

en estos términos: «*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutum nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel præstandum*» (1); indicando igualmente por esto que la obligacion no produce ningun derecho directo del acreedor á la cosa (que llamamos *derecho real*), que permita á éste disponer ó sacar partido en alguna manera de la cosa, sino sólo un derecho contra el deudor, para obligarle á suministrar la cosa. — *Dare, facere, præstare*: la reunion de estas tres palabras es solemne en las fórmulas y en los textos de las leyes romanas para abrazar en toda su generalidad el objeto que pueden tener las obligaciones (2). *Dare*, en su acepcion propia, se refiere á la traslacion de la propiedad romana (3); la palabra indica que el deudor está obligado á transferir la cosa en propiedad. *Præstare*, por el contrario, se usa en los casos en que sólo se trata de prestar ó suministrar la cosa para poder usar de ella ó de disfrutar más ó ménos de la misma, como sucede en el caso de arrendamiento (4); pero, á decir verdad, la palabra *præstare* es de la mayor generalidad y se aplica á toda especie de ventaja que se trate de proporcionar, ó para castellanizar la palabra, á toda especie de *prestacion*.

Diversas especies de obligacion.

El jurisconsulto romano no define la obligacion sino conforme al derecho civil, al derecho de la ciudad (*secundum nostræ civitatis jura*). En efecto, este vínculo jurídico que liga una persona con otra, considerado, no en el punto de vista de la pura razon, sino como que pone efectivamente á la disposicion de la una medios coercitivos, y en caso necesario la fuerza pública para obligar á la otra á cumplir ó á pagar, dicho vínculo recibe su eficacia positiva del derecho civil, que lo establece ó lo reconoce, y que para llevarlo á efecto hasta se vale del poder de la ciudad.—El

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

(2) Las encontramos en Gayo como fórmula de la accion *in personam*: «*In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis ex contractu, vel ex delicto obligatus est; id est, cum intendimus: Dare, facere, præstare oportere.*» (Gay. Com. 4. § 2.)—Paulo nos las muestra en los textos de la ley JULIA PAPPIA. (Dig. 38. 1. 37. pr. f. Paul.)—Ulpiano en las fórmulas de estipulacion. (Dig. 19. 1. 13. § 6. f. Ulp., etc., etc.)

(3) Dig. 45. 1. 75. § 10. f. Ulp.; 103. f. Modest.—50. 17. 167. f. Paul.—18. 1. 25. § 1. f. Ulp.

(4) Dig. 19. 1. 11. § 2. f. Ulp.—19. 2. 15. §§ 1 y 2. f. Ulp.; y 19. § 2. f. Ulp.

derecho romano ha seguido aquí su carácter exclusivo. Al principio no ha tenido más obligaciones que las establecidas segun las formas, ó en los casos especialmente reconocidos por el estricto derecho civil; fuera de esto no habia vínculo jurídico, ninguna obligacion, ningun efecto de derecho.—Con el tiempo, templando la jurisdiccion pretoriana, en esta parte como en otras, el rigor primitivo, reconoció otros modos ú otros casos de obligaciones, y suministró medios pretorianos de llevarlos á efecto. El mismo legislador sancionó despues é hizo ineficaces casos que se hallaban absolutamente fuera del puro derecho civil.—En fin, las obligaciones reconocidas por el derecho de gentes ó por la simple razon filosófica no han carecido de resultado: bajo el nombre de obligaciones naturales la jurisprudencia las ha reconocido y les ha atribuido, si no la fuerza de las demas obligaciones, al ménos efectos importantes en las relaciones jurídicas: «*Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus*», dice Paulo en un fragmento inserto entre los axiomas del derecho (1).—De donde procede en el derecho romano la triple division de las obligaciones: obligaciones civiles (*civiles obligationes*), pretorianas ú honorarias (*pretoriae vel honorariae obligationes*), y naturales (*naturales obligationes*) (2).

I. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur; namque aut civiles sunt aut pretoriae. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ aut certo jure civili comprobatae sunt. Pretoriae sunt, quas pretor ex sua jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.

I. Todas las obligaciones se reducen á una division principal de dos clases, y son, ó civiles ó pretorianas. Civiles, las que han sido ó establecidas por las leyes ó reconocidas por el derecho civil. Pretorianas, las que el pretor ha constituido en virtud de su jurisdiccion: estas últimas se llaman tambien honorarias.

Aut legibus constitutæ. Esto parece hacer alusion á las obligaciones expresamente constituidas por las leyes civiles, debiendo estrictamente su existencia al derecho civil de los romanos, sin consideracion al derecho de gentes ni á la equidad natural.

