólo dan soluciones concretas a los problemas que en "realidad" ocurren, no como en nuestros tiempos donde todo se trata de teorizar, de buscar su metafísica.

Al Preguntarnos sobre las fuentes de las obligaciones, estamos analizando qué hechos y qué negocios jurídicos aparecen reconocidos en la fórmula como generadores de obligación, ya sea civil o pretoriana.

¹⁸ Guzmán, Alejandro, "Derecho Privado Romano", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 701.

¹⁹ Guzmán, Alejandro, obra citada, pág. 701.

CAPITULO III: EL SISTEMA DE FUENTES DE LAS OBLIGACIONES GAYANO

Gayo²⁰ es el primer jurista que intenta una clasificación o sistematización de las fuentes de las obligaciones. Para ello usó una tricotomía de todo el derecho: *personae*, *res* y *actiones*, donde incluye las obligaciones en la parte de res como incorporales, así pudo separar a las fuentes de las obligaciones de sus acciones.

En su ensayo más extendido Instituciones (*Institutiones*), encontramos la base de sus ideas. Afirma que todas las obligaciones son de dos especies: nacen de un contrato (*ex contractu*) o nacen de un delito (*ex maleficio*)²¹.

Explica que hay cuatro categorías de obligaciones que nacen de un contrato:

“... ya que una obligación es contraída por la cosa (*re*), por palabras (*verbis*), por escrito (*litteris*) o por el consentimiento (*consenso*)”²².

²⁰ Gayo fue un jurista de la época clásica del Derecho Romano, específicamente del período de los Antoninos (siglo II D.C.). Además de su aporte al Derecho Romano, se distingue por ser el único jurista del cual se conserva una obra prácticamente completa. DERECHO ROMANO. El Derecho Romano y su perspectiva en ordenamientos jurídicos posteriores. 2003 [en línea] <http://www.santiagoapostol.net/latin/derecho.html> [consulta: 9 de diciembre de 2004].

²¹ Gai. 3,88.

En primer lugar, aparecen los contratos reales, donde la obligación se contrae por una cosa (*re*). El mutuo vendría a ser el contrato más representativo de esta categoría. “La entrega de un préstamo mutuo propiamente dicho es el préstamo de las cosas que se pesan, se enumeran o se miden, tales como el dinero amonedado, el vino, el aceite, el trigo, el bronce, la plata, el oro. Cuando enumeramos, medimos o pesamos tales cosas las damos a fin de que ellas sean propiedad de quienes las reciben aunque éstos no nos devuelvan los mismos objetos que hemos prestado sino otros de la misma naturaleza. Por esto, este género de préstamos es calificado de *mutuo*, porque lo que ha sido así dado por *mí* a *ti* cesa de ser *mí* para volverse *tuyo*”²³.

Dentro de estos contratos, Gayo, incluye el pago de lo no debido (*indebitum solutum*). Él mismo deja la duda sobre el carácter contractual que tendría esta figura: “Pero esta especie de obligación no parece comportar lazo contractual, pues quien da con la idea de desquitarse desea más bien desligarse de un asunto que ligarse”²⁴.

Aquí llama mucho la atención la omisión de ciertas figuras que tienen carácter real, como la prenda, el comodato, el depósito y la fiducia.

²² Gai. 3, 89.

²³ Gai. 3, 90.

²⁴ Gai. 3, 91.

Luego encontramos los contratos verbales, donde se contrae por palabras solemnes. Aquí se encuentra la *stipulatio* y la *dotis dictio*. En este tipo de negocios no existe una *datio* inicial que obligue a restituir, sino la celebración de un negocio por palabras solemnes.

Más adelante tenemos los contratos literales, donde la obligación nace por escrito, bajo la forma de deudas comportando transferencia por juego de escrituras (*transscriptio nominis*). Gayo, explica que hay dos clases de transferencia, de prestación a individuo (*a re in persona*) y de individuo a individuo (*a personan in personam*).

“La transferencia de prestación a individuo se hace en el caso, por ejemplo, en que yo te llevo en gasto lo que tu me debes de una compra, de una locación o de una participación.

La transferencia se hace de individuo a individuo en que yo te llevo en gasto lo que Titio me debe, es decir si Titio te ha delegado a mí en su lugar”²⁵.

Como dice Gayo, una obligación parece nacer también, por el hecho de quirogramas y de singramas (*chirographa* y *syngrapha*), que vendrían a ser otro tipo de contrato literal. “...de escritos porque se reconoce una deuda actual o

²⁵ Gai. 3, 129-130.

futura, esto, bien entendido, lo mismo si no interviene a este respecto estipulación; este género de obligaciones es propio de los extranjeros”²⁶.

Por ultimo, tenemos las obligaciones que nacen con el solo consentimiento mutuo de las partes: “Las obligaciones nacen por consentimiento mutuo en materia de compraventa, de locación, de sociedad, de mandato”²⁷. Acá no se exigen palabras ni escritos especiales, solo basta la voluntad de ambas partes para darle vida jurídica al negocio que se trate.

Para Gayo estos contratos tienen explicación en que: “En este género de contratos una de las partes está obligada hacia la otra en virtud de la prestación que la otra parte debe proporcionarle *ex aequo et bono*,...”²⁸.

Veremos sucintamente cada uno de los tipos de contratos que Gayo considera como consensuales. Empezando por la compraventa (*emptio venditio*).

“Hay contrato de compraventa cuando se ha convenido el precio, incluso si el precio no ha sido aún pagado o haya sido dado arras, pues lo que es dado

²⁶ Gai. 3,134.

²⁷ Gai. 3,135.

²⁸ Gai. 3,137.

a título de arras es una prueba que la compraventa ha sido concluida”²⁹. “El precio debe haber sido determinado”³⁰.

“El precio debe ser descontado en dinero...”³¹. Sobre este punto, Gayo, nos advierte que existe una discusión sobre si el precio puede ser otra cosa que dinero. En esto tenemos dos opiniones: “la opinión común de que la compraventa puede ser hecha bajo forma de trueque y que esta especie de compra y de venta sería la más antigua... ..Los autores de la escuela opuesta no están de acuerdo y consideran que el trueque no equivale a la compraventa, porque sería imposible decir en caso de trueque qué cosa ha sido vendida y qué cosa dada en pago, y que inversamente sería absurdo decir que cada una de las dos cosas ha sido vendida y dada en pago”³².

Después tenemos el arrendamiento (*locatio conductio*) y algunas discusiones sobre la naturaleza de algunos negocios en que se duda si hay compraventa o arrendamiento, negocios que ahora conocemos como contrato para la confección de una obra material, que dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso será una compraventa o un arriendo.

²⁹ Gai. 3,139.

³⁰ Gai. 3,140.

³¹ Gai. 3,141.

³² Gai. 3,141.

Luego tenemos la sociedad (*societas*), “Podemos entrar en sociedad por el conjunto de nuestros o por un género de negocios determinado...”³³. Esta sociedad que nace solo con el consentimiento, según Gayo, procede solo en el derecho de gentes. Este jurista distingue otro género de sociedad: *ercto non cito* (propiedad indivisa); propia de los ciudadanos romanos, donde las personas que querían formar tal sociedad, debían ir donde el pretor en un busca una acción determinada.

Por último, esta el mandato (*mandatum*). “Hay mandato, que mandamos en nuestro favor o a favor de un tercero; así, si yo he mandado administrar sea mis propios negocios sea los de un tercero, la obligación de mandato se encuentra conclusa, y estamos reconocidos recíprocamente uno hacia el otro de todas las prestaciones que la fe nos encargue”³⁴. Si se nos encarga algún negocio contrario a las buenas costumbres, no se genera obligación alguna. Lo mismo sucede cuando se manda hacer una cosa después de su muerte.

Siguiendo la clasificación gayana, tenemos dentro las obligaciones *ex maleficio*, al “...robo, arrebató de bienes, perjuicio causado, injusticia cometida”³⁵. Tenemos que acotar que, Gayo, sólo trata los delitos civiles con exclusión de los pretorios.

³³ Gai. 3,148.

³⁴ Gai. 3,155.

³⁵ Gai. 3,182.

Con respecto al robo (*rapina*): “Hay robo no solamente por substracción en vía de apropiación, sino, de una manera general, por retención contra la voluntad del propietario de una cosa que no os pertenece”³⁶. Usar la cosa que nos ha sido confiada en depósito constituye robo y, además, si se recibe una cosa para usarla de cierta forma y se le da uno distinto, se obliga como por un robo.

El arrebató de bienes corresponde a lo que en la actualidad conocemos como delito de hurto (*furtum*).

Perjuicio causado es el daño (*damnum iniuri datum*). Para ser obligado por esta figura se necesita un acto injustamente causado, o sea, debe existir el dolo o la falta. Los daños que dan lugar a una indemnización son calculados sobre el valor de la cosa en los treinta últimos días.

Por último, Gayo, al referirse a la injusticia cometida hace alusión a la injuria (*iniuria*). “Hacer injuria no es solamente golpear con el puño bastón o látigo, sino también ultrajar, vender en subaste en provecho nuestro, como si se tratara de un deudor, los bienes de alguien que no nos debe nada, difamar en prosa o en verso, perseguir insistentemente a una madre de familia o a un

³⁶ Gai. 3,195.

adolescente y así sucesivamente”³⁷. “Sufrimos injuria no solamente por nosotros mismos, sino también por nuestros descendientes bajo potestad, por nuestras esposas aunque no estén en nuestra mano”³⁸.

Lógicamente, Gayo nunca habla “del contrato”, menos de contratos reales, verbales, etc., expresiones que son de origen romanística.

Gayo, como vimos, deja de manifiesto su duda respecto del carácter contractual de la *indebitum solutum* (pago de lo no debido), porque aquí no existe la voluntad de producir una obligación. Pero entendemos la razón de su inclusión como contrato real, ya que: “Desde tiempos antiguos, por la entrega, sin formalidades, de la suma prestada nacía la obligación de devolver igual cantidad. Fundamento de la obligación era el cambio patrimonial habido entre el mutuante y mutuario. Visto así este contrato, no se distingue del pago de lo indebido (*indebitum*), pues también en este caso se efectúa un traspaso de numerario entre las partes, que origina un deber de restitución. Por ello no debe sorprender que la obligación nacida del mutuo y la derivada del enriquecimiento injusto (por el cobro de lo no debido) se hicieran efectivas con la misma acción (*condictio certi*)”³⁹.

