

toman las partes interesadas para poder hacer la prueba de los hechos, pueden aplicárseles, y se les aplican frecuentemente, las expresiones generales de derecho romano *cavere* y *cautio*. En efecto, hallamos estas expresiones usadas por los jurisconsultos para designar la escritura probatoria en diversos contratos; por ejemplo, el depósito, la venta, la estipulación, la fideyusion, y frecuentemente también el instrumento de saldo ó finiquito destinado á acreditar el pago (1).—Pero *cautio* designa más especialmente la promesa escrita de pagar una suma determinada de dinero (*certa pecunia*), en la mayor parte de los casos, como consecuencia de un *mutuum* ya hecho ó que se ha de hacer. En este sentido, la palabra general *cautio* se particulariza en su significacion, y se asemeja de tal modo á la de *chirographum*, que nos parece que llega á ser sinónima de ella. Ya en el lenguaje de los jurisconsultos romanos las dos palabras se confundían á veces (2). Una constitucion imperial de Alejandro Severo califica de obligacion la *cautio* (3). En fin, en tiempo de Arcadio, Honorio y Teodosio se nos presenta por estos príncipes como medio de formar la obligacion *litterarum* (4). El *codex accepti et expensi* y los *nomina*, tanto *arcaria* cuanto *transcriptitia*, han caído en desuso. Los mismos *syngraphæ*, aunque proceden del derecho de gentes, no aparecen ya. Los *chirographa* se presentan todavía algunas veces en su deno-

(1) Para el depósito véanse tres ejemplos de semejantes escritos: Dig. 16. 3. *Depositum*; 24 f. Papin.; 26. § 1. f. Scæv. «L. Titius ita cavet, habeo apud me titulo depositi»; y § 2. «epistola carili... etc., etc.—En materia de venta, Dig. 18. 2. *De lege commissi*. 2. fr. de Pomp.... etc.—En materia de estipulación: Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 121. pr. fr. de Papin. «ex ea parte cautionis»; y 134. § 2. fr. de Paul: *litteris suis præstatorum se caverit pecuniam*.—45. 2. *De duob. reis*. 11. §§ 1 y 2. f. Papin.: «cum ita cautum inveniretur».—Cod. 8. 38. *De contrah. stipul.* 1. const. de Sever. y Anton. «Licet. epistolæ.... additum non sit stipulatum esse eum cui Cavebatur».—Para fideyusion: Cod. 8. 41. *De fidejus.* 27. const. de Justinian. «*Cautionem* faciat ostendens se fidejus-orem extitisse», etc., etc.—Para el finiquito: Dig. 46. 3. *De solution.* 5. § 3. f. de Ulp. «si quis cavet debitori: in sortem et in usuras se accipere».—Dig. 22. 3. *De probation.* 15. f. Modest.: «*Fideicommissa solvit, cautionem accepit*».—Cod. 8. 43. *De solution.* 6. const. de Gordian: «*Universum se recepisse ait*», etc., etc.

(2) Dig. 13. 6. *Commodat.* 5. § 8. f. de Ulp. «Si tibi codicem commodaveris, et in eum *chirographum* debitorem tuum cavere feceris.»

(3) Cod. 30. 4. *De non numerat. pecun.* 7. const. de Alejand. «Si quasi accepturus mutuum pecuniam adversario caritis: quæ numerata non est, per conditionem obligationem repetere.... potestis.»

(4) Cod. Teod., lib. 2, tit. 4. *De denuntiatione vel editione rescripti.* 6. const. de Arcad., Honor. y Teod. «Si quis debiti quod vel ex fenore, vel mutuo data pecunia sumpsit exortium, vel ex alio quolibet titulo, in *litterarum obligationem*, facta cautione, translatus est.»—Es precisamente lo que Gayo nos dice del antiguo contrato *litteris*: la traslación ó conversion de una obligacion primitiva en una obligacion literal.—Añádase el lib. 2, tit. 27. *Si certum petatur de chirographis* en el mismo código.