Aut certo jure civile comprobatae. Aquí se trata de las obligaciones que sólo pertenecian al principio al derecho de gentes, pero

(1) Dig. 50. 17. 84 § 1. f. Paul.

(2) Hallamos esta division bien marcada en un fragmento de Ulpiano, que dice, hablando de la novacion: «*Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria.*» (Dig. 46. 2. 1. § 1.)—Se halla igualmente en un fragmento de Marciano, en que habla de la hipoteca: «*Et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali.*» (Dig. 20. 1. 5. pr.)

que posteriormente, admitidas y confirmadas por el derecho civil, pasaron á este derecho y formaron parte de él. Las nociones históricas que vamos á exponer nos ilustrarán en breve esta materia.

Efectos de la obligacion.

El efecto principal y propio de la obligacion consiste en la necesidad que tiene el deudor de cumplir ó pagar, es decir, de hacer la prestacion á que se ha obligado. Si falta á ello, tiene el acreedor una accion para obligarle.

Así, toda obligacion civil, es decir, existente segun el derecho civil, produce una accion de derecho civil. De donde ha procedido el uso entre los juriscultos romanos de hacer que caminen juntas las dos palabras *obligatio* y *actio*, como dos ideas correlativas, de las cuales la una supone la otra, y que pueden, en cierto modo, emplearse como sinónimas, si se toma la causa por el efecto. De *obligationibus et actionibus*, se encabezan los títulos del Digesto y del Código destinados á esta materia (1).

Las obligaciones pretorianas ú honorarias, introducidas por la jurisdiccion del pretor, producen tambien una accion, pero una accion pretoriana, ya de las acciones útiles, es decir, de las acciones civiles ya existentes, extendidas por causa de utilidad y por analogía á casos en que rigurosamente y segun el derecho civil no serian aplicables, ya de las acciones pretorianas especiales (2).

En fin, las obligaciones naturales, que se deducen del derecho de gentes y de la razon filosófica, sin que el derecho civil ni el pretoriano las haya confirmado, no producen ninguna accion, ni civil ni pretoriana. Pero la jurisprudencia les ha reconocido otros efectos. Así, una vez cumplida la obligacion natural, lo que ha sido pagado no puede ya reclamarse como no debido y pagado por error (3). Se puede hacer valer la obligacion natural por medio

(1) Dig. 44. 7. — Cod. 4. 10. — Lo que sin embargo no debe hacer perder de vista que los derechos reales se defienden y reclaman tambien por medio de acciones. Pero veremos que en toda accion, y aun en las acciones reales, hay en verdad, y analizándolas con sutileza, obligacion, vínculo jurídico de una persona con otra.

(2) Dig. 13. 5. 1. § 8. f. Ulp. — Dig. 50. 16. 10. f. Ulp.

(3) Dig. 12. 6. 19. pr. f. Pomp. « *Naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest.* » — Ib. 64. f. Trifon. « *Repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum.* » Véase tambien Dig. 14. 8. 9. §§ 4 y 5. f. Ulp.; y 10. f. Paul. — Dig. 44. 7. 10. f. Paul. « *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit; verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.* » Véase tambien Dig. 46. 1. 16. § 4. f. Julian.

de las excepciones, si llega la ocasion (1); así se la puede hacer entrar en compensacion (2). En fin, la obligacion natural puede ser objeto de una novacion (3), y servir de base á contratos accesorios, que suponen una obligacion preexistente, tales como la *fidejusion*, la constitucion de la prenda ó hipoteca (4).

Orígenes ó causas de las obligaciones en general.

Pero ¿cómo puede suceder que una persona se encuentre ligada y obligada hácia otra? En otros términos, ¿cuáles pueden ser las causas de las obligaciones entre particulares? Examinaremos la cuestion primero filosóficamente, y en seguida en su parte histórica, segun el derecho romano.

Filosóficamente sabemos que todo derecho es producido por un hecho (*General. del derecho rom.*, p. 88); lo mismo sucede con la obligacion; no hay una obligacion que no proceda de un hecho. ¿Cuáles son, pues, los hechos que pueden producir este resultado? — Aquí pueden presentarse, ya el consentimiento recíproco de las partes, ya hechos independientes de su consentimiento, ocurridos por la voluntad de una de ellas solamente, ó sin la voluntad de una ni de otra.