³⁷ Gai. 3,220.

³⁸ Gai. 3,221.

³⁹ Jörs, Paul, “Derecho Privado Romano”, Editorial Labor, Barcelona, 1965, pág. 270.

También omite ciertas figuras sin razón aparente, las cuales no tienen un claro encuadre en su sistema. Pero en todos estos problemas e incongruencias vemos el afán casi obsesivo del jurista, por reducir todo acto jurídico del cual nazcan obligaciones a su dicotomía ya vista.

Desde el punto de vista del lenguaje técnico de Gayo encontramos la manera de justificar o, mas bien, el argumento más importante a favor de su dicotomía como la clasificación completa de todos los actos jurídicos de los que nacen obligaciones, el que encontramos en su definición como *summa divisio obligationum* (Gai. 3,88). Para Arnaldo Biscardi, *summa divisio* vendría a ser la más general o la mayor de todas las divisiones, así Gayo incluye a todas las obligaciones posibles, sin excluir a ninguna. “Por ello, una tercera categoría de hombres o de cosas, al mismo nivel, no existe. De ahí que, según Gayo, no exista obligación que no nazca de un contrato o de un delito”⁴⁰. Esto se basa en el método dialéctico-deductivo (*genera y species*) que uso para elaborar su obra.

Ahora bien, el Digesto (D. 44,7,4) le atribuye la autoría a Gayo de otra obra: *Res cottidianae*. No hay consenso en la doctrina sobre este punto. “En todo caso, es claro que se trata de una reelaboración de las *Institutiones*

⁴⁰ Biscardi, Arnaldo, “Temas de Derecho Romano”, Casa Editorial S.A., Barcelona, pág. 44 y 45.

gayanas, en la que el orden la materias está cambiando, y acaso realizada en época postclásica”⁴¹.

En esta obra, en efecto, de estar en una dicotomía, como lo es que todas las obligaciones nacen de un contrato o de un delito, pasa a una tripartición: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* (D. 44,7,1,pr).

Tenemos, entonces ahora, que las obligaciones nacen *ex contractu* (por contrato), *ex maleficio* (por delito) o de *proprio quodam iure ex variis causarum figuris* (por un cierto derecho propio en virtud de varias figuras de causas). Se clasifican a las obligaciones nacidas contractualmente en reales, verbales (solemnes) y consensuales, ya no consideras las *litteris* (estaban en desuso para las Institutiones). Dentro de las obligaciones nacidas en *re* se consideran, ahora, el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. Se repiten las obligaciones nacidas *ex maleficio*: hurto, robo, daño e injuria.

Esta nueva categoría, varias figuras de causas, en términos modernos vendría a ser la norma de clausura, es decir, todo lo que no es contrato o delito

⁴¹ Biscardi, Arnaldo, obra citada, pág. 51.

cae en ella. “Ellas constituyen una suerte de “derecho propio” (*ius proprium*) con respecto al contrato y al maleficio, como si dijera algo *sui generis*”⁴².

Dentro de ésta, tenemos, en primer lugar, a la gestión de negocios de un ausente sin mandato suyo, de donde nace la *actio negotiorum gestorum* para cada parte. Aquí la acción mencionada no proviene ni de un contrato ni de un delito con respecto a ninguna de las partes; el gestor no es mandatado por el ausente y no es delito tomar sin mandato la administración de los negocios de otro.

Lo mismo pasa cuando un heredero debe pagar un legado, no se obliga ni por contrato ni delito, ya que el legatario nada contrató con el difunto o con el heredero.

Por último, similar situación pasa con el que recibió lo indebido como pago, que se obliga a restituirlo por haber sido dado como por una *datio* de un mutuo, pero no se puede entender que quien esté obligado por esta causa sea en virtud de un contrato, pues quien pagó lo hizo por error, quiso más que contraer una obligación cumplirla o extinguirla.

⁴² Guzmán, Alejandro, “Derecho Privado Romano”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 705.

En todos estos casos, nos da la apariencia que la obligación nació por un contrato (o como si lo estuvieran por un contrato) (*quasi ex contractu teneri videntur*).

En los delitos se necesita culpa o dolo, dependiendo del caso, para que nazca la obligación, pero existen casos en que nace sin dicha culpa o dolo sino por la sola negligencia o poco cuidado, es lo que nosotros llamamos responsabilidad objetiva. Aquí se da la apariencia de estar sujeto como por un delito (o como si lo estuviera por un delito) (*quasi ex maleficio teneri videtur*).

“Como simple manera de describir la posición ocupada por las figuras lícitas de causas, en cuanto se acercan a los contratos, y por las ilícitas, en cuanto se aproximan a los delitos, Gayo emplea las expresiones *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio*; pero no con un carácter sustantivo sino modal; no se trata, pues de que la tutela sea “un cuasicontrato”, ...se obligan recíprocamente “como por un contrato” o “a la manera de un contrato” (lit.: “casi por un contrato”)⁴³.

Para poder verificar si lo que nos ha propuesto Gayo, corresponde a la realidad histórica del periodo clásico del Derecho Romano, debemos analizar que significó *contractus* (contrato) para la jurisprudencia clásica. Con este

⁴³ Guzmán, Alejandro, obra citada, pág. 707.

elemento podemos descubrir si para los clásicos la construcción gayana es aplicable. Para los postclásicos no hay duda que *contractus* significó la definición que se desprende de los dichos del jurista⁴⁴: “contrato supone un acuerdo o convención entre partes dirigido a crear una obligación”. Este punto lo veremos un poco más adelante, ahora adelantando podemos decir que “Los contratos provistos de acción procesal y sólo ellos eran llamados en la época clásica *contractus*. Por eso el término no corresponde exactamente al moderno ‘contrato’ ”⁴⁵.

⁴⁴ Ver Guzmán, Alejandro, obra citada, pág. 703.

⁴⁵ Jörs, Paul, “Derecho Privado Romano”, Editorial Labor, Barcelona, 1965, pág. 268.

CAPITULO IV: EL SISTEMA DE FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO POSTCLÁSICO

Antes de esclarecer cuales fueron las fuentes de las obligaciones en el período clásico debemos un poco avanzar en el tiempo, para así obtener más datos a la hora de analizar dicha cuestión. Para ello necesitamos, a la vez, contextualizarnos en los cambios producidos en esta nueva etapa histórica.

Aquí el Derecho Romano está marcado por una orientalización, que había empezado con la concesión universal de la ciudadanía romana. El estado toma definitivamente la forma política de una monarquía absoluta, y el emperador es dueño de la vida y bienes de sus súbditos. Se cambia la capital política al oriente, a la ciudad de Bizancio.

El Derecho Romano sobrevive, pero pierde gran parte de su grandeza y genialidad, se pierde su sentido práctico. Ahora los juristas con su acervo cultural heleno, se dedican a construir teorías y conceptualizar las instituciones que suelen desvirtuar, trastocando su primitivo sentido. En esta época surgen los conceptos acabados de ciertas instituciones, como el concepto de obligación.

Aparece, también, la tendencia sistematizadora a través de recopilaciones del Derecho imperial y de la doctrina de los jurisconsultos. Tiene como punto más alto en la labor recopilatoria de Justiniano, que se concreta en el *Codex Constitutionum*, en las Instituciones, en el Digesto y en las Novellas. El problema de todas las recopilaciones, es que su objetivo no es juntar fielmente el material existente sobre el Derecho, sino hacer una síntesis intencionada. Lo que si es verdad es que sin estas recopilaciones nos hubiera llegado sólo el de Derecho Romano Vulgar. “La deformación postclásica sería una necesidad histórica que impediría a la vez la reconstrucción total del sistema del Derecho Clásico”⁴⁶.

Para algunos este proceso es una decadencia del Derecho Romano Clásico, para otros es una evolución necesaria.

En esta época, la acción pierde su carácter típico, pasando a ser solamente un reclamar del poder del Estado para que resuelva la controversia. Se ha transformado en una acción general, esto hace innecesaria la distinción entre *obligatio* y *actio teneri* (aunque sigue existiendo, pero sin importancia práctica), entre el vínculo civil y el honorario, porque es uno mismo el régimen procesal aplicado a todos ellos. “...pierde su carácter sustantivo; el derecho procesal se hace adjetivo. Lo que importa es el reconocimiento del derecho; la

⁴⁶ Cuneo Macchiavello, Andrés, Tesis para optar al grado de Abogado, “Evolución de la Obligación y sus Fuentes en la Historia del Derecho Romano”, Valparaíso, 1965. Pág. 85.

acción se sobre entiende que existe siempre que un derecho es legalmente dado”⁴⁷.

El sistema de fuentes del periodo postclásico tiene como base las ideas que vimos sobre la obra gayana o pseudogayana: *Res cottidianae*. En especial por su tercera categoría de varias figuras, donde hay un evidente desarrollo sistemático. Justiniano, como dijimos más arriba, tiene sus propias Instituciones.

“Justiniano dice haber cuatro especies de obligaciones, ya que éstas “son desde un contrato, o como desde un contrato, o desde un maleficio, o como desde un maleficio” (*aut enim excontractu sunt, aut quasi ex contractu, aux ex maleficio, aut quasi ex maleficio*)”⁴⁸.

Las obligaciones que provienen desde un contrato son de cuatro clases: reales (*re*), verbales (*verbis*), literales (*litteris*) o consensuales (*consensu*). Dentro de las reales tenemos al mutuo, el pago de lo no debido, el comodato, el depósito y la prenda. Dentro de las verbales está la estipulación. En las literales incluye al desusado *transscriptio nominum*. Y, por último, en las consensuales están compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato.

⁴⁷ D’Ors, Alvaro, “Derecho Romano”, F. Seix Editorial, Barcelona, 1949, pág.18.

⁴⁸ Guzmán, Alejandro, “Derecho Privado Romano”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 707. Citando Inst. 3.13.2.

En cuanto a las obligaciones *quasi ex contractu*, se infiere que este tipo de obligaciones no provienen de un contrato, pero, a su vez, tampoco de un delito, por lo que parecen nacer como de un contrato.

