

*tractibus ita demum pacto actio competit, si in continenti fiat. Nam quod postea placuit, id non petitionem sed exceptionem parit»* (1).—Estos pactos accesorios son los que se llaman en la doctrina moderna *pacta adjecta*.

La idea de la causa de las obligaciones no se halla expresada en el derecho romano de una manera principal y bien determinada: sin embargo, se halla tanto en realidad cuanto en expresion; pero con su carácter particular (2). Lo que los jurisconsultos romanos llaman la causa civil (*causa civilis*) de una obligacion, es decir, la causa segun el derecho civil, en los contratos *re* es la dacion ó entrega de la cosa; en los contratos verbales son las palabras; en los contratos literales es la escritura en la forma establecida; en los cuatro contratos del derecho de gentes se halla ménos materializada. Pero la jurisprudencia no se ha contentado con esto. Si ha tenido lugar un simple pacto, una convencion no obligatoria, pero que contenga promesas recíprocas, y una de las partes ha ejecutado voluntariamente lo que habia prometido, los jurisconsultos romanos han visto en esta ejecucion una causa de obligacion para la otra, sin lo que se enriqueceria á expensas de la primera. El pacto seguido de ejecucion por una de las partes se halla, pues, provisto de una causa de obligacion (*subest causa*), y se hace, por consiguiente, un contrato que se puede decir formado *re* en el sentido general de esta palabra (véase página 150). Los cuatro contratos reales del derecho civil, el *mutuum*, el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*, no son los únicos contratos formados *re*; pues se presenta una serie interminable, segun las convenciones con promesas recíprocas que caben en la imaginacion y en el interés de las partes. — Pero vemos que los jurisconsultos romanos han dicho de los verdaderos contratos del derecho civil, teniendo cada uno su existencia propia, su naturaleza distinta y efectos especiales, que no permanecen bajo la denominacion genérica de convencion, sino que pasan á la propia de un contrato: «*In suo nomine (conventionis) non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus; ut emptio venditio, conductio, societas, commodatum, et ceteri similes contractus*» (3); mientras que

(1) Cod. 2. 5. *De pactis*. const. de Maxim.

(2) Véase la expresion de *causa civilis* y la idea de causa en un fragmento de Pomponio. Dig. 15. 1. *De pecul.* 49. § 2.

(3) Dig. 2. 14. *De pactis*. 7. § 1. f. Ulp. El jurisconsulto continúa de esta manera: «§ 2. *Sed, etsi in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa*, elegantemente Aristo Celso respondit, esse obligationem; ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares dedi ut aliquid facias; hoc συγγέλ-

no puede decirse otro tanto de los pactos que se han hecho, contratos por efecto de la ejecucion. Aun cuando hubiesen recibido en la lengua un nombre particular, como, por ejemplo, el cambio (*permutatio*), no por eso dejan de continuar todos confundidos en una sola y única clase y gobernados por los mismos principios. De aquí ha venido el uso de calificar en la doctrina: á los primeros, de contratos llamados (*nominati*), y á los segundos, de contratos innominados (*innominati contractus*).—Estos contratos se refieren todos á una de las operaciones resumidas por el jurisconsulto Paulo del modo siguiente: *Do tibi ut des; aut do ut facias; aut facio ut des; aut facio ut facias»* (1), tomando la expresion *facere* en su sentido más amplio por toda prestacion. Se ve por esta fórmula que aquí se trata siempre de un primer hecho ejecutado: «*do, facio*».—¿Pero cuáles son las obligaciones que nacen de esta ejecucion? Esto es lo que importa conocer. El que ha ejecutado no tiene derecho para exigir precisamente que el otro dé ó haga á su vez lo que ha prometido, porque procediendo estas promesas de un simple pacto, no son obligatorias; pero como por el hecho, si la otra no ejecutase, se enriqueceria á sus expensas y le causaria un perjuicio, tiene derecho de perseguirla á fin de hacerla condenar, por falta de ejecucion, en todos los daños y perjuicios: «*ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere*» (2). Para esto tiene una accion que pertenece al derecho civil (*civilis actio*) (3); en la cual la pretension del demandante es indeterminada (*qua incertum petimus*), de donde ha procedido la calificacion de *incerta civilis actio* (4); pero que siendo comun á todos los contratos innominados, cualesquiera que sean, no tiene nombre especial para cada uno de estos contratos, y se designa bajo las denominaciones, ya solas, ya reunidas, de *actio in factum* ó *præscriptis verbis* (5), denominaciones que no significan ninguna otra cosa sino que, como se trata de contratos que no tienen en el derecho nombre propio, y formados sólo por los hechos que han ocurrido, el pretor en la primera parte de la fórmula, la *demonstratio*, las designa al juez por la manifestacion preli-