minacion, hasta en el cuerpo del derecho de Justiniano; pero tienen por palabra sinónima la *cautio*, entendida como promesa escrita de pagarnos una cantidad determinada, las más veces por causa de *mutuum*. *Cautio* es verdaderamente la denominacion reconocida y casi siempre usada (1). Pero ¿cuáles eran los efectos del *chirographum*, así transformado, ó de la *cautio* su sinónima? Esto es lo que importa adivinar. Más de una vez se ha ridiculizado á Justiniano con motivo de su obligacion *litterarum*, imaginada, según se dice, por él, en honra de la antigua division de los contratos. Fácil será convencernos de que los redactores de la Institucion de Justiniano no inventaron nada; y que lo que verdaderamente hicieron fué tomar el contrato *litteris*, tal como en sus transformaciones habia llegado hasta ellos, tal como en su tiempo existia en la sociedad y en la práctica de los negocios. Ya Teófilo nos lo decia en estos términos: «*Invenias tamen et hodie, si diligentius inspicias, in communi vita versari quandam litterarum obligationem, sed quæ aliam formam aliamque figuram habeat*» (2). Algunas explicaciones acerca de nuestro párrafo nos lo van á demostrar.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur; quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, et eo ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum

Se contraía en otro tiempo una obligacion, que se decia formada *nominibus*. Estos *nomina* no están hoy en uso. Pero si alguno ha declarado por escrito *deber una suma* que no ha recibido, ya no puede, despues de transcurrido un largo tiempo, oponer la excepcion tomada de la falta de entrega ó numeracion; así lo han decidido frecuentemente las constituciones. Pero esto sucede hoy que, no pudiendo uno quejarse, la escritura le obliga y da origen á una condicion á falta, bien entendido,

(1) Véanse algunas citas que presentan la palabra *chirographum* en el cuerpo de derecho de Justiniano. Primero en los fragmentos de los jurisconsultos: Dig. 22. 3. *De probation.* 24. f. Modest. «*Chirographum cancellatum*»; y 31 f. Scæv.—44. 4. *De doli except.* 17. pr. f. Scæv.—Véanse además los fragmentos de los dos mismos jurisconsultos citados, p. 311, n. 5.—Despues en las constituciones imperiales: Cod. 30. 4. *De non numerat. pecun.* 5. const. de Alejand. Sever.—8. 43. *De solution.* 14. «*Chirographum acceptæ pecuniæ*», 15, 18, 22 y 25. «*Chirographum condicere*»; todas constituciones de Diocl. y Maxim.—En cuanto á la palabra *cautio*, usada en el sentido indicado: Dig. 2. 14. *De pactis.* 2. § 1. f. Paul.—13. 5. *De constit.* 24. f. Marcel.—22. 3. *De probation.* 25 § 4. fragmento de Paul, casi reproducido en una constitucion de Justin. Cod. 30. 4. *De non numerat. pecun.* 13.—En el código de Hermogeniano, en el tit. *De cautis et non numerata pecunia*, en una constitucion de Marco Aurelio.—En fin, en el código de Justiniano, todo el tit. 30. 4. *De non numerat. pecun.*, desde la const. 1, de Severo y de Antonino, hasta la última de Justiniano.

(2) Paráfrasis de Teófilo, *hic*.

autem tempus in hac exceptione, antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. Sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra bienni metas hujusmodi exceptio minime extendatur.

de obligacion por palabras. El largo tiempo fijado por plazo á esta excepcion se extendia, segun las constituciones imperiales anteriores á nuestro tiempo, hasta cinco años. Pero para que los acreedores no se hallen por más largo tiempo expuestos á la pérdida fraudulenta de su dinero, hemos, por nuestra constitucion, reducido dicho plazo á dos años.

Para comprender la decadencia gradual del contrato *litteris*, y su transicion al estado en que lo hallamos en tiempo de Justiniano, es preciso ascender hasta los tiempos de los jurisconsultos clásicos, y ver nacer y desarrollarse una institucion que ha acabado por modificarle profundamente.

De la excepcion non numeratæ pecuniæ.

Si en un escrito, no ya que forma obligacion *litteris*, sino en un simple escrito probatorio (*cautio*), entregado al acreedor como instrumento de prueba, hace alguno constar que es deudor de tal ó cual persona, por causa de compra, arrendamiento, sociedad, daño causado ó cualquier otro hecho, ¿cuál es la causa de la obligacion? Únicamente el hecho mencionado, y el acreedor no tiene otra accion que la producida por este hecho; la accion *empti, locati, pro socio, damni injuria*, ó cualquiera otra, segun el caso. Mas si hallándose las cosas en este estado, el deudor, á pesar del escrito que de él procede, niega la existencia del hecho mencionado, ¿sobre quién recaerá la obligacion de la prueba? Sobre el deudor. No porque un escrito lo ligue y produzca obligacion por sí mismo, sino porque este escrito contiene por su parte una confesion y un reconocimiento del hecho obligatorio, á cuya confesion hay que atenerse: «*Tunc enim stare eum oportet suæ confessioni*», á ménos que por medio de pruebas evidentes, y que consistan tambien en escritos (*evidentissimis probationibus, in scriptis habitis*), se establezca y acredite la no realidad del hecho mencionado. Tal es la decision que nos da el jurisconsulto Paulo, y que hallamos reproducida en una constitucion del emperador Justino (1).—Mas