Con respecto a la categoría de las obligaciones nacidas *ex delicto*⁴⁹ y *quasi ex delicto*, Justiniano mantiene lo expresado por Gayo.

Este fue el desarrollo de las ideas que vienen de aquella época, las cuales las hemos recibido en la modernidad, han pasado más de mil años y todavía es la misma forma que tenemos de entender las obligaciones. Esto denota la importancia que tiene en nuestra manera de entender el Derecho, el Derecho Romano.

⁴⁹ Hacer notar que Justiniano cambia su terminología al referirse a esta categoría. De *ex maleficio* pasa a *ex delicto*, hay una refinación del concepto de delito.

CAPITULO V: EL SISTEMA DE FUENTES EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

1.- Las Críticas al Sistema de Fuentes Gayano

El sistema de fuentes gayano es, para algunos, muy criticable. Críticas que apuntan a la inexistencia de sus ideas o que éstas no corresponden a la realidad histórica del periodo clásico del Derecho Romano. Más bien, Gayo, habría deformado el real funcionamiento del sistema de fuentes en su clasificación, en su afán didáctico que persigue con ella. Además, fue un jurista que no vivió en Roma, lo que nos hace pensar que está contaminado de elementos extraños a la jurisprudencia clásica. Para D'Ors la clasificación gayana es forzada y deja afuera a algunas figuras sin razón aparente.

Pero esto es una crítica formal, el peso de la crítica está en la cuatripartición que hace Gayo de los contratos, D'Ors ataca la categoría de los contratos reales. Gayo tomó la tripartición de las causas del *creditum* formulada por Cicerón: *datio*, *stipulatio* y *expensilatio* y agregó la categoría de los contratos consensuales. Para él existe contrato real cuando hay *datio*, cuando existe entrega del dominio, con la obligación de restituir. Por tanto aquí tenemos mutuo y la *solutio indebiti*; Gayo así omite a otras formas de contratos reales

(comodato, fiducia, prenda y depósito) porque en éstas no hay una *datio* en el sentido clásico de la expresión (dación de dominio).

Pero como vimos en su oportunidad, en la obra *Res cottidianae*, se agrega la prenda, el depósito y el comodato a la categoría de los contratos reales, dejando afuera a la fiducia por estar en desuso; y saco a la *solutio indebiti*, llevándola a la categoría de varias figuras de causas. “Naturalmente, esta extensión de la *datio*, propia del mutuo, a los nuevos contratos reales, no se pudo producir sin un notable relajamiento del concepto mismo de *datio*, que vino a significar, no ya una adquisición de propiedad, de res en el especial sentido de propiedad sobre la misma, sino una entrega de posesión, como ocurre en el caso de la prenda, o incluso de simple detención, como ocurre en los otros dos casos del comodato y del depósito”⁵⁰.

Así D’Ors afirma que en la época clásica del Derecho Romano, no puede haberse formulado esta categoría de los contratos reales que se caracterizaban por la entrega de la cosa. Pero va incluso más lejos, nos dice, que los llamados contratos reales, no eran contratos, el sentido de esta expresión no les alcanza en su extensión.

⁵⁰ D’Ors, Alvaro, “Derecho Romano”, F. Seix Editorial, Barcelona, 1949, pág. 186.

D'Ors se fundamenta en un texto interpolado de Ulpiano, que muestra el cambio de sentido experimentado por el contrato en la época clásica y las postclásica, al referirse sobre la figura *abrirse in creditum*.

“Solo contraviene a la constitución del Senado el que dio dinero prestado al hijo de familias, no el que (contrato de otro modo, Vg.) vendió, arrendo o contraxo de otra manera; porque el que se les prestase dinero pareció que perjudicase a sus padres...”⁵¹.

Siguiendo a D'Ors, sin la interpolación contrapone la *datio crediticia* a deuda contractual; el texto interpolado iguala ambos tipos de obligaciones porque para los postclásicos ambas deudas son contractuales, el mutuo era tan contrato como el arrendamiento o la venta. Pero para Ulpiano el mutuo no era contrato.

“Así planteados, para los clásicos, el mutuo, la *stipulatio*, y la *expensilatio* eran causas crediticias al igual que la *solutio indebiti*, todas ellas sancionadas por la *actio condictio*, cuya causa no está en un acuerdo contractual, sino en la retención injusta por parte del deudor.

⁵¹ D. 14,6,3,3: Is autem solus senatus consultum offendit qui mutuam pecuniam filio familias dedit, non qui (ALIAS CONTRAXIT, PUTA) vendit, lacavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio perniciose parentibus forum visa est”...

Para los postclásicos, en cambio, la clasificación gayana adquiere un carácter canónico precisamente porque se adapta a la nueva concepción de las fuentes de las obligaciones. Sólo entonces aparece la idea de contrato real que comprende al mutuo, al comodato, al depósito, *creditum* y *contractus*, conceptos que originalmente son antitéticos, se confunden”⁵².

2.- *Creditum* y *Contractus*

Entonces cabe preguntarnos: ¿Qué es *creditum* y qué es *contractus* en el período clásico del Derecho Romano?

Creditum, para D’Ors, viene de *credere*, que es “*certum dare*”, que debemos interpretar como “dar con certeza”. El *creditum* nace porque hay una *datio* que espera con certeza restitución (certeza objetiva), porque existe confianza en que el deudor devolverá lo recibido; significa tener fe en alguien: *fidem alicui sequi*, que es la certeza subjetiva. Estando sancionado por una acción de Derecho Civil, la *actio condictio*.

“Porque aquello que se da no va a confundirse definitivamente en el patrimonio del que lo recibe; para éste, aquello será algo que pertenece al *dans*,

⁵² Cuneo Macchiavello, Andrés, Tesis para optar al grado de Abogado, “Evolución de la Obligación y sus Fuentes en la Historia del Derecho Romano”, Valparaíso, 1965. Pág. 49.

sera aer alienum. La *res credita* espera así restitución, una nueva *datio* en sentido inverso. Obligación crediticia es *dare certum*, la *intentio* de la *condictio* es un *certum dare oportere*⁵³.

Por el carácter de irreivindicable, el *creditum* recae originalmente sobre cosas fungibles, pero, luego, por la *lex Calpurnia* se extiende a las *ceterae res*, cosas individualizadas, objetos ciertos. A la vez, el campo de las obligaciones crediticias se extiende en otro sentido, ahora comprende a las obligaciones emanadas de la *stipulatio* y *expensilatio* o contrato literal, quedando como causas crediticias en definitiva, la *datio*, la *stipulatio* y la *expensilatio*.

“La obligación crediticia es, en la época clásica, un obligación de *dare un certum* (incluso *res certa*, individualmente determinada), que puede nacer de una *datio*, de una *stipulatio* o de una *expensilatio* y está sancionada por la *condictio*, esto es por una acción de derecho estricto y preferentemente unilateral, a la que se aproximan, como cuasi crediticias, las acciones *in factum* propias de la *pecunia constituta*, del comodato y la prenda. La falta de bilateralidad, la falta de reciprocidad en la relación obligatoria es, así rasgo esencial del *creditum*”⁵⁴.

⁵³ D’Ors, Alvaro, “Derecho Romano”, F. Seix Editorial, Barcelona, 1949, pág. 198 y 199.

⁵⁴ D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 202.

Concluimos que *credium* y *contractus* son dos negocios que tienen claramente un distinto ámbito de aplicación, existe una separación esencial. Esta diferencia está puesta de manifiesto por la marcada colocación edictal distanciada. Así también, concluimos que '*contractus*' queda reducido al ámbito de los actos de buena fe bilateral, a los contratos consensuales, en que existe la posibilidad de compensaciones recíprocas con criterio de buena fe equitativa.

“Reciprocidad, responsabilidad por culpa, buena fe, son ideas conexas, propias todas ellas de relaciones contractuales y ajenas a las relaciones crediticias. Y sin embargo también se habla en el *credium de fides*, y se equipara *credere a fidem sequi*. En efecto, la *fides* sigue siendo aquí una lealtad unilateral, como en las relaciones internacionales, cuando se habla, por ejemplo de la *deditio in fidem*, o, en general, cuando se habla de la *fides* del patrono. La *fides* es siempre unilateral. El adjetivo *bona*, al agregarse a *fides* tiene el efecto específico de hacerla recíproca. De este modo, la *fides* es a las relaciones unilaterales del *credium* lo que la *bona fides* es a las relaciones sinalagmáticas del contrato”⁵⁵.

Tenemos así, que 'contrato' en la época clásica es aplicable sólo a los contratos consensuales. Esto hace cuestionar de manera sustancial el modelo dado por Gayo. Nos hace pensar que la clasificación de las fuentes de las

⁵⁵ D'Ors, Alvaro, obra citada, pág. 206.

obligaciones necesita un replanteamiento, si es que realmente queremos comprender a fondo el sistema del Derecho clásico.

Hay otros autores, como Fritz Schulz, que siguen la línea de las ideas que hemos llevado, pero arriba a otras conclusiones. Así, este autor, afirma que *contractus*, para Gayo, como opuesto a delito no puede tener la moderna significación de contrato. Tiene a todas luces una concepción amplia que abarca todas las fuentes no delictuales de obligaciones. Así se explica que Gayo incluya a la *condictio indebiti*, siendo una consecuencia natural de la tripartición que aparece en su atribuido segundo ensayo, con lo cual se excluyen de la primera categoría (contratos) todas las fuentes no convencionales. “Llegamos así a la conclusión de aunque la palabra *contrahere* es usada todavía en la acepción amplia, *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 contraer una obligación”⁵⁶. Entonces Schulz reconoce que la terminología ocupada por Gayo no es adoptada por los juristas clásicos.

Iglesias admite a la clasificación gayana como reveladora del Derecho Clásico, pero señala que la tripartición ya no es una manifestación de este período, sino correspondiente al postclásico.

⁵⁶ Schulz, Fritz, “Derecho Romano Clásico”, Editorial Bosh, Barcelona, 1960, pág. 448.