λαγμα, id est, contractum esse et hinc nasci civilem obligationem, etc.—§ 4. Sed, quum nulla subsit causa, propter conventionem, hic constat, non posse constitui obligationem.»

(1) Dig. 19. 5. *De præscriptis verbis et in factum actionibus*, 5. pr. f. de Paul.

(2) Ibid. § 1.

(3) Dig. Ibid. 1. § 2. f. de Papin.; 13. f. de Ulp.—Cod. 2. 4. *De transact.* 35. const. de Dioclec.

(4) Dig. 19. 5. *De præscriptis verbis et in factum actionibus*. 6. f. de Nerat.—Cod. 4. 64. *De rerum permutatione et præscriptis verbis*. 6. const. de Dioclec. y Maxim.

(5) Dig. Ibid. 22. f. de Gay.

minar de los hechos: «*Actio quæ præscriptis verbis, rem gestam demonstrat*», dice muy clara y lacónicamente una constitucion de Alejandro (1); despues en la *intentio* venian estas expresiones generales que establecian una cuestion de derecho civil (*in jus concepta*) sin limitacion determinada (*incerta*): «*QUIDQUID OB EAM REM..... DARE FACERE OPORTET.*» — Hay ademas en esto de particular que si el contrato innominado ha sido formado por la dacion de una cosa, como es posible devolver ésta, el que ha dado puede arrepentirse, mientras que lo haga sin perjudicar al otro contratante: «*licet pœnitere ei*»; es decir, que se le admite que varie de resolucion y que pida que se le restituya la propiedad de la cosa que ha dado (2): «*Vel si meum recipere velim repetatur quod datum est, quasi ob rem datam re non secuta*» (3). Hay para esto una condicion que se llama: *condictio causa data causa non secuta*; ó en otros términos: *condictio ob causam datarum* (4).

El cambio (*permutatio*) no es más que un contrato de esta naturaleza, formado no por el solo consentimiento de las partes, sino por la dacion de una cosa para que otra sea dada en retorno: «*do ut des.*» Todo lo que acabamos de decir de los contratos innominados en general, tanto con relacion á la accion *præscriptis verbis*, cuanto á la *condictio*, se aplica al mismo. Se ve por esto cuánto se diferencia el cambio de la venta en sus efectos y en las acciones que de él resultan. Es preciso observar tambien, como diferencia marcada, que en el cambio la convencion entre las partes es de transferirse recíprocamente la propiedad: «*do ut des;—utriusque rem fieri oportet*»: lo que no tiene lugar en la venta. De tal manera que si uno de los contratantes ha entregado una cosa que no era suya, no ha habido permuta. «*Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*»; y el que de esta manera ha recibido la cosa de otro, puede inmediatamente reclamar la suya por la condicion, ó proceder por daños y perjuicios por la accion *præscriptis verbis* (5).

(1) Cod. 2. 4. *De transact.* 6. const. de Alejand.—Verémos en adelante que la expresion *in factum concepta* aplicada á las fórmulas tenia un sentido diferente, que es preciso no confundir con éste.

(2) Dig. 12. 4. *De conditione causa data causa non secuta*, 3. § 2; y 5 pr. f. de Ulp.

(3) Dig. 19. 5. *Præscript. verb.* 5. § 1. f. de Paul.