En cuanto al consentimiento, es la conformidad de las dos partes; no tiene en su objeto ni en sus motivos nada que sea contrario á la moral ó al orden público, ni nada que sea físicamente imposible; si el consentimiento se da con suficiente capacidad, exento de error, de dolo y de violencia, desde el momento en que las partes han consentido en que una de ellas quedase ligada y obligada con la otra, la razon natural nos dicta que puede haber en esto un hecho generador de obligacion.

Independientemente del consentimiento recíproco: — Si una persona ha causado perjuicio á otra, ya voluntariamente y con mal propósito, ya involuntariamente, pero por culpa suya, el principio de razon natural, de que es preciso reparar el mal que se ha causado á sabiendas, nos dice que hay aquí un hecho productor de

(1) Dig. 2. 14. 7. § 4. f. Ulp.: « *Nuda pactio obligationem non parit, sed varit exceptionem.* »

(2) « *Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.* » (Dig. 16. 2. 6. f. Ulp.)

(3) Dig. 46. 2. 1. § 1. f. Ulp.

(4) Dig. 46. 1. 16. § 3. f. Julian. « *Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur.* » — Dig. 20. 1. 5. pr. f. Marcian., y 14. § 1. f. Ulp.

obligacion. Si una persona se encuentra que tiene, por una circunstancia cualquiera, lo que pertenece á otra; si aparece enriquecida, de un modo cualquiera, en detrimento de otra, ya voluntaria, ya involuntariamente, el principio de razon natural de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro, y de que hay obligacion de restituir aquello con que de este modo se haya enriquecido cualquiera, nos dice tambien que hay en esto un hecho causador de obligacion.

Así, por un lado el consentimiento de las partes, y por otro los innumerables hechos que son producto, ya de la voluntad ó actividad del hombre, ya de causas que se hallen enteramente fuera de él, por efecto de las cuales puede una persona haber ofendido por culpa suya á otra, ó haberse enriquecido con perjuicio de alguna, nos ofrecen innumerables y diariamente repetidas causas de obligacion, que todas ellas se colocan, sin embargo, bajo los principios comunes de la razon natural. — Añádanse á esto, en la constitucion de la familia ó de la sociedad, destino necesario y esencial del hombre, ciertas relaciones entre personas, que deben producir vínculos de derecho, obligaciones de una con respecto á otra; por ejemplo, produciendo el hecho de la generacion obligaciones mutuas entre el padre y la madre, por una parte, y los hijos por otra, por el motivo de que los unos han dado la existencia y los otros la han recibido, tenéis otra fuente de obligaciones segun los principios de la pura razon filosófica.

En lo que concierne á las fuentes de las obligaciones, vamos á descubrir nuevamente en nuestras observaciones históricas toda la primitiva rudeza del derecho civil de los romanos, y despues su modificacion sucesiva por el progreso de la civilizacion y por la intervencion, cada vez mayor, del derecho de gentes. — Desde luego el vínculo jurídico que liga una persona con otra, que obtiene en caso necesario el concurso de la fuerza pública para su efecto, no se rige en nada por la equidad natural; depende exclusivamente del estricto derecho civil: ó está uno obligado segun el derecho civil, ó no lo está absolutamente; y cuando lo está uno civilmente, poco importa que la equidad natural lo apruebe ó lo condene. — Por lo demas, los casos en que el derecho civil crea ó reconozca este vínculo jurídico se hallan rigurosamente precisados, y son poco numerosos.

Respecto de aquellos en los cuales entra la mutua voluntad de

las partes, el solo consentimiento es por sí mismo impotente: se necesita una naturaleza y una forma ménos espiritualizadas, una expresion más ruda y más sensible, una envoltura más material (véase *General. del derecho rom.*, p. 89). La obligacion no se contrae voluntariamente entre partes sino por la pieza de metal y el peso (*per aes 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 tambien para crear la obligacion del derecho civil, y este acto toma el nombre genérico de *nexum*. «*Nexum* (nos dice Varron, segun el jurisconsulto Mucio Scevola), *nexum Mucius Scævola scribit quæ per aes et libram fiant, ut obligentur, præterquam quæ mancipio dentur*» (1). — «*Nexum* (nos dice Festo, segun otro jurisconsulto), *nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes 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 aes 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 obligacion? Todo induce á creer que en los primitivos tiempos no se habian reconocido otras obligaciones formadas voluntariamente entre las partes que las que eran la consecuencia y como el precio de la dacion de una cosa realizada segun el derecho de los romanos (*re obligatio*); que las que se hallaban formuladas como ley de semejante dacion (*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 dacion romana de que la obligacion era el precio, han sido tambien empleados de un modo puramente simbólico, con el solo objeto de contraer una obligacion, de

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

(2) FESTO, á la palabra *Nexum*; — CICERON. *Pro Mur.*, 2. — Véase tambien á Gay. *Com.* 3. § 173; y vestigios de la expresion, en el Digesto, 42. 4. 1. § 4. f. Ulp. — 49. 14. 22. § 1. f. Marcian., etc., etc.