Tenemos quizás una posición intermedia donde autores como Alejandro Guzmán, hablan del “sistema clásico”, “...no en el sentido de haber sido formulado explícitamente por la jurisprudencia metropolitana, que no lo fue, sino en cuanto, analizada la estructura interna de los diferentes negocios causantes de acción reconocidos por ella y el orden edictal de dichas acciones, resulta posible formular modernamente un sistema expositivo que refleje mejor ambos factores”⁵⁷. Para nosotros esta forma de mirar el sistema de fuentes tiene sólo un fin pedagógico, por lo tanto, con seguridad se desvirtúa la realidad histórica de ese tiempo. Eso sin contar con la influencia de los glosadores postclásicos que desvirtuaron el sistema, como ya lo vimos con anterioridad.

En contrapartida al sistema de Gayo, tenemos el sistema que nos da Alvaro D'Ors, el cual consiste en el análisis del sistema edictal del pretor, con el cual podemos intentar reconstruir el verdadero sistema de fuentes de las obligaciones del Derecho Romano Clásico.

Se le critica al Edicto el no ser sistemático y agrupar las acciones con criterios puramente formales y exteriores. D'Ors se defiende diciendo que eso no dice nada en contra de su separación entre acciones crediticias y acciones de buena fe, ya lo que se distingue son las formulas, lo que depende de criterios formales.

⁵⁷ Guzmán, Alejandro, “Derecho Privado Romano”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 708.

3.- Clasificación de las Fuentes de las Obligaciones en el Derecho Clásico Romano

Como vimos, el derecho clásico presenta una particularidad en el concepto de obligación, donde lo importante no es tener el derecho, sino tener una acción para exigir su cumplimiento. Por ello el derecho clásico exterioriza una serie variada de acciones civiles para exigir el cumplimiento de las obligaciones⁵⁸.

Podemos distinguir, entonces las siguientes clases de acciones civiles⁵⁹:

- a) las acciones penales *i)* de hurto (*actio furti*), *ii)* daño causado (*actio legis Aquiliae*) y similares: *iii)* de *pauperie*, *iv)* de *pastu pecoris*, *v)* de *tigno iuncto*; también la *vi)* *actio rationibus distrahendis* y *vii)* el *iudicium de moribus*; y aún habría que agregar aquí, por su probable origen penal, *viii)* la *actio auctoritatis*;⁶⁰

⁵⁸ “Las acciones para exigir una *obligatio* derivan remotamente de la *manus iniectio*, prototipo de las acciones *in personam*, así como la *legis actio per sacramentum in rem* es el prototipo de las acciones reales. Más directamente, la acción correspondiente a una obligación de *dare certum* en la medida en que no se funda en una *damnatio*, procede de la *legis actio per conductionem*; la que corresponde a una obligación de *incertum*, en la medida en que no se funda en un *delictum*, procede de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 417 y 418.

⁵⁹ Tomado de D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 418.

⁶⁰ Estas acciones civiles tiene causa en un delito, pero no todas ellas son “penales” en el sentido que lo conocemos actualmente.

- b) la *actio noxalis* contra el que reconoce tener *potestas* sobre el autor de un delito;
- c) las acciones no penales pero con litiscrecencia: i) *iudicati*, ii) *depensi*, iii) *de modo agri* y iv) *ex testamento*;
- d) la acción de *debitum certum* sin indicación de causa (*actio certi* abstracta), que conserva el nombre *condictio* cuando se funda en una *datio* que obliga a restituir;
- e) la *actio incerti*, fundada en una *stipulatio incerti* o negocio análogo, incluyendo la *actio operarum (liberti)*;
- f) las *acciones bonae fidei*, bien sea i) las acciones contractuales, que se refieren a un *oportere ex fine bona*, bien ii) su precursora, la *actio fiduciae*, bien otras acciones no contractuales *ex fine bona*, como iii) la *actio tutelae*, o referidas a *quod melius aequius*, como iv) la *actio rei uxoriae*.

Como dijimos en otra parte, además de las acciones civiles (que son de derecho estricto), tenemos también acciones *in factum*, dadas por el pretor antes casos de injusticia en el uso del *ius*. “Estas acciones surgen, desde principios del siglo I a.C., como recurso para la represión de conductas dolosas; la mayoría de ellas tienen carácter penal, pero algunas llegan a aproximarse a las acciones crediticias o las contractuales, y en algún caso dan ocasión a la creación de una acción *ex fide bona*; en todo caso, siempre

conservan su carácter delictual: sancionan una conducta inconveniente más que el incumplimiento de una obligación convencional”⁶¹.

Estas acciones, *in factum*, a veces vienen a reemplazar a algunas acciones civiles que eran inadecuadas.

Este cuadro de acciones es completado por acciones *in personam*, que por lo general en la época clásica aparecen como acciones *extra ordinem*, “... y es probable que todas las acciones introducidas con posteridad al Edicto pretorio no sean acciones con fórmula, sino de la *cognitio*”⁶².

“Los juristas metropolitanos, en cambio, el cuadro de fuentes lo miraban desde el punto de vista de las acciones y de su estructura interna, mejor que desde la perspectiva de las figuras negociales y de los hechos generadores de obligación. Unas y otros aparecen en la medida de la acción y constituyen, por lo tanto, un punto de llegada y no de partida. Con tal criterio, el panorama se nos presenta distribuido primariamente entre acciones civiles unilaterales de *debitum certum* (*condictio certi-atio certi ex testamento*), a las que se agregan las pretorias similares a la *condictio* (*actio commadati* y *pigneraticia* personal),

⁶¹ D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 419.

⁶² D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 419. Aquí D’Ors, además, nos da ejemplos de estas acciones *in personam* que pasan a ser *extra ordinem* “Así ocurre, p. ej., con la *accusatio suspecti tutoris* (en lugar de un antiguo juicio público), y con la *accussatio ingrati liberti* introducida probablemente por la ley Elia Sencia; la obligación gravado con un fideicomiso fue exigible tan sólo con *extra ordinem*. Tal carácter tenían también las acciones personales en las provincias”. Nota a pie de página § 357. 1.

civiles unilaterales de *incertum* (*actio incerti-actio incerti ex testamento*), bilaterales o *ex bonae fidei y poenales*⁶³. El profesor Guzmán, agrega que es un imposible renunciar al modo gayano de entender las fuentes de las obligaciones, buscando en las causas de cada acción para llegar a los negocios y situaciones que la generan⁶⁴.

D'Ors nos dice que el cuadro de acciones civiles se completa con las acciones pretorias y extraordinarias.⁶⁵... quedan cuatro grupos de acciones personales para estudiar a continuación: las acciones penales (I), por préstamos (II), que dan lugar a la *actio certi* (*condictio*) y otras acciones pretorias, por estipulaciones (III), sancionadas por la *actio certi o incerti*, según sean de cosa determinada o no, y por contratos (IV), de los que nacen acciones de buena fe, completadas por algunas acciones pretorias⁶⁶.

⁶³ Guzmán, Alejandro, "Derecho Privado Romano", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 725 y 726.

⁶⁴ Guzmán sigue diciéndonos: "Atendiéndonos al criterio de Gayo sólo en cuanto busca las figuras, mas no en cuanto a su personal clasificación de las mismas, y en coordinación con lo dicho hasta el momento acerca de las acciones, el elenco de figuras causales obligacionales que mejor se adapta a la estructura del derecho clásico es aquel que distingue entre daciones (que fundan la *actio condictio certi*) y entregas (que causan las acciones del comodato y la prenda), que obligan a restituir; las estipulaciones (que originan la *condictio certi* o la *actio incerti*); el legado *per damnationem* (el cual funda la *actio ex testamento certi o incerti*); los contratos y relaciones de buena fe (que dan origen a las acciones *ex bona fide* y similares); y los delitos (civiles y pretorios). Por cierto, este cuadro fundamental de *causaese* ve completado por algunas autónomas especiales (como la *expensilatio*)". Guzmán, Alejandro. Derecho Privado Romano, Tomo I, Pág. 726.

⁶⁵ Aquí D'Ors deja algunas acciones de lado en razón de su objeto.

⁶⁶ D'Ors, Alvaro, "Derecho Privado Romano", Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 420.

Tenemos entonces la clasificación de las fuentes de las obligaciones civiles y pretorias: delitos, préstamos, estipulaciones y contratos⁶⁷. Adaptando esta clasificación al sistema clásico, quedaría así: fuentes delictuales y convencionales, y dentro de la última tenemos obligaciones crediticias y contractuales. Veremos en primer lugar los delitos.

3.1.- Obligaciones Delictuales.

“La ley puede regular de diversa manera la cuestión de los delitos: puede el legislador adoptar el criterio casuístico de enumeración de los hechos que estima como delitos o comprender todos los supuestos de delitos en un tipo general único, prescribiendo que toda lesión de derechos ajenos origine para su autor la obligación de resarcimiento o de pago de una pena. El criterio casuístico es el más primitivo, y como los romanos distinguían por su apego a la tradición, no puede extrañar que en todas las etapas de su historia predominara”⁶⁸.

No existe, en la época clásica, un concepto general, al igual que en el de obligación, que comprenda a todos los delitos, su concepto es casuístico. Se trata aquí de “obligaciones que nacen de actos perseguibles, en virtud de una

⁶⁷ “... esta clasificación no aparece enunciada en las obras escolásticas antiguas y modernas, pero corresponde a la realidad del sistema clásico de formas de obligarse y sus acciones correspondientes”. D’Ors, Alvaro, Pág 420.

⁶⁸ Jörs, Paul, “Derecho Privado Romano”, Editorial Labor, Barcelona, 1965, pág. 271 y 272.

ley o del Edicto pretorio, con un juicio penal ordinario: estos actos se llaman *delicia*, en contraposición al ilícito que da lugar a un juicio público o *crimen*⁶⁹.

“Los *delicia* pueden dar lugar a acciones «penales» cuyo objeto es una cantidad de dinero que, a modo de castigo, el autor del daño debe pagar al reclamante que lo ha sufrido: *poena*”⁷⁰.

Debemos distinguir los actos que generan una acción civil de aquellos que sólo generan una acción pretoria, consecuencia de la separación que vimos entre el *ius civile* y el *ius honorarium*.

Los delitos del Derecho Civil son fundamentalmente los mismos del ordenamiento antiguo, estando sancionados por acciones que persiguen generalmente el múltiplo del daño causado. Esto hace la diferencia con el sistema primitivo, ya que reemplaza la ley del talión con la evolución a una tasación legal, por una pena variable dependiente de la estimación judicial.