(4) Dig. 12. 4. *De conditione causa data causa non secuta.*—19. 5. *Præscript. verb.* 5. §§ 1 y 2. f. de Paul.; y 7. f. de Papin.—19. 4. *De rerum permutat.*

(5) Dig. 19. 4. *De rerum permutatione.*—Cod. 4. 64. *De rerum permutatione et præscriptis verbis.*—19. 5. *De præscript. verb.* 5. § 1. f. de Paul.

*Pactos provistos de accion por el derecho pretoriano. — Pactos llamados pretorianos (pacta prætoria).*

El pretor ha procedido de otro modo en ciertos casos. Ha distinguido ciertas convenciones particulares que ha hecho obligatorias por efecto solo del consentimiento, acompañándolas de una accion especial de creacion suya. Estas convenciones son las que se llaman en la doctrina pactos pretorianos (*pacta prætoria*). — Entre estos pactos el más notable sin disputa es el pacto de constituto. Existiendo una deuda, ya civil, ya pretoriana, ó aun ya puramente natural (1), si el deudor ú otro cualquiera prometiese, sin estipulacion ni contrato *litteris*, sino por un simple pacto, pagar esta deuda preexistente, el pretor consideraba esta promesa como obligatoria, y daba una accion pretoriana para reclamar su ejecucion. Este pacto es el que los romanos llamaban *constitutum*, constituto. Tomaba su origen de una institucion análoga del derecho civil, que el pretor habia imitado generalizándola.

En efecto, el uso de los banqueros que hacian el comercio de dinero, y que por esto se llamaban *argentarii*, se practicaba desde los antiguos tiempos y se hallaba sancionado por el derecho civil. Con frecuencia el cliente, en relaciones de negocios con un *argentarius*, cuando era deudor de alguno, llevaba á su acreedor á casa de su banquero, quien pagaba por cuenta de aquel, ó al ménos prometia pagarle en tal dia determinado. Se llamaba esto *recipere*, es decir, *recibir dia para el pago*; y por excepcion de las reglas ordinarias, esta promesa del banquero, aunque hecha sin solemnidad, ni *verbis*, ni *litteris*, sino por simple convencion, era reconocida obligatoria por la jurisprudencia civil y resultaba una accion de derecho civil llamada *actio receptitia*.

El pretor no hizo más que generalizar esta institucion, y aplicar á todos sin distincion lo que sólo tenia lugar en derecho civil para los banqueros, cuando estableció por su edicto que cuando una persona cualquiera hubiese, aun por simple pacto, dado y constituido un dia para el pago de una deuda preexistente, haria ejecutar esta convencion. Así como *recipere* significaba *recibir dia para el pago*, del mismo modo *constituere* significó *dar dia para el pago de una*

(1) Dig. 13. 5. *De pecun. const.* 1. §§ 6 á 8. f. de Ulp.

*deuda preexistente*; y resultó de aquí una acción pretoriana llamada *actio de constituta pecunia*, como de la simple indicación de día dada por el banquero nacia la acción civil *receptitia*.—Salvas, entre estas dos acciones, algunas diferencias importantes que expondremos en su lugar.

La indicación de un día fijo para el pago era de tal modo esencial en el constituto, que si sólo había habido simple convención de pagar, sin constitución de día, se habría podido sostener con sutilezas que no se debía. Pero el jurisconsulto Paulo nos enseña que en este caso se dará un breve plazo de diez días por lo ménos (1).

El texto mismo del edicto relativo á esta institución pretoriana se conserva, no en su totalidad, sino en su mayor parte, en los fragmentos del Digesto (2). Y Ulpiano nos da á conocer en estos términos el motivo general del pretor: «*Hoc edicto prætor favet naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit: quoniam grave est fidem fallere*» (3).

