

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.

en que no existiendo la moneda, el metal se medía al peso (1); y este *nexum*, este arte de pesar el metal dado á préstamo, ha sido el tipo primitivo y particular de donde se han derivado las demas formas de obligarse por palabras ó por escrito. Sabemos que en el *depositum* y en el *pignus*, aunque realmente no se trate de transferir el dominio romano, sin embargo, la *æs et libra* y la *mancipatio* intervenían también (2). Pero con el tiempo bastaron para formar estos contratos el consentimiento y la simple tradicion ó prestacion de las cosas.

La palabra *credere* (creer, confiar) era, como ya hemos dicho, general y se extendía á todos los casos en que se trataba con otro, confiando en su buena fe para recibir despues alguna cosa de él, en virtud de este contrato. Sin embargo, se aplicaba más especialmente á los cuatro contratos de que aquí se trata, que presentan con más claridad el carácter de confianza; también el pretor bajo él título de *rebus creditis* trataba en su edicto del *mutuum*, del comodato y de la prenda. Pero más particularmente se emplea la expresion de *res credita* para el caso de *mutuum* (3).

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit quæ pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro; quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus ut accipientium fiant. Et quandoque nobis non eadem res, sed aliæ ejusdem naturæ et qualitatis redduntur: unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et

La obligacion se contrae por la cosa, *re*, por ejemplo, por la dacion de un *mutuum*. Esta dacion sólo se aplica á las cosas que se pesan, se numeran ó se miden, como el vino, el aceite, el trigo, la plata acuñada, el metal, la plata y el oro: dando estas cosas en número, medida ó peso, es para que se hagan propiedad de aquellos que la reciben; de tal manera que deban devolvernos, no las mismas cosas, sino cosas de la misma naturaleza y de la misma calidad.

(1) Gay. Com. 1. § 122.

(2) Gay. Com. 2. § 60.— Véase también á VARRON, *De ling. latin.* iv. — Festo, en las palabras *Nexum* y *Nuncupata*. — S. ISIDORO de Sevilla en sus *Libros de los orígenes ó etimologías*, v. 25. *Fiducia*.

(3) « *Rerum creditarum* titulum præmisit (prætor): omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti institimus, complectitur: nam ut lib. 1. *Quæstionum* Celsus ait, *credendi* generalis appellatio est. Ideo sub hoc titulo prætor et de comodato et de pignore edixit; nam cuicumque rei adsentiamus, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, *credere* dicimur. *Rei* quoque verbum, ut generale, prætor elegit. (Dig. 12. 1. *De rebus creditis*. 1. f. Ulp.) — « *Creditum* ergo a *mutuo* differt, quia genus a specie; nam creditum existit extra eas res quæ pondere, numero, mensura continentur: sicut, si eandem rem recepturi sumus creditum est. » (Dig. ib. 2. § 3. f. Paul.) — « Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito: veluti stipulatione. » (Ib. 2. § 3. f. Paul.)

ex eo contractu nascitur actio quæ vocatur *condictio*.

De donde se ha tomado el nombre de *mutuum*, porque lo que yo te doy, de *mío se hace tuyo*. De este contrato nace la accion llamada de *condictio*.

Quæ pondere, numero mensurave constant. Ya hemos definido en general esta clase particular de cosas; de donde se ha tomado el barbarismo de cosas fungibles (*fungibiles vel non fungibiles*), que no pertenece ni al derecho ni á la lengua de los romanos. Sabemos que esta distincion no corresponde realmente sino á la de las cosas consideradas en su género (*in genere*) ó en su individuo (*in specie*); y que aunque haya cosas que por su naturaleza física se consideran más bien de una que de otra manera, sin embargo, la intencion de las partes puede hacer que se decida otra cosa (*General. del der. rom.*, p. 82). En el *mutuum* las cosas se aprecian siempre *in genere*.