⁶⁹ D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 423. En el § 360. 1., aclara D’Ors que estas acciones nacidas de delito suelen ser “privadas” también en el sentido de que sólo la parte interesada puede promoverlas, pero existen algunas pretorias que son “populare”, como ej.: *actio de albo corrupto, sepulchri violati, de positis vel suspensis*, etc.. Son populares en el sentido que cualquier persona puede promoverlas, que lucra con la pena impuesta en la sentencia.

⁷⁰ D’Ors, Alvaro. obra citada, pág. 424. D’Ors nos sigue explicando “En el derecho primitivo, el delito da lugar a la venganza lícita, pero se permite la composición convencional que impide la venganza, como precio de la renuncia a la venganza por parte del ofendido; así, en la expresión decenviral (8,2) «*ni cu meo pacit*». Esta sustitución de la venganza por la *poena* pecuniaria se llega a hacer obligatoria por imposición legal; la Jurisprudencia acaba por ver una *obligatio* cuyo objeto es la *poena*”.

La acción que sirvió de base para el desarrollo jurisprudencial en la época clásica, fue la *actio legis aquilia*, que sanciona el *damnum iniuria datum*.

Los delitos presuponen la malicia de quien los comete (*scientia dolo malo*), por ello no es capaz de delinquir quien no es *capax doli*⁷¹.

“Por su tipificación, el *damnum* exige, en primer lugar que el resultado dañoso se produzca por un actuar del agente, directamente sobre la cosa, excluyéndose en esta forma la responsabilidad por omisión. Pero, además, la descripción legal exige que el daño sea producido injustamente, exige un juicio de reproche de la conducta del agente, su conducta debe ser culpable por dolo o por negligencia.

En base a esta distinción, la jurisprudencia clásica podrá elaborar la teoría de la culpa extracontractual, que más adelante pasará al campo *negocial*”⁷².

Los delitos de *ius civile* son, por lo general, agravios privados, bien de carácter patrimonial, por sustracción (*furtum*) o daño (*damnum*) de cosas ajenas, bien de carácter personal, por lesiones corporales u ofensas morales, las cuales tienen un vocablo genérico de *iniuriae* dentro de los juristas clásicos.

⁷¹ D’Ors nos aclara: “El dolo no es un requisito que haga falta probar, sino un elemento objetivamente implícito en el delito legalmente tipificado”. D’Ors, Alvaro. obra citada, pág. 426 § 361. 1.

⁷² Cuneo Macchiavello, Andrés, Tesis para optar al grado de Abogado, “Evolución de la Obligación y sus Fuentes en la Historia del Derecho Romano”, Valparaíso, 1965. Pág. 53.

En los delitos pretorios encontramos varias figuras de ilícito penal sancionadas por acciones formuladas *in factum* como, por ejemplo, la acción contra el juez que dicta sentencia en fraude de las leyes; se sancionan un serie de conductas que significan atentados contra el patrimonio o la integridad de las personas: *positum et suspensum, effusum et deictum*; algunas conductas ilícitas que inciden en la celebración de actos jurídicos:

La violencia: para poder sancionarla, el pretor Octavio, en 79 A.C. crea una acción penal de carácter recisorio respecto del acto celebrado bajo presión. A través de *actio quod metus causae* se sanciona la fuerza moral por el cuádruple, formulada *in factum*. También se crea la excepción “*metus causae*”, destinada a eximir del cumplimiento de la obligación contraída bajo el influjo de la fuerza moral.

El engaño (*dolos malus*): sancionado a partir del año 66 A.C. por una acción penal recisoria con efecto infamante.

Fraude a los acreedores: consiste en el empobrecimiento del deudor con el objeto de burlar los derechos de los acreedores.

“Características generales de las acciones penales, civiles o pretorias – aunque no todas ellas constantes en todos los delitos– son: a) la cumulatividad, b) la intransmisibilidad pasiva y c) la noxalidad:

a) Las acciones penales son acumulables en el sentido de que, si son varios autores del delito, debe pagar cada uno de ellos la pena entera; también en el sentido de que, cuando se trata de acciones penales puras, que no contienen en la pena el resarcimiento, son éstas acumulables con la acción por la indemnización del (acción reipersecutoria), en tanto las que implican ya la indemnización (asciendan o no a un múltiplo) se hallan en concurrencia alternativa con las reipersecutorias.

b) Todas las acciones penales son pasivamente intransmisibles: sólo el autor del delito responde de él, no sus herederos, aunque, en algunos casos, el Pretor da contra los herederos acciones por el lucro obtenido. La acción por lesiones (*actio iniuriarum*) u alguna más (que afectan a la persona más que al patrimonio) son activamente intransmisibles.

c) Todos los delitos pueden dar lugar a una *actio noxalis* cuando han sido cometidos por un persona sometida a potestad, de modo que el que la tiene en su potestad, al ser demandado por la acción noxal, puede liberarse de responsabilidad dando al que cometió del delito”⁷³.

⁷³ D’Ors, Alvaro, Pág 428 y 429.

En la acción penal tiene un claro efecto social, el cual se traduce en un efecto infamante en la persona o personas que cometieron el delito o los delitos.

Como otra característica tenemos, que las acciones del Derecho Civil son perpetuas (*acciones perpetuae*), las pretorias son de duración restringida, por regla general, de un año. Pero después de la *litis contestatio* desaparece este plazo.

En el Derecho Clásico distingue, aunque se confunden con posterioridad, la acción penal de la *reipersecutoria*. En la primera, el objeto es perseguir la indemnización del daño causado y, en la segunda, tiende a la recuperación de la cosa.

“El cuadro de las obligaciones nacidas de delitos, tal como se nos presenta en el derecho clásico, es eminentemente pretorio y no civil, sin embargo, se conservan acciones civiles en el caso del hurto y en el de daños; en otros casos, como ocurre con el delito de lesiones, la nueva acción pretoria (*actio iniuriarum*) sustituye a las antiguas civiles; pero con mucha frecuencia se trata de actos delictivos tipificados sólo por el derecho pretoria, y que, por lo tanto, no son fuente de *obligatio* en sentido estricto”⁷⁴.

⁷⁴ D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 430.

Entonces se distinguen los delitos de hurto y similares, de daños, de lesiones, y otros delitos varios de derecho pretorio⁷⁵.

Delitos de hurto. Consiste en el apoderamiento ilícito y clandestino de una cosa mueble ajena, contra la voluntad de su propietario. El *furtum* es un delito privado que da lugar a una *obligatio penal*.

Delitos de daño. *Damnum* consiste propiamente la pérdida que sufre un propietario por detrimento de una cosa que le pertenece.

Delitos de lesiones. Las *iniuriae* se refieren a las lesiones inferidas sobre personas libres, en su integridad personal, tanto física como moral.

3.2.- Negocios Jurídicos

Aquí es donde consideramos que la clasificación de Gayo es inadecuada respecto del Derecho Clásico. “Es necesario volver a la distinción clásica entre negocios crediticios y negocios contractuales, distinción sin la cual el sistema romano clásico de las obligaciones... ha quedado incomprendido, pero que

⁷⁵ Una exposición y análisis detallado de cada una de estas figuras escapa al objeto de este trabajo.

presenta además un nuevo punto de vistas para la recta consideración de las transformaciones del Derecho Civil de nuestros días”⁷⁶.

Entonces por un lado tenemos las obligaciones crediticias y las obligaciones contractuales, distinción que aparece en el orden del edicto pretorio. Donde las primeras están sancionadas procesalmente por la *actio condictio* de Derecho Civil (derecho estricto) y las segundas están sancionadas por acciones de buena fe.

Ahora nos toca preguntarnos ¿Cuáles son los negocios que crean una obligación crediticia? Ya sabemos que la obligación crediticia está sancionada por *actio condictio*. Así tendríamos dentro de esta categoría a las daciones crediticias (prestamos), estipulaciones (*stipulatio*) y el acto solemne escrito.

A) Prestamos

“La acción crediticia es la *actio certi*, la cual aparece con el nombre de *condictio* siempre que se refiere a la obligación de *dare* fundada en una previa *datio*, es decir, cuando se trata de recuperar la propiedad dada, pero retenida injustamente por el demandado”^{77 78}.

⁷⁶ D’Ors, Alvaro, “Credutum y Contractus”. Anuario de Historia del Derecho Español, 1956, pág. 207.

⁷⁷ D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 447.

Aquí, por el mismo concepto de *datio*, visto más arriba, exige que se realice una entrega en dominio al deudor, no sirve en posesión o en mera detentación. Aquí el deudor es propietario de cosa ajena. “Esta aparente contradicción es precisamente la que explica la situación prevista por la *condictio*; una expresión muy exacta de la misma tenemos en el término *aes alienum* para designar el dinero prestado, lo que constituye el prototipo del *creditum*; aplicado a las cosas específicas, esta propiedad ajena resulta más paradójica pero no menos ajustada a las ideas fundamentales del *creditum*”⁷⁹.

La *condictio* tiene un carácter abstracto, lo que quiere decir que en la fórmula no se indica la causa del crédito, sólo su objeto⁸⁰. Este carácter permite que la misma acción sirva para distintas causas de crédito.

Además de la *datio*, tiene que existir una retención injusta de la propiedad ajena, porque es propiedad debida al acreedor. Mientras existe la obligación crediticia, el dueño actual del objeto es el deudor, y de allí que el acreedor no puede reivindicar.

⁷⁸ “La fórmula era la siguiente: “*Si paret Nm. Nm. X sestertiorum (u hominem Stichum) Ao. Ao. dare oportere, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. X sestertiorum (o quanti ea res est) condemnato; si non paret, absolvito*”. D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 447. § 362 2.

⁷⁹ D’Ors, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1960, pág. 282 y 283.

⁸⁰ “Que la acción es abstracta quiere decir que en su fórmula no se indica la causa del *oportere*, pero esto no implica que la obligación misma sea abstracta, pues, al no depender de un acto formal, el demandante debe probar la causa, es decir, la *datio* causal; p. ej., en la *condictio* por mutuo, el demandante deberá probar la entrega en préstamo de la cantidad reclamada. D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 448.