(3) FESTO, á la palabra *Nuncupata*.

(4) CICERO. *Topic.* 10. — *De offic.* III. 6. — Véase tambien un vestigio de esta expresion *legem mancipii dicere* en el Digesto, 50. 17. 73. f. Quint. Muc. Scævola.

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 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. I, ps. 510 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 (*litterarum 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 simple 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 obli-

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

(2) Gay. Com. 3. § 88.

CAPILLA ALFONSO
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

gacion, 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 (*variae causarum figurae*); que la obligacion nace como naceria un contrato (*quasi ex contractu*), ó como naceria de un delito (*quasi ex delicto*). Véase por qué Gayo en otra obra aprecia así en general las causas de las obligaciones: «*Obligaciones 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 demas, es preciso añadir las obligaciones que resulten de las relaciones entre las personas en la constitucion de la familia y de la sociedad, y que la misma ley impone (*obligaciones quae ex lege nascuntur*). Verémos, sin embargo, que los jurisconsultos romanos las hacian entrar tambien, 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 quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quatuor sunt species; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

2. Una division 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 introduccion de las ideas filosóficas y del

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

(2) Modestino no ha seguido el método de clasificacion histórica, sino una enumeracion 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.)

derecho de gentes. Estas ideas se extendieron, y el lenguaje jurídico se modificó y aumentó.

Convencion (*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 (1). En el derecho 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*» (2). Sólo en casos absolutamente excepcionales y privilegiados produce un vínculo de derecho la simple pollicitacion (3).

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 (4).

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 verémos, pueden modificar este rigor y dar á los pactos diversos efectos jurídicos.

(1) Dig. 2. 11. *De pactis*. 1. § 2. f. Ulp.—El mismo jurisconsulto nos da tambien la etimología de las dos palabras: «*§ 1. Pactum autem a pactione dicitur, inde etiam pactis nomen appellatum est.*—§ 3. *Conventio*nis verbum generale est, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causa, consentiunt qui inter se agunt; nam sicuti *conventio* 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.»

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

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

(4) «*Juris gentium convenciones quaedam acciones partunt, quaedam exceptiones.*—§ 1. *Quae partunt acciones, 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 Praetoris urbani definit.... contractum.... utro citroque obligationem, quod Graeci ἐνυλλάγμα vocant.*» (Dig. 50. 16. 19. f. Ulp.)

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.

TITULUS XIV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR
OBLIGATIO.

En el sentido más general se dice que una obligación 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 obligación 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 obligación principal y esencial que los caracteriza no puede nacer sino en tanto que ha habido entrega y prestación 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 obligación esencial y característica es la de entregar; mas no puede haber cuestión acerca de *entregar*, sino en cuanto se ha *recibido* previamente. No sólo en derecho romano, sino en toda legislación, 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 contraían *nexu* por la pieza de metal y por el

(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.

peso (*per æs et libram*), estos contratos no se formaban sólo por la simple tradición de la cosa; la solemnidad simbólica debía cumplirse. Así sabemos que en el *mutuum* (según la expresión antigua *æs creditum*), aunque se trate de cosas *nec mancipii*, el peso y el metal intervenían, ya para el acto real de pesar, ya como símbolo de los tiempos en que, no existiendo la moneda, el metal se media 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 demás 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 tradición ó prestación 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 después 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 el título de *rebus creditis*, trataba, en su edicto del *mutuum*, del comodato y de la prenda. Pero más particularmente se emplea la expresión 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,

La obligación se contrae por la cosa, *re*, por ejemplo, por la dación de un *mutuum*. Esta dación 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 pe-

(1) Gay. Com. 1. § 122.

(2) Gay. Com. 2. § 60.—Véase también á VARRÓN, *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 (pretor): omnes enim contractus quos alienam fidem secuti institimus, complectitur: nam ut lib. 1. Questionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est. Ideo sub hoc titulo prætor et de commodato 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.)—«Credendum ergo a mutuo differt, quia genus a specie; nam creditum existit extra eas res que 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. § 5. f. Paul.)*