Ahora, si queremos penetrar cuál era la utilidad ó el efecto de esta innovación del pretor, la hallaremos mayor de lo que parece á primera vista. Decimos desde luego que esta promesa por simple pacto de pagar la deuda preexistente no variaba en nada la existencia de dicha deuda; no formaba una nueva obligación, extinguiendo la primera y reemplazándola, sino que era una obligación nueva y concomitante, que dejaba subsistir la primera tal como se hallaba. Sólo el pago extinguía las dos á un tiempo: «*Solutio ad utramque obligationem proficit*» (4).—Esto supuesto, si la primera fuese una obligación reconocida por el derecho civil, ó aún sólo por el derecho pretoriano, y ya, por consiguiente, provista de una acción, el constituto hecho por el mismo deudor, salva la ventaja de tener dos acciones, frecuentemente de naturaleza diversa, en vez de una, no presentará notable utilidad sino en cuanto las partes hayan introducido en este pacto de pago algunas modificaciones á lo que exigiria la obligación preexistente. Era en efecto lo que podía tener lugar en caso semejante y lo que debía ocurrir con más frecuencia (5).—Pero si se supone que la primera obligación fuese una obligación natural,

(1) Dig. 13. 5. *De pecunia constituta*. 21. § 1. f. de Paul.

(2) Ibid. 1. § 1. y 16. § 2. f. de Ulp.—Cod. 4. 18. *De constituta pecunia*.

(3) Dig. Ibid. 1. pr. f. de Ulp.

(4) Ibid. 18. § 3. f. de Ulp.; y 28. f. de Gay.

(5) Ibid. 1. § 5. f. de Ulp.; 4. f. de Paul.; 5. pr. f. de Ulp.; y 25. pr. f. de Papin.

procedente, por ejemplo, de un simple pacto, y por consiguiente falta de acción, el constituto, ó pacto de pago, viene á dar al acreedor la acción que le faltaba. De tal manera que en definitiva es el medio de obtener en dos veces, es decir, en dos pactos, lo que no podría obtenerse en uno solo (1).—En fin, en todos los casos, si el constituto se hace por un tercero, que no sea el deudor, presenta una grande utilidad; porque dicho tercero se encuentra obligado como en fianza de la deuda de otro, sin que por su parte haya habido ni mandato, ni fideyusion: es otra especie de intercesor por simple pacto.—Se ve que en definitiva el constituto es un medio fácil é ingenioso, ya de modificar por simple pacto el cumplimiento de una obligación aunque sea civil, ya de hacer obligatorio por simple pacto el cumplimiento de una obligación puramente natural, ya en fin de darse por simple pacto caución de la deuda de otro.

El constituto no se aplicaba en su origen sino á las obligaciones de cosas *quæ numero, pondere, mensurave consistunt*, designadas con la denominación general de *pecunia*; Justiniano lo extendió á toda clase de cosas, y refundió en todos los puntos de la acción pretoriana de *constituta pecunia*, la antigua acción civil *receptitia* (2).

*Pactos provistos de acción por el derecho imperial.*—*Pactos llamados legítimos* (pacta legitima).

Las constituciones imperiales hicieron á su vez en ciertas convenciones lo que el edicto del pretor había hecho en otras; las hicieron obligatorias, y que produjesen acción por el solo consentimiento de las partes. Pero aunque estas constituciones tuviesen el carácter de leyes y formasen parte del derecho civil, las convenciones por ellas sancionadas no fueron honradas con el título de *contrato*, cuya lista parecía irrevocablemente cerrada; conservaron la denominación de pactos, á la que hubo derecho de añadir el epíteto de *legítimos*. Paulo nos da en los términos siguientes la definición de estos pactos: «*Legitima conventio est, quæ lege aliqua confirmatur; et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus-consulto adjuvatur.*»—En todos los casos en que no han sido acompañados de una acción especial, les es aplicable una acción co-

(1) Ibid. 1. § 7. f. de Ulp.

(2) Cod. 4. 18. *De constitut. pecun.* 2. const. de Justin.

mun á todos, la *condictio ex lege*. Tal es el principio expuesto por el jurisconsulto Paulo: «*Si obligatio lege nova introducta sit, nec eadem eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est*» (1).—En el número de los pactos legítimos se observan principalmente la donacion (*donatio*), y el simple pacto de constitucion de dote (*de dote constituenda*), de que ya hemos tratado (t. I, página 437 y sig., 442 y sig.).