En el Derecho Romano Clásico, encontramos varias formas de daciones crediticias que no son contractuales, y en muchos casos, ni siquiera convencionales.

Mutuo o *Mutui Datio*.

Es el prototipo de los negocios crediticios. “Por él una persona llamada mutuante procura a otro llamado mutuario la disponibilidad de una cantidad de dinero u otro género, con la obligación por parte del que recibe de restituir otra cantidad igual del mismo género”⁸¹.

Aquí ni el mutuario ni el mutuante se empobrecen. Ya que el primero adquiere como propietario la disponibilidad de lo recibido, pero su patrimonio no se enriquece, pues debe; y el segundo no se empobrece, pues adquiere un crédito (*nomen*) en lugar de la cantidad entregada al mutuario.

El mutuo es gratuito a menos que se estipulen “especialmente” unos intereses del capital prestado. Si son pactados simplemente, éstos no pueden ser exigidos, pero si el mutuario los ha pagado voluntariamente, el mutuante tiene una *exceptio* para retener dicho pago. Este mutuo con intereses (*usurae*) se llama *fenus*.

⁸¹ D’Ors, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1960, pág. 283.

La obligación de mutuario se encuentra sancionada por la *actio condictio*, que respecto del dinero se designa como “*actio certae creditae pecuniae*”, y si se trata de otras cosas fungibles por la “*condictio certae rei*”⁸².

Dationes Ob Rem

Son daciones para obtener algo, una contraprestación. “Algo lícito, que podría ser objeto de una obligación; pero, al no haber propiamente un contrato, el *accipiente* no se obliga a hacer o dar nada: no puede hablarse propiamente de contraprestación, pues no hay acción para conseguirla. Sin embargo, como la causa para retener la propiedad recibida está precisamente en haber realizado lo convenido, si esto convenido no se realiza, la retención queda sin causa y entonces procede la *condictio* recuperatoria de lo dado”⁸³.

La diferencia entre esta dación y el mutuo es que en la primera la restitución es subsidiaria al cumplimiento de la prestación esperada, porque se está dando, no en virtud de dicha restitución, sino para recibir una prestación distinta. Después con Justiniano esta figura pasa a ser contractual, integrando la categoría de los contratos reales innominados⁸⁴.

⁸² Llamada posteriormente por el derecho justinianeo “*condictio tricarī*”.

⁸³ D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág 458. No se trata de una dación condicional, pues el efecto traslativo no se difiere, sino que es inmediato. Algunos ejemplos de *dationes ob rem* en la pág. 459.

⁸⁴ D’Ors nos aclara el concepto de contratos innominados diciéndonos: “...aquellos convenios de obligarse recíprocamente que, al no coincidir con los contractuales tipificados por el derecho clásico como

Dationes Ob Causam

En este caso, no se da *ob rem* para conseguir una contraprestación, sino que se da *ob causam* porque esta *datio* es la consecuencia de un acto jurídico anterior que ha resultado fallido, quedando el demandado sin causa para retener la propiedad. “La causa inmediata para dar la propiedad existió, pero, al fallar después la causa remota, la *datio* no quedó por eso anulada (como si se hubiese dado sin causa), sino que el accipiente debe restituir por carecer de causa para retener”⁸⁵.

Como ejemplos pensemos en la *mancipatio* de una cosa en virtud de una dote y el matrimonio no se realiza, o el pago de lo no debido (*solutio indebiti*). Aquí, propiamente procedería la acción reivindicatoria, pero por haberse empleado un modo abstracto de adquirir el dominio, o por haberse generado éste por usucapión, o finalmente, por tratarse de cosa genérica, no es posible la interposición de aquel recurso procesal.

tales contratos (de buena fe), no podían obligar por si mismos, pero si obligaban desde el momento en que una de las partes se adelantaba a cumplir lo convenido; en este sentido, los contratos innominados son contratos «reales» y no «consensuales». D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 460.

⁸⁵ D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 461.

Dationes Ex Eventu

“Llamamos así a una serie de casos en que se da la *condictio* recuperatoria aunque no haya habido, por parte del ahora demandante, una *datio* inicial y voluntaria que permita hablar de *creditum*, ya sea i) por falta de propiedad en el causante, o por falta ii) de forma, o iii) de voluntad para transferir la propiedad; en fin v) cuando se produce un efecto adquisitivo como correlativo de haberse hecho imposible la reivindicatoria, es decir, cuando el demandante no puede reclamar como propietario, sino como acreedor”⁸⁶.

El ejemplo más claro que tenemos es la *condictio furtiva*, que es la acción que se tiene contra el ladrón para que restituya el valor de la cosa hurtada, cuando ésta no es restituida y no es reivindicable.

Las *dationes ob causam* y las *ex eventu*, en el Derecho Postclásico, pertenecían a la categoría de *varii causarum* figuras.

En el Derecho Pretoriano, en la época clásica, existen ciertas figuras semejantes a las crediticias, no sancionadas por el *ius civile*. El parecido está en el carácter unilateral de ellas, pero al no tratarse de una *datio* constitutiva de

⁸⁶ D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 465. D’Ors nos sigue explicando: “... esta imposibilidad de reivindicar puede deberse a que el demandado adquirió la propiedad por usucapión., o a que el objeto consumió o confundió de manera que no se puede identificar, pero también a que, por resultar difícil la reivindicatoria, el demandante recurre a la *condictio*.”

dominio no generan contra el deudor la *actio condictio*. Se presenta cuando existe retención injusta de la propiedad ajena, que constituye un comportamiento ilícito que el pretor sanciona en su edicto *rebus creditis*; aquí más que por el convenio se justifica esta acción *in factum* por la conducta injusta del que retiene sin causa. Tenemos entonces que estas figuras no son causas de *creditum*, en sentido estricto, “pero si pueden llamarse negocios «crediticios» en sentido amplio”⁸⁷. En general, “son convenios de retención temporal de una cosa ajena, que dan lugar a una acción de repetición cuando la retención se prolonga excesivamente y pierde su causa”⁸⁸.

Estos negocios son:

a) *Constitutum*:

Es “una promesa de pagar en el plazo fijado lo ya debido: una promesa que, por ser estipulatoria, no produce efecto novatorio”⁸⁹. El incumplimiento a este plazo constituido da lugar a la *actio de pecunia constituta*, esta deuda constituida podía ser propia o ajena. Podía recaer sólo sobre objetos fungibles.

En principio, este acto sólo se podía realizar respecto de deudas crediticias, luego se permitió respecto de obligaciones no crediticias. Así, estos

⁸⁷ D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 466.

⁸⁸ Idem, pág. 466.

⁸⁹ D’Ors, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1960, pág. 270.

últimos, adquieren la protección pretoria equivalente a la *condictio* civil, obteniendo su mismo carácter abstracto. Este carácter abstracto permitía asumir una deuda ajena.

b) Receptum Argentari:

“Cuando un banquero asume (sin estipulación, y, por tanto, sin novación) una deuda ajena, el acreedor que reclama por la *actio recepticia* no tiene que probar más que el hecho del *receptum*, y no la existencia de la deuda asumida”⁹⁰. Aquí no se extingue la obligación antigua, se mantienen las garantías de éstas y la nueva acción pretoria se acumula a la *actio certi*.

c) Commodatum:

“El *commodatum* es una modalidad de dación o préstamo, pero no de propiedad (*datio rei*), sino de la ventaja que supone un uso temporal y gratuito (*commodum*): es un préstamo de uso.

El que presta el uso se llama comodante y quien lo recibe, comodatario; éste no se hace poseedor de la cosa, sino simple detentador. Para exigir del comodatario la devolución de la cosa así prestada, el Pretor da al comodante una acción *in factum*: la *actio commodati*”⁹¹.

⁹⁰ D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 468.

⁹¹ D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 469.

Las cosas dadas en comodato tienen que ser no consumibles y muebles⁹². El acreedor sigue siendo dueño y poseedor del objeto. Más adelante, el comodato asume una forma contractual porque establece una responsabilidad por parte del acreedor.

d) Pignus:

El *pignus* es un derecho real que autoriza a retener una cosa del deudor o de un tercero para coaccionar el pago de una deuda. Se le llama *pignus* al objeto entregado en garantía y a la garantía misma, llamándose pignorante, el que constituye la garantía, y quien la recibe, acreedor pignoraticio.

Este negocio está sancionado por una acción *in factum*, en la cual se exige la restitución de la cosa empeñada en contra del acreedor que la retiene indebidamente, objeto entregado en garantía del cumplimiento de una obligación.

Pueden pignorarse inmuebles y muebles. “la prenda sin entrega inicial de la posesión (*pignus conventum o hypotheca*) es una modalidad de *pignus* en la que el desplazamiento queda diferido al momento en que la obligación garantizada pueda considerarse incumplida”⁹³.

⁹² Los inmuebles podrían ser objeto de comodato, si este fuera precario o de un permiso de uso jurídicamente poco importante.

⁹³ D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 477 y 478.

B) Estipulaciones o *Stipulatio*

“La forma más ordinaria de crear una *obligatio* entre un acreedor y un deudor es la *stipulatio*. Consiste ésta en una pregunta solemne hecha por el estipulante a otra persona, que responde congruentemente y queda obligada por su promesa: el estipulante se hace acreedor, y el promitente se hace deudor”⁹⁴.

Aquí tenemos que nacen obligaciones crediticias de estipulaciones de objeto cierto. La estipulación puede tener también un objeto incierto, lo que hará nacer no la *actio condictio* sino la *ex stipulatu*⁹⁵ (*actio incerti*), que, por su origen procesal está más cerca de los negocios de buena fe que de los crediticios.

El fundamento de la eficacia generadora de obligaciones de la *stipulatio* no debemos verla en el acuerdo de voluntades en ella subyacente, sino que debemos referirla a la observancia de la formalidad prescrita por el Derecho. En casi toda la época clásica se mantiene esta exigencia.

Los elementos solemnes exigidos por la *stipulatio* son fundamentalmente los mismos de la *sponsio*: oralidad, presencia de partes, congruencia formal entre pregunta y pregunta y continuidad en el acto.

⁹⁴ Idem, pág. 485.

