

riamente entre partes sino por la pieza de metal y el peso (*per æs et libram*), con las palabras solemnes que uno se propone. Así la misma solemnidad simbólica que sirve para transferir el dominio romano (véase *General. del derecho rom.*, p. 115 y 127) sirve también para crear la obligación del derecho civil, y este acto toma el nombre genérico de *nexum*. «*Nexum* (nos dice Varron, según el jurisconsulto Mucio Scevola), *nexum Mucius Scævola scribit quæ » per æs et libram fiant, ut obligentur, præterquam quæ mancipio » dentur*» (1).—«*Nexum* (nos dice Festo, según otro jurisconsulto), *nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs et libram » geritur, idque necti dicitur; quo in genere sunt hæc: testamenti » factio, nexi datio, nexi liberatio*» (2).—«*Cum nexum faciet » mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*» (3), dicen los fragmentos de las Doce Tablas. Así la solemnidad se compone de dos partes: de la venta ficticia *per æs et libram*, y de las palabras solemnes ó *nuncupatio*, que forman la ley de los contratantes.—Pero, ¿cómo explicar esta intervencion de la pieza de metal y del peso, cuando se trata, no de enajenar ó de empeñar una cosa, sino sólo de formar una obligación? Todo induce á creer que en los primitivos tiempos no se habían reconocido otras obligaciones formadas voluntariamente entre las partes que las que eran la consecuencia y como el precio de la dación de una cosa realizada según el derecho de los romanos (*re obligatio*); que las que se hallaban formuladas como ley de semejante dación (*legem mancipii dicere*) (4). El peso y la barra de metal dada en préstamo, que pudieron intervenir formalmente en el principio para pesar el metal y verificar la dación romana de que la obligación era el precio, han sido también empleados de un modo puramente simbólico, con el solo objeto de contraer una obligación, de la misma manera que lo eran de un modo ficticio en tantos otros casos.

Con el tiempo se desembarazaron de la necesidad de hacer figurar la *æs et libra* en los casos en que no había realmente que hacer ninguna enajenación ó empeño de cosas: se tuvo por verificada la

(1) VARRO, *De lingua latina*, lib. VI, § 5.

(2) FESTO, á la palabra *Nexum*;—CICERON. *Pro Mur.*, 2.—Véase también á Gay. *Com.* 3. § 175; y vestigios de la expresion, en el Digesto, 42. 4. 1, § 4. f. Ulp.—49. 14. 22. § 1. f. Marcian, etcétera, etc.

(3) FESTO, á la palabra *Nuncupata*.

(4) CICERO. *Topic.* 10.—*De offic.* III. 6.—Véase también un vestigio de esta expresion *legem mancipii dicere* en el Digesto, 50. 17. 75. f. Quint. Muc. Scævola.

solemnidad simbólica *per æs et libram*, quitando sólo la *nuncupatio*, es decir, las palabras solemnes; se reputa el metal por pesado y dado, y se obliga uno por las palabras solemnes, como si lo hubiese sido en efecto. Así se llega á las obligaciones contraídas por palabras y por medio de fórmulas solemnes (*verbis obligatio*). Es la primera derivación del *nexum*; y de esta manera pasaron las cosas igualmente que en el testamento *per æs et libram* (véase t. 1, p. 506 y siguiente).

En seguida, cuando se hubieron introducido y fundado los medios gráficos, cuando llegó á ser de uso que cada ciudadano tuviese su registro doméstico (*codex accepti et depensi*), entra este registro en el derecho civil de los romanos, se declara por inscripción el dicho registro, en ciertos términos, que se tenía el dinero por pesado y dado, y entonces se tenía por verificada la solemnidad *per æs et libram*; y esta inscripción constituía, no sólo un medio de prueba, sino también una solemnidad, una forma civil de obligación. Así se llega á las obligaciones contraídas por escrito (*literarum obligatio*).—Ésta es la segunda derivación del *nexum*.

En fin, el derecho civil da entrada al derecho de gentes; confirma y admite, como capaces de ser formadas y de ser obligatorias por el solo consentimiento de las partes, cuatro especies de convenciones, que son de un uso frecuente en la vida, ó cuyas consecuencias son generalmente conocidas y se arreglan por la equidad y por la buena fe naturales; la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, que no son, como los precedentes modos de obligación, exclusivamente propios de los ciudadanos romanos, sino que pueden tener también lugar respecto de los extranjeros (*consensu obligatio*).

Estos diversos casos de obligaciones formadas por efecto de la voluntad respectiva de las partes, y reconocidas por el antiguo derecho civil, constituyen lo que se llama contratos (*contractus*).