*De los pactos nudos ó meros pactos (nuda pactio; pactum nudum).*

Fuera de los casos diversos que acabamos de examinar, la convencion carece de accion. La vemos á veces calificada por los jurisconsultos romanos de *nuda pactio, pactum nudum* (2); de donde ha procedido la denominacion de pactos nudos, usada hoy.—Pero estas convenciones no han permanecido en el rigor del estricto derecho civil, careciendo de todo efecto. La jurisprudencia las ha reconocido como capaces de producir obligaciones naturales; son una de las fuentes más abundantes de esta especie de obligaciones. Es preciso, pues, para conocer sus efectos, referirse á lo que ya hemos dicho de la obligacion natural (p. 141). Lo principal es que, si la ocasion se presenta, se podrán hacer valer por excepcion. «*Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*» (3).

## TITULUS XXVII.

## DE OBLIGATIONIBUS QUASI EX CONTRACTU.

Post genera contractuum enumerata, discipiamus etiam de iis obligationibus quæ non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

Ya hemos explicado la expresion: *obligationes quæ quasi ex contractu nascuntur* (p. 148). Sabemos que, segun el antiguo derecho romano en todo su rigor, las dos causas primitivas de obligacion son

(1) Dig. 12. 2. De conditione ex lege. 1. f. de Paul.

(2) Dig. 2. 14. De pact. 7. § 5. f. de Ulp.—Cod. 5. 14. De pactis conventis. 1. const. de Sever. y Anton.

(3) Dig. 2. 14. De pactis. 7. § 5. f. de Ulp.

únicamente el contrato (*contractus*) y el delito (*maleficio* ó *delictum*), de tal modo que cuando la jurisprudencia civil ha reconocido otras causas que no correspondian á ninguna de éstas, ha dicho, sin embargo, de ellas que éran imitaciones ó figuras variadas de estas causas primitivas (*varie causarum figurae*), las ha asociado ya al contrato, ya al delito, segun que ofrecian más analogía con el uno que con la otra, y ha dicho que la obligacion nacia *quasi ex contractu* ó *quasi ex delicto*. De donde se han formado en nuestro derecho, por abreviacion, los sustantivos *cuasi-contratos* y *cuasi-delitos* para designar estas nuevas fuentes de obligaciones. Despues de las que resultan de los contratos (*ex contractu*), el texto expone las que nacen *quasi ex contractu*.

La obligacion, como todo derecho, en esto como en todo, es producida por un hecho. Pero este hecho tiene de particular: por una parte, que no contiene ninguna convencion, ninguna conformidad de voluntades entre las partes acerca de la obligacion que produce, de tal manera que no puede decirse que sea un contrato; por otra parte, que siendo licito este hecho, no puede decirse tampoco que sea ni un delito, ni áun la figura de un delito. Y como en definitiva se acerca más al contrato que al delito, se le asocia al contrato.—Los principales de estos hechos de que sucesivamente trata nuestro texto son: 1.º, la gestion de los negocios de otro sin mandato expreso ni tácito (*negotiorum gestio*); 2.º, la tutela y la curatela; 3.º, la comunidad, ya de cosas particulares, ya de universalidades que existen entre muchos sin convencion de sociedad (*communio incidens*); 4.º, la aceptacion de una herencia, y 5.º, en fin, el pago hecho por error de una cosa no debida (*solutio indebiti*). Considerando esto más de cerca, se descubre la particularidad bien notable de que el mayor número de los hechos que producen obligaciones los tienen análogos en un contrato determinado del derecho civil, de los que son como figuras en cierto modo. Así la gestion de negocios, la tutela y la curatela son como figuras variadas del contrato de mandato; y la comunidad accidental es como figura del contrato de sociedad. En fin, el pago hecho con equivocacion de lo que no se debe es comunmente como figura del contrato de *mutuum*. Pero esta analogía tan íntima no se presenta en todos los casos. Y por otra parte, nunca se trata sino de una figura imperfecta, pues el rasgo común y característico de estos hechos consiste en la falta ó carencia de convencion entre las partes.—El principio de razon que domina estos hechos, y que