⁹⁵ Cuando la promesa se trate de un *facere* (hacer), también genera esta acción.

Por ser la *stipulatio* un acto abstracto, carece de tipicidad, y en consecuencia, puede adaptarse a cualquier contenido. Sólo se exige en cuanto al objeto, que pueda ser una prestación de dar, hacer o no hacer, y que además, sea lícito, posible, determinado u objetivamente determinable y que sea estimable en dinero. Pero, este carácter abstracto llega a un más lejos, cualquier acuerdo de las partes, aunque constituyera un acto típico, puede someterse a la forma estipulatoria. “En estos casos no subsistía en el Derecho Romano ni la venta, no el depósito, ni el mutuo, sino solamente la estipulación cuya solemnidad cumplida extinguía la obligación causada si había nacido ya”⁹⁶.

Los requisitos de esta forma general de contratación exige, no son de carácter probatorio, son que son la manera a través de la cual se manifestaba la voluntad de obligarse, de suerte que su inobservancia no implica un acto que carece de prueba, sino un acto que no ha nacido a la vida del derecho. Esta afirmación responde a la distinción manifiesta en toda la jurisprudencia clásica entre prueba y celebración misma del acto.

La *stipulatio* puede celebrarse ante testigos o dejando constancia escrita mediante un documento llamado *cautio*. Pero sin ni uno y lo otro la *stipulatio* es válida, siendo la *fides* en el deudor suficiente garantía.

⁹⁶ Arangio Ruiz, Vicente, “Instituciones de Derecho Romano”, Editorial Desalma, Buenos Aires, pág. 364.

Posteriormente, debido a la influencia documental griega, la *stipulatio* termino siendo absorbida por el documento. Esto porque en el oriente (como ahora en la modernidad) no se comprendió el sentido de la forma verbal, concebida para la mentalidad romana y nacida de la fuerza de la palabra empeñada. En el oriente, no hay una recepción del acto solemne verbal, y sino hubiera sido por Justiniano, la estipulación habría pasado a confundirse con el documento.

En la época clásica, la novación (*novatio*) puede realizarse mediante la *stipulatio*, es decir, una de las dos formas para sustituir una obligación antigua con otra nueva. La otra forma a la cual hacemos referencia es la *dotis dictio*.

C) Solemnidad escrita

Por último, tenemos esta forma de contraer obligaciones, conocida como *nomen transcriptitium*, su duración fue breve en el Derecho Romano.

De esta forma nos da cuenta Gayo, diciendo que esta forma se practico a comienzos de la época clásica. Pero ya estaba en desuso a la época del jurista, por lo que carecemos de los elementos básicos para esbozar su naturaleza jurídica.

“Consistía en un apuntamiento en un registro particular de créditos (*tabulae accepti et expensi*) que daba fe por si mismo, como en los modernos libros bancarios”⁹⁷.

Nos remitiremos a lo ya analizado a este respecto, cuando vimos el sistema de fuentes gayano, en la parte de los contratos literales.

Solo acotaremos que el *chirographum* no fue adoptado por el Derecho Romano porque a éste le repugnaba la idea de la fuente literal de las obligaciones. El *synographum* fue permitido y usado como medio de prueba de la celebración de estipulación.

Ahora solo resta tratar los contratos de buena fe para completar el cuadro de fuente de obligaciones del Derecho Romano Clásico.

3.3.- Los Contratos de Buena Fe

Hasta ahora las obligaciones que hemos visto se caracterizan por ser unilaterales, tanto en la génesis (se requiere una voluntad para crear la obligación) como en el sentido de crear una sola obligación (la del promitente o la de restituir del que recibe la *res creditae*). Con las acciones de buena fe

⁹⁷ D’Ors, Alvaro, “Derecho Romano”, F. Seix Editorial, Barcelona, 1949, pág. 248.

(obligaciones bilaterales recíprocas) se crea una relación en que cada obligación prometida actúa como causa de la otra. Estos son los negocios conocidos en el derecho clásico como *contractus*.

La idea de Contrato consensual no es originaria del Derecho romano. Si bien es cierto esta idea se debió al influjo recibido por el *ius gentium* durante todo el periodo del Derecho clásico, no deja de ser cierto que en el Derecho Romano ya existía un germen. Así ocurre, por ejemplo, con la fiducia, de donde derivan las daciones crediticias o lo mal llamados contratos reales. "... desnudando a la estipulación de su vestido solemne, quedaba llanamente un acuerdo de voluntades sobre objeto lícito"⁹⁸.

Antes de tener los contratos consensuales fuerza vinculante por sí mismos, debían adaptarse a alguna forma que le diera validez jurídica.

"En los negocios crediticios aquello que constituía su fuerza vinculante era el deber de lealtad contractual, el seguir la fe de otro. En estos contratos, debemos ver su fundamento obligacional en la *bona fides*: lealtad recíproca en

⁹⁸ D'Ors, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1960, § 273.

el cumplimiento fiel de los compromisos de los compromisos contraídos. El cumplimiento se presta en la espera de la prestación, recíproca”⁹⁹.

Lo que distingue, por tanto, a este tipo de contratos es la buena fe, la cual le da la fuerza obligatoria a los mismos. Hay entonces en ellos una prioridad del contenido sobre la forma, siendo que hasta antes del nacimiento de estos contratos, en el Derecho Romano, la forma lo era todo.

En esta clase de actos juez puede hacer una interpretación más flexible de la voluntad de las partes, así puede adecuar sus efectos y modalidades a lo que realmente quisieron hacer e incluir. El *iudex* puede modificar el contenido de la condena, teniendo en cuenta las obligaciones recíprocas entre las dos partes litigantes, compensando las deudas mutuas. Puede, asimismo, tomar en cuenta la conducta del demandado después de la formación de la relación procesal, de esta forma, el pago posterior a ésta produce la absolución del demandado.

Por último, se le permite al *iudex* una flexibilidad en cuanto a la responsabilidad y a la culpa en el cumplimiento de las obligaciones. Para esto, la jurisprudencia toma de la *actio legis Aquilae* la noción de culpabilidad.

⁹⁹ Cuneo Macchiavello, Andrés, Tesis para optar al grado de Abogado, “Evolución de la Obligación y sus Fuentes en la Historia del Derecho Romano”, Valparaíso, 1965. Pág. 68.

Los contratos de buena fe adquieren sanción procesal a través del procedimiento formulario, por regla general mediante acciones *in factum*. Primero con la jurisdicción del pretor peregrino y después con la del urbano.

Los negocios que integran esta categoría en el Derecho Romano Clásico son: la fiducia, el depósito, los contratos consensuales propiamente tales como los son la compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato, y algunas otras figuras de menor relevancia.

De estos contratos sólo en tres existe un equilibrio en el interés económico de los contratantes, por decirlo así, sus prestaciones se miran como equivalentes. Estos son: la sociedad, la compraventa y el arrendamiento. Que vendrían a ser, por tanto, los tres únicos contratos onerosos siendo el resto gratuitos.

A) La Fiducia

Proviene del Derecho Arcaico, siendo recibida y reconocida por el Edicto. En sus comienzos estaba sancionado por la *actio condictio*. Después en el periodo clásico aparece sancionada por una acción de derecho estricto, conocida como *actio fiduciae*, la cual no es una acción de buena fe (*ex fidei bonae*), pero sirve de modelo para éstas. Aquí lo que se trata de proteger

jurídicamente es el derecho del deudor sobre la cosa: como el derecho del deudor de exigir la restitución de la cosa luego de producido el incumplimiento; autorizaba al fiduciario a vender la cosa (ya que solo era poseedor), para pagarse el crédito con el precio, con la obligación de restituir el remanente.

“La *fiducia* es un contrato formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res mancipi* a alguien, llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a otra persona designada por éste”¹⁰⁰.

Esta acción se basaba en los modos de adquirir *mancipatio* o *in iure cessio fiduciae causae*. Por eso al desaparecer éstos en época postclásica, también desaparece la fiducia como negocio jurídico, siendo reemplazada por un sistema contractual de garantías reales.

B) Depósito

“*Depositum* es el acto de confiar sin forma ni retribución una cosa mueble a otra persona (depositario), la cual, sin hacer ningún uso de la cosa, ha de

¹⁰⁰ D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 526.

devolverla al depositante tan pronto como éste la requiera”¹⁰¹. De la definición se desprende que debe tratarse de bienes no fungibles.

En sus inicios este negocio tenía un carácter delictual, sancionado con una acción por el *duplum*, es lo que constituye el *furtum usus*.

A fines de la República, el depósito adquiere una fisonomía propia a través de la *actio depositi* con formula *in ius concepta* y *ex fide bona*. La cual el pretor concede contra el depositario que se niega a restituir el objeto.

Al ser una acción de buena fe, permite compensaciones entre los contratantes, lo cual genera la *actio contraria*. Con ella el depositario tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios que le hubiere irrogado la detentación de la cosa. De esta forma el depósito alcanza su carácter contractual definitivo.

Dentro de este contrato existen ciertas modalidades, como, por ejemplo, el depósito necesario y el secuestro. Sin embargo, adquiere relevancia el depósito irregular por no ser considerado como depósito sino como un mutuo, porque se entrega un bien fungible quedando el depositario obligado a restituir bienes de la misma calidad; el depósito ordinario, en cambio, no exige una

¹⁰¹ D’Ors, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1960, pág. 340.

datio, así el depositario queda facultado para usar la cosa. Ya después en el derecho postclásico es considerado un depósito.

C) Compraventa

Es el negocio jurídico en donde se presenta la estructura más definida de contrato, con sus rasgos de consensualidad e interdependencia de dos obligaciones recíprocas.

“Consiste en el convenio de cambiar una cosa (*merx*) que se entregará al comprador (*emptor*) por una cantidad de dinero (*pretium*) que se pagará al vendedor (*venditor*)”¹⁰².

“Es un contrato consensual en virtud del cual uno de los contratantes (vendedor) se obliga a transmitir a otro (comprador) la posesión de la cosa y garantizarle su pacífico goce, mientras que el otro se obliga a transmitir como contraprestación la propiedad de una suma de dinero”¹⁰³.

Acá lo esencial no es la transmisión de la cosa, sino la generación de obligaciones para ambos contratantes, por un lado la de entregar y por otro la

¹⁰² D’Ors, Alvaro, “Derecho Privado Romano”, Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 548.