Ut accipientium fiant. Éste es el carácter esencial del *mutuum*; las cosas prestadas son transferidas en propiedad. De donde se deduce la consecuencia de que el que toma á préstamo una cosa, debe hacerse propietario de ella y tener la facultad de enajenarla (1). Si esta doble condicion no tiene lugar, ¿qué sucederá pues? Las cosas prestadas no serán enajenadas, y no habrá nacido la obligacion que resulta del *mutuum*: la accion real, la *rei vindicatio* existirá siempre en favor del propietario; salva la accion personal que nacerá contra aquel que ha recibido las cosas, por consecuencia del consumo que de ellas haya hecho de buena ó de mala fe, como ya lo hemos explicado (tom. 1, p. 455) respecto de las cosas dadas en *mutuum* por el pupilo, sin autorizacion del tutor (2).

Ut ex meo tuum fiat. Esta etimología, verdadera ó falsa, indica el carácter principal del contrato. VARRON (*De lingua latina*, lib. iv) hace derivar la palabra *mutuum* de la griega *μωτον*. En su acepcion primitiva y propia *mutuum* no designa el contrato, sino el objeto prestado; en cuanto al contrato, se llama *mutui datio*. Lo mismo sucede con las palabras *commodatum*, *depositum*, *pignus*.

Condictio. La accion que nace del *mutuum*, es la *condictio certi*, acerca de la cual volveremos á ocuparnos al tratar de las acciones. Sabemos, por las nociones hasta aquí adquiridas, que la palabra *con-*

(1) Dig. 12. 1. 16. f. Paul.

(2) Ib. 19. § 1. f. Julian.

dictio es una palabra general para ciertas acciones personales (*in personam*), por las cuales sostenemos que otro se halla obligado hacia nosotros á transferir en propiedad ó á hacer (*dare, facere, oportere*) (1); que la *condictio* toma el nombre de *condictio certi*, cuando tiene por objeto una cosa cierta y determinada; y que la *condictio certi* se aplica á diversos casos: de este número y por excelencia es el *mutuum*, pues el demandante sostiene en él que el que toma á préstamo está obligado á transferirle en propiedad cosas de tal género ó de tal calidad, en tal peso, número ó medida (t. 1, p. 455). El *mutuum* no se halla, pues, provisto de una acción especial, que le sea exclusivamente consagrada; pero recibe la aplicación de una acción general, común á muchos otros casos.

Al contrato de *mutuum* se liga la disposición del senado-consulta MACEDONIANO, de que hablaremos en adelante (Instit. 4. 7. § 7), por la cual se decidió que cualquiera que prestase dinero á un hijo de familia sin el consentimiento del padre, no tendría ninguna acción para hacérselo restituir.

También se refiere á este contrato históricamente, no de una manera exclusiva, sino por una relación frecuente, aquel empeño ó compromiso que ocupa un lugar tan marcado en la historia romana, y que ha sido ocasión de tantas turbulencias entre los patricios y los plebeyos, y de tantas determinaciones políticas y legislativas (2): el empeño contraído por el deudor de pagar intereses. Se llama capital (*sors, caput*) el tanto de la obligación principal; é intereses (*fœnus, versura*, y más recientemente *usura*) las fracciones de este capital que el deudor debe por razón del tiempo que el acreedor ha estado privado de su cosa. *Res* ó *pecunia fœnebris* es el capital productivo de intereses. Esta especie de obligación sólo tiene lugar en las que tienen por objeto una suma de dinero ó, aunque más raras veces, cosas *quæ numero, pondere vel mensura consistunt* (3). Siendo los intereses fracciones determinadas del capital, proporcionalmente al tiempo que dura la deuda, consisten siempre en cosas de la misma naturaleza. Son en cierto modo el producto periódico (*fœtus, fœtura*) del capital; así nos lo dice Festo: «*Fœnus... a fœtu... quod crediti nummi alios pariant; ut apud Græcos eadem res τόκος* (á un

(1) Gay. Com. 4. § 5.—Instit. de Justin. 4. 6. § 15.— Véase la *Generalización del derecho romano*, p. 147.