Tal es la gradación que sigue en esta materia la marcha del derecho romano, y cuya gradación es enteramente conforme á la marcha misma de la civilización:—1.º el *Nexum*, ó solemnidad *per æs et libram*, dinero pesado y dado á préstamo, enajenación real ó ficticia de la cosa, según el derecho de los Quirites, con la ley de esta enajenación, es decir, el símbolo material, la reunión de la pantomima y de las fórmulas solemnes;—2.º, las fórmulas solemnes solamente;—3.º, la escritura revestida de un carácter civil, en un registro especial y, por decirlo así, consagrado;—4.º, en fin, el sim-

ple consentimiento, tanto respecto de los ciudadanos, cuanto respecto de los extranjeros, pero sólo en cuatro casos.—Con esta última observación, que para las obligaciones que son la consecuencia de la enajenación y del empeño realizados de una cosa, la necesidad de la *mancipatio* desapareció con el tiempo, y fué reemplazada por la simple *traditio*.—Aquí llega el derecho civil, después el derecho pretoriano, y en seguida el legislador posterior y las constituciones imperiales, que dan efecto y fuerza obligatoria á algunas otras convenciones particulares, las cuales, sin embargo, permanecen siempre extrañas á la denominación de contratos.

Esto es por lo que respecta á las obligaciones formadas por efecto de la voluntad mutua de las partes. Respecto de las demás, el primitivo derecho civil ha precisado y especialmente arreglado un cierto número de casos en los cuales resulta una obligación del perjuicio causado á otro, ya á propósito, ya involuntariamente, pero siempre sin razón. Así hallamos en los fragmentos de las Doce Tablas tres casos de esta naturaleza; el robo (*furtum*), el daño (*damnum*), la injuria (*injuria*). Estos casos de actos perjudiciales, especialmente previstos por el derecho civil, como capaces de producir obligación, y que se hallan provistos de una acción, constituyen lo que se llama maleficio (*maleficium*), delito (*delictum*), ó con la expresión antigua *noxa* (1).—El derecho pretoriano ha añadido en seguida algunos casos particulares de este género á los especialmente determinados por el derecho civil.

Hay, pues, según el primitivo derecho civil, dos fuentes de obligaciones. Esto lo expresa Gayo cuando escribe: «*Obligationum summa divisio in duas species deducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*» (2).

Y cuando la jurisprudencia llega á reconocer otros casos de obligación, que no constituyen verdaderamente ni un contrato ni un delito, sin embargo los refiere á las dos fuentes primitivas y se asimilan á ellas, se dice que son como figuras variadas de aquellas causas legítimas de obligaciones (*variæ causarum figuræ*); que la obligación nace como nacería un contrato (*quasi ex contractu*), ó como nacería de un delito (*quasi ex delicto*). Véase por qué Gayo en otra obra aprecia así en general las causas de las obligaciones: «*Obl-*

(1) «*Noxiæ appellatione omne delictum continetur.*» Dig. 50. 16. *De verb. sig.* 238. § 3. f. Gay. y 131. pr. f. Ulp.

(2) Gay. Com. 3. § 88.

«*gationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*» (1). O bien, si se subdivide esta última fuente: *ex contractu, ex maleficio, quasi ex contractu, et quasi ex maleficio*.

Por lo demás, es preciso añadir las obligaciones que resulten de las relaciones entre las personas en la constitución de la familia y de la sociedad, y que la misma ley impone (*obligationes quæ ex lege nascuntur*). Veremos, sin embargo, que los juriconsultos romanos las hacían entrar también, en su mayor parte, en la clase de las obligaciones nacidas *quasi ex contractu* (2).

Por estas nociones preliminares se halla suficientemente explicado el párrafo que sigue.

II. Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu; aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. Prius est ut de iis quæ ex contractu sunt dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

2. Una división subsecuente las distingue en cuatro especies, porque nacen ó de un contrato ó de un cuasi contrato, ó de un delito ó de un cuasi delito. Tratemos primero de las que nacen de un contrato, y que se subdividen en cuatro especies; en efecto, se forman por la cosa, ó por palabras, ó por escrito, ó por el solo consentimiento. Tratemos de cada una de ellas.

De los contratos.—De las convenciones ó pactos.

Aquí tenemos que tratar la materia, no ya sólo según el antiguo derecho civil, sino según la jurisprudencia romana, en todo el desarrollo que le dió la introducción de las ideas filosóficas y del derecho de gentes. Estas ideas se extendieron, y el lenguaje jurídico se modificó y aumentó.

Convención (*conventio*) ó pacto (*pactum, pactio*) son palabras genéricas que designan el concurso de voluntad de dos ó muchas personas en un mismo negocio. «*Et est pactio, duorum pluriumve in idem placitum consensus*», dice Ulpiano (3). En el derecho

(1) Dig. 44. 7. 1. pr. f. Gay.

(2) Modestino no ha seguido el método de clasificación histórica, sino una enumeración bastante confusa, cuando ha indicado así las causas de obligaciones: «*Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque; aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato.*» (Dig. 44. 7. 52. f. Modest.)