¹⁰³ Arangio Ruiz, Vicente, “Instituciones de Derecho Romano”, Editorial Desalma, Buenos Aires, pág. 347.

de pagar, que con la perfección del contrato por el solo consentimiento, estas obligaciones se dan como simultaneas. Lo que significa que ninguno de los contratantes puede exigir la prestación del otro sin estar llano a dar cumplimiento su propia obligación. Por lo tanto, el comprador debe pagar el precio, el cual debe ser siempre determinado o objetivamente determinable; el vendedor debe entregar la posesión libre e indiscutida de la cosa vendida.

La forma más primitiva de compraventa fue un trueque de cosa y del precio "... que se realizaba como simple intercambio manual para la compra de *res nec Mancipi*, y adoptada la forma solemne de *Mancipatio* para la compra de *res Mancipi*"¹⁰⁴.

La compraventa está sancionado en el Derecho Romano con dos acciones de buena fe de origen pretorio: la *actio emptio* y la *actio venditio*. Pero estas acciones no son las únicas que sancionan el contrato de compraventa, encontramos una serie de otras acciones que complementan estas dos fundamentales, como, por ejemplo, la que el vendedor garantice la posesión tranquila del comprador y la calidad de la cosa.

¹⁰⁴ D'Ors D'Ors, Alvaro, "Derecho Privado Romano", Editorial EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 548.

D) Arrendamiento

Tiene similitud con la compraventa, eso si con una variedad de modalidades o formas mucho mayor. “En su esquema más general, es un contrato donde una persona llamada *locutor* (arrendador) «coloca» temporalmente algo en manos de otra llamado *conductor* (arrendatario), que «lleva» la cosa”¹⁰⁵. El beneficio que pueda obtener uno u otro contratante va depender del tipo de arrendamiento, así el precio tendrá que pagarlo uno u otro contratante dependiendo de quien obtenga el beneficio especial.

El arrendador dispone de la *actio locati* y el arrendatario, de la *actio conducti*; ambas acciones de buena fe. El origen de este contrato debemos buscarlo en el *ius gentium* y como una derivación basada en el modelo de los contratos entre el Estado y los particulares sobre bienes públicos.

Existen 2 grandes grupos en el arrendamiento: *locatio conductio rei* (locación de cosa, donde el *conductor* es quien paga por el uso de la cosa); *locatio conductio operis* (locación de obra, donde el *locator* es quien paga la obra por él encargada). La locación de servicios vendría hacer un tercer tipo derivado del arrendamiento de cosa.

¹⁰⁵ D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 561.

E) Sociedad

En el Derecho Romano, *societas* se emplea en 3 acepciones distintas. A saber, como una copropiedad producida sin la voluntad de los copropietarios, ciertas agrupaciones de interés público con personalidad jurídica participada del *populus romanus* y como contrato de sociedad.

Consiste en el contrato consensual en el cual dos o más personas se obligan recíprocamente a poner algo en común para conseguir una utilidad en común.

Tiene sanción jurídica a través de la *actio pro socio*, acción de buena fe. Se discute si es de origen pretorio o, en cambio, de derecho estricto, la primera es la opinión generalizada en la doctrina. No obstante, no importando cual sea el origen, la acción solo puede ejercitarse entre los socios, para exigir el cumplimiento de obligaciones sociales. Ya que este tipo de sociedades privadas carecen de personalidad jurídica, por lo cual los socios contratan a nombre propio. Así tenemos que la sociedad en el Derecho Romano no tiene una voluntad común.

“El contrato de sociedad crea un vínculo de confianza entre los socios, incommunicable, y que debe cesar tan pronto cesa la confianza entre ellos; por

eso es esencialmente revocable por cualquiera de los socios, aunque la acción subsista para exigir indemnización por el perjuicio de una revocación dolosa o intempestiva, y no continua la sociedad con los herederos de un socio, ni siquiera entre los socios supervivientes”¹⁰⁶.

Tenemos que el contrato de sociedad se extingue por la muerte o por la pérdida de capacidad (*capitis deminutio*) de un socio. Si uno de los socios ejercita el *actio pro socio* se entiende que ha cesado la confianza entre ellos, por lo tanto el contrato de sociedad también se extingue.

F) Mandato

“El mandato es un contrato consensual por el que una persona llamada mandatario (*procurador o is qui mandatum accepit*) asume la gestión de uno o varios negocios de otra persona, mandante (*mandator o dominus negotii*), que se lo encomienda”¹⁰⁷.

El mandatario no tiene calidad de representante, ya que los negocios encomendados no se radican en el mandante sino en la persona del mandatario. Para que efectos de los actos encomendados se radiquen en el

¹⁰⁶ D’Ors, Alvaro, obra citada, pág. 547.

¹⁰⁷ D’Ors, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1960, pag 342.

mandante, éste dispone de la *actio mandatatio* en contra del mandatario, el cual a su vez dispone del juicio contrario para ser resarcido por los gastos en que haya incurrido en la consecución del encargo.

El origen de este contrato “Debemos encontrarlo en la *procuratio*, que es el deber cívico, y no contractual, de gestionar los negocios del ausente. Esta *procuratio* se extiende también al campo procesal (*mandatum ad agendum*) en el mismo sentido de la anterior. Debemos también asociarlo al encargo de un negocio particular (*iussum*) y al influjo del *ius gentium* por la agencia del tráfico comercial que en éste se practicaba”¹⁰⁸.

Al igual que el contrato de sociedad, tiene el carácter de personalísimo por ser un encargo de confianza, cesa por la muerte o *capitis deminutio* de cualquiera de las dos partes.

Por último, tenemos dos figuras contractuales que no calzaban dentro de ninguna acción típica. Tales fueron la permuta y el contrato estimatorio. La permuta consiste en el cambio de un objeto por otro, constituye, como vimos, el antecedente remoto de la compraventa.

¹⁰⁸ Cuneo Macchiavello, Andrés, Tesis para optar al grado de Abogado, “Evolución de la Obligación y sus Fuentes en la Historia del Derecho Romano”, Valparaíso, 1965. Pág. 78.

CONCLUSIÓN

Hemos logrado completar el cuadro histórico de las fuentes de las obligaciones del Derecho Romano Clásico. Conocimos, en primer lugar, el sistema gayano con sus Instituciones. A la luz de nuestro análisis nos percatamos que él buscaba un fin didáctico en su exposición, así también un afán de clasificar a todas las fuentes de las obligaciones sin dejar ninguna fuera. Pero como vimos, Gayo, en su obra desvirtuó el sistema clásico, al darle el carácter de contractual a negocios que no lo eran, como por ejemplo, el mutuo. Además, en esa época, el concepto de libertad contractual no estaba presente, lo que nos da la idea que la moderna significación de contrato no es concordante con el Derecho Romano Clásico. En efecto, como vimos, contrato tiene en el Derecho Romano Clásico un significado mucho más acotado, no todas las relaciones jurídicas en aquella época tenían los caracteres de reciprocidad y bilateralidad actuales.

No podemos dejar de decir que si bien el sistema gayano no es fiel al sistema de fuentes que realmente existió en el periodo clásico, no es menos cierto que Gayo fue un clarividente de la evolución que iba a tener posteriormente el Derecho Romano, evolución que hemos recibido como legado en los sistemas jurídicos occidentales

La construcción del sistema de fuentes en el periodo clásico, al igual que la mayoría de las instituciones romanas de aquella época, fue casuístico. Dependiendo el negocio que se trate tiene su sanción jurídica, ya sea en el *ius civile* o en el *ius gentium*, con un criterio de dar soluciones jurídicas concretas a sus necesidades, no con la intención de crear grandes instituciones, de ahí viene la genialidad del derecho romano clásico, sin proponérselo crearon un sistema jurídico que ha servido de base para más de dos mil años de evolución.

Luego, reconocimos que el Derecho Romano Clásico conoce dos tipos de negocios jurídicos, por un lado los crediticios, negocios unilaterales sancionados por la *actio condictio*; y, por otro, los contratos de buena fe, negocios sancionados por acciones *in factum*, de índole bilateral, donde el juez tenía una mayor libertad para interpretar la voluntad de las partes y sancionar las responsabilidades de los contratantes. Este fue el verdadero sistema de fuentes de las obligaciones que imperó durante el periodo clásico del Derecho Romano.

BIBLIOGRAFIA

1. ALVAREZ, URSICINO, "Curso de Derecho Romano", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.
2. ARIAS RAMOS, JOSÉ, "Derecho Romano", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995.
3. ARANGIO RUIZ, VICENTE, "Instituciones de Derecho Romano", Editorial Desalma, Buenos Aires, 1952.
4. ARANGIO RUIZ, VICENTE, "Historia del Derecho Romano", Editorial Reus, Madrid, 1943.
5. BISCARDI, ARNALDO, "Temas de Derecho Romano", Casa Editorial S.A., Barcelona.
6. CUNEO MACCHIAVELLO, ANDRÉS. Tesis para optar al grado de Abogado, "Evolución de la Obligación y sus Fuentes en la Historia del Derecho Romano". Valparaíso, 1965.
7. D'ORS, ALVARO, "Derecho Privado Romano", Editorial EUNSA, Pamplona, 1997.
8. D'ORS, ALVARO, "Derecho Romano", F. Seix Editorial, Barcelona, 1949.
9. D'ORS, ALVARO. Elementos de Derecho Privado Romano, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1960.
10. D'ORS, ALVARO. "Credittum y Contractus". Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo XXVI, 1956.
11. GAIUS, "Instituciones jurídicas", Editorial Iberia, Barcelona, 1965.
12. GUZMÁN, ALEJANDRO, "Derecho Privado Romano", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
13. IGLESIAS, JUAN, "Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado", Editorial Ariel, Barcelona, 1982.

- 14.**JÖRS, PAUL, “Derecho Privado Romano”, Editorial Labor, Barcelona, 1965.
- 15.**JUSTINIANO, “El Digesto”, traducción Alvaro D’Ors, Editorial Aranzadi, 1968-1975.
- 16.**SCHULZ, FRITZ, “Derecho Romano Clásico”, Editorial Bosh, Barcelona, 1960.