(2) Tacit. *Annal.* lib. vi, cap. 16.—Tit. Liv. vi. 35 y 39; vii. 27. 16 y 42.

(3) Cod. 4. 32. 23. const. Philipp.

» tiempo *producto é intereses*) *dicitur*» (1). Ó si se quiere, la etimología de la otra denominación (*usura*) es el precio de arrendamiento por el uso (*pro usu*) del capital (2).—Después de diversas vicisitudes y de diversas leyes ó plebiscitos, dirigidos á limitar el interés en un tanto determinado, este tanto se hallaba ya fijado en tiempo de Cicerón en el *maximum* llamado *centesima usura*. La fracción del capital que constituye el interés es aquí un centésimo, que debe pagarse cada mes en las calendas; ó, en nuestra manera de hablar, uno por ciento al mes, doce por ciento al año. Esta tasa, la más elevada que pudo fijarse (*maximæ, gravissimæ, centesimæ usura*), se mantuvo hasta el tiempo de Justiniano, que estableció una nueva, variada según la calidad de las personas y según las circunstancias (3). Está prohibido exigir interés de los intereses, repetición que se llama *anatocismus* (4).

Siendo formada *re*, por la cosa, la obligación que se hace del *mutuum*, y consistiendo en *devolver* lo que se ha recibido, es evidente que no podría comprender los intereses que son un objeto absolutamente nuevo, un aumento á lo que realmente se ha dado. Si las partes quieren que se devenguen intereses, es preciso para esto una obligación particular del deudor, una promesa especial por estipulación (5); y entónces son debidos, no en virtud del *mutuum*, sino en virtud de esta causa particular y distinta de obligación. Esto es lo que importa observar bien.—Por lo demás, áun fuera del *mutuum* y de las estipulaciones especiales con que podría ir acompañado, y por cualquier motivo que la obligación principal exista, hay diversas circunstancias en que pueden devengarse intereses, ya en virtud de convención de las partes, ya en virtud de las cláusulas testamentarias ó de las disposiciones de la ley.

I. Is quoque qui non debitum 4. Aquel que recibe un pago
accept ab eo qui per errorem sol- que no le es debido y que se le

(1) Festo, á la palabra *Fœnus*.

(2) La economía política ha llegado en nuestros días á hacer un análisis más sutil y una mejor apreciación del interés, que comprende á un tiempo una prima por el riesgo corrido por el acreedor y un precio del arrendamiento por el uso, ó más exactamente por la disposición del capital dejado al deudor.

(3) Cod. 4. 52. *De usuris*, 26. § 1. const. Justin.: «*Illustribus quidem personis... minime licere ultra tertiam partem centesimæ... Illos vero qui ergasteriis præsumt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimæ... In trajectitiis autem contractibus, vel specierum fœneri dationibus usque ad centesimam... Ceteros autem (omnes) homines dimidiam tantummodo centesimæ, usurarum (nomine) posse stipulari.*»

(4) Cod. 4. 52. *De usuris*, 28.

(5) Dig. 19. 5. 24. f. Afric.—Cod. 4. 52. 3. const. Seyer. y Anton.—22. const. Philipp.

vit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ab eo condici potest si PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condicione magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is qui solvendi animo dat, magis distrahere voluit negotium quam contrahere.

Esta materia no pertenece á los contratos, sino á las obligaciones que se forman *quasi ex contractu*, pues no hay concurso de voluntad con el objeto de contraer obligacion: en adelante nos ocuparemos en ello.

II. Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit, longe distat; namque non ita res datur ut ejus fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latro-num hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. A is qui utendum accepit, sane quidem *exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur*; nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse; quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire; sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non hujus ipsius culpa is casus

hace por error, está obligado *re*; se da contra él al demandante, para repetir contra él mismo, la accion *condictitia*. En efecto, la condiccion *SI PARECE QUE DEBA DAR*, puede intentarse contra él absolutamente como si hubiese recibido un *mutuum*. Tambien el pupilo, á quien por error y sin autorizacion del tutor se le ha hecho un pago no debido, no está más obligado por la condiccion de no debido, de lo que lo estaria por una dacion de *mutuum*. Por lo demas, la especie de obligacion de que aquí se trata, no parece provenir de un contrato, pues el que da con el objeto de pagar, juzga más bien extinguir que producir una obligacion.

2. Aquel á quien se entrega una cosa para que se sirva de ella, es decir, en comodato, se halla tambien obligado *re*, y lo está á la accion *commodati*. Pero se diferencia mucho del que ha recibido un *mutuum*, porque la cosa no se le da en propiedad, y por consiguiente se halla obligado á restituir idénticamente la misma. Fuera de esto, aquel que ha recibido una cosa en *mutuum*, si llega á perderla por cualquier cosa fortuita, como por incendio, naufragio, ladrones ú otros enemigos, no queda ménos obligado: en cuanto al que ha recibido una cosa en comodato, debe sin duda *aplicar á su custodia un gran cuidado*, y no le bastará haber puesto el mismo cuidado que acostumbra poner en las cosas suyas propias, si una persona más cuidadosa hubiese

intervenerit. Alioquin, si id quod tibi commodatum est peregre tecum ferre malueris, et, vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio, amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si, nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est; alioquin, mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur; *gratuitum enim debet esse commodatum*.

podido conservarla; pero no está obligada á casos fortuitos ó de fuerza mayor, si no han sido causados por culpa suya. Pero si tú llevas á un viaje la cosa que te ha sido prestada en comodato, y la pierdes por naufragio ó por acometida de ladrones ú otros enemigos, no es dudoso que estés obligado á restituirla. No hay comodato propiamente dicho sino cuando el servicio de la cosa ha sido concedido sin ninguna retribucion ni obligacion de retribucion; desde el momento que hay retribucion se ve en el acto un arrendamiento, *porque el comodato debe ser gratuito*.

Las cosas en este contrato son consideradas *in specie* como cuerpo cierto. El objeto, el cuerpo mismo que ha recibido (*species*), debe idénticamente restituir el que ha recibido el préstamo (*qui commodatum accepit*). El prestamista (*commodans*) no le ha transmitido ni la propiedad ni aun la posesion; sólo en nombre del comodante, para él, y en cierto modo como su instrumento, lo retiene el comodatario: *«Rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus.»* — *«Nemo enim commodando, rem facit ejus cui commodat»* (1).

Tambien la obligacion y por consiguiente la accion del comodato tienen origen, aunque el que ha prestado las cosas no sea propietario de ellas. *«Commodare possumus etiam alienam rem quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus.—Ita ut etsi fur, vel prædo commodaverit, habeat commodati actionem»* (2).

Las cosas muebles (*res mobiles*) ó inmuebles (*res soli*) pueden ser objeto de un comodato (3). Aquellas de que no se obtiene comunemente servicio sino por el consumo (*quæ ipso usu consumuntur*), no pueden serlo sino en cuanto hayan sido por las partes consideradas como cuerpo cierto (*in specie*) y prestadas sólo para muestra y ostentacion (*ad pompam vel ostentationem*) por una utilidad cualquiera que de ellas se saque sin consumirlas (*Generalizacion del derecho*

(1) Dig. 13. 6. *Commodati, vel contra*. 8. fr. Pomp. y 9. fr. Ulp.

(2) Dig. 13. 6. *Commodati, vel contra*. 15. fr. Paul. y 16. fr. Marcell.

(3) Aunque Labeon no aplicase especialmente el nombre de comodato sino al caso de cosas muebles. (Dig. 13. 6. 1. § 1. fr. Ulp.)