(3) Dig. 2. 14. *De pactis*. 1. § 2. f. Ulp.—El mismo juriconsulto nos da también la etimología.

sólo se trata de convenciones que recaen sobre un negocio jurídico, es decir, sobre un derecho que debe crearse, modificarse ó extinguirse.

Se distingue del pacto ó convencion la simple promesa hecha previamente por una de las partes y no aceptada todavía por la otra, que los romanos llaman *pollicitatio*. «*Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum*» (1). Sólo en casos absolutamente excepcionales y privilegiados produce un vínculo de derecho la simple pollicitacion (2).

El nombre de contrato (*contractus*) está reservado á las convenciones especialmente reconocidas como obligatorias y provistas de una accion por el antiguo derecho civil de los romanos (3).

Todas las demas conservan el nombre genérico de convenciones ó pactos (*pacta*), á tal punto que, aunque algunas se hayan hecho obligatorias y vayan acompañadas de accion, ya por un derecho civil más reciente, el de los Emperadores, ya por el derecho pretoriano, no ménos han quedado fuera de la denominacion de contratos propiamente dichos y en la clase general de pactos ó convenciones. Por un principio riguroso, y según el estricto derecho civil, los pactos no producen obligacion. Sin embargo, hay muchas circunstancias que, como veremos, pueden modificar este rigor y dar á los pactos diversos efectos jurídicos.

Tratemos primero de los contratos. El texto, al exponer sucesivamente los que se forman *re, verbis, litteris y consensu*, ha seguido precisamente el orden histórico en que, según toda probabilidad, han sido admitidos por el derecho civil.

gía de las dos palabras: «§ 1. *Pactum autem a pactione dicitur, inde etiam pacis nomen appellatum est.* — § 3. *Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causa, consentiunt qui inter se agunt; nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt.*»

(1) Dig. 50. 12. 3. pr. f. Ulp.

(2) Un título especial está dedicado en el Digesto á esta materia, 50. 12. *De pollicitationibus*.

(3) «*Juris gentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones.* — § 1. *Quæ pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus.*» (Dig. 2. 14. 7. pr., y §§ 1 y sig. f. Ulp.) — En un sentido más estricto Labeon sólo aplica el nombre de contratos por excelencia á aquellos en los cuales hay obligacion reciproca entre las partes, los que se llaman *contratos synallagmáticos*: «*Labeo, libro primo Prætoris Urbani definit.... contractum.... ulro citroque obligationem, quod Græci ὀφειλάγωμα vocant.*» (Dig. 50. 16. 19. f. Ulp.)

TITULUS XIV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR
OBLIGATIO.

TÍTULO XIV.

DE QUÉ MANERA LAS OBLIGACIONES
SE CONTRAEN POR LA COSA.

En el sentido más general se dice que una obligacion se forma *re*, por la cosa, cuando es la consecuencia de un hecho materialmente realizado, del cual resulta que una de las partes tenía entre sus manos el bien de la otra, ó se ha enriquecido con el bien de la otra, ó ha causado por culpa suya perjuicio á la otra. En este sentido se dice que en los delitos la obligacion se forma *re* (1): otro tanto puede decirse en los casos de obligaciones nacidas *quasi ex contractu* ó *quasi ex delicto* (2). Es la fuente más general y más abundante de las obligaciones.

Pero ocupándonos sólo de los contratos que forman en este momento el objeto exclusivo del texto, harémos observar que hay cuatro cuya naturaleza es tal, que aunque haya conformidad y acuerdo de voluntad entre las partes, la obligacion principal y esencial que los caracteriza no puede nacer sino en tanto que ha habido entrega y prestacion de la cosa. Estos son: el *mutuum*, que llamamos hoy préstamo de consumo; el *commodatum*, llamado por nosotros préstamo de uso; el depósito (*depositum*) y la prenda (*pignus*).— Y el motivo de ello es sencillo é irresistible: consiste en que en estos contratos la obligacion esencial y característica es la de entregar; mas no puede haber cuestion acerca de *entregar*, sino en cuanto se ha *recibido* previamente. No sólo en derecho romano, sino en toda legislacion, no existirán nunca estos contratos sino por la cosa (*re*). Se califican en nuestra lengua, pero no en la del derecho romano, de *contratos reales*.

En el tiempo antiguo del derecho civil de los romanos, cuando las obligaciones se contraian *nexu* por la pieza de metal y por el peso (*per æs et libram*), estos contratos no se formaban sólo por la simple tradicion de la cosa; la solemnidad simbólica debia cumplirse. Así sabemos que en el *mutuum* (según la expresion antigua *æs creditum*), aunque se trate de cosas *nec mancipii*, el peso y el metal intervenian, ya para el acto real de pesar, ya como simbolo de los tiempos

(1) Dig. 44. 7. 4. f. Gay.—Inst. 4. 1. pr.

(2) Dig. 44. 7. 46. f. Paul.—Y en adelante, § 1 de nuestro mismo título.