(1) Dig. 22. 3. *De probation.* 25. § 4. f. Paul.—Cod. 40. 30. *De non numerat. pecun.* 13. const. de Justin.

si el escrito destinado á formar prueba (*cautio*) se halla extendido confusamente (*indiscrete loquitur*), sin precisar distintamente el hecho obligatorio, entónces no contiene una declaracion ó confesion bastante; y como por sí mismo no forma obligacion, toca al acreedor probar qué se le debe y por quién se le debe: «*Tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit.*» Es tambien decision del mismo jurisconsulto (1).

Esto es por lo que respecta á los escritos simplemente probatorios (*cautiones*). Supongamos ahora que haya intervenido una forma civil de obligacion, y para no producir la menor duda, supongamos una estipulacion ó una expensilacion (*nomen transcriptitium*): segun el estricto derecho civil, importa poco que haya ó no una causa preexistente: desde el momento que han tenido lugar las palabras ó la escritura requeridas, la obligacion existe; el deudor está ligado *verbis* ó *litteris*: el acreedor tiene la *condictio*.—Pero sabemos que el derecho pretoriano y la jurisprudencia llegaron en auxilio del deudor, y si ha prometido, si se ha obligado sin motivo por medio de la escritura, le conceden, para defenderse contra la accion del acreedor, una excepcion (la excepcion *doli mali*, ó una excepcion extendida ó redactada *in factum*). Así no es ya tan cierto que las palabras ó la escritura consagradas obliguen por sí mismas: en el fondo es preciso ascender á una causa primera de obligacion, es preciso que esta causa exista realmente, pues de lo contrario, la obligacion, aunque subsistente segun el estricto derecho civil, queda sin efecto.—Sin embargo, un punto capital separa todavía este caso del anterior: negando el deudor que haya habido una causa real para la promesa ó para la escritura, ¿sobre quién recaerá la obligacion de la prueba? Sobre el deudor. Porque las palabras ó la escritura lo ligan; se defiende contra la accion por medio de una excepcion: segun un principio general, el que opone una excepcion debe probar los hechos en que se apoya: «*Qui excipit probare debet quod excipitur*», segun las palabras de Celso: «*Reus in exceptione actor est*», segun la expresion más elegante de Ulpiano (2).

Aquí, sin embargo, se produjo con el tiempo en el derecho romano una nueva é importante distincion. Si la promesa verbal ó

(1) Dig. 22. 3. *De probation.* 25. § 4. f. Paul.

(2) Dig. 22. 3. *De probat.* 9. f. Cels.—44. 1. *De exception.* 1. f. Ulp.

la obligacion *litteris* han tenido lugar por causa de un *mutuum* ó préstamo de dinero, y el deudor pretende que no se le ha entregado el dinero, tiene, segun la aplicacion de la regla anterior, para defenderse contra la accion, una excepcion de dolo, que expresada y redactada de hecho, toma el nombre particular de excepcion *non numerata pecunie*. Mas un fragmento de los antiguos jurisconsultos y un párrafo especial de las Institutas de Gayo y Justiniano nos muestran positivamente la aplicacion de esta excepcion al caso de la estipulacion (1). No la hallamos mencionada por los antiguos *nomina* que resultan de la expensilacion, á causa del desuso en que cayeron estos *nomina*, y de la desaparicion ó interpolacion de los fragmentos que á ellos se referian; pero aparece en muchos pasajes, con relacion á la obligacion *litteris* contraida por *chirographa* (2). — Por lo demas, si esta excepcion hubiese quedado en la regla general ántes expuesta por las excepciones; es decir, si negando el deudor la entrega ó numeracion de las especies, hubiese quedado sometido á la obligacion de probar que dicha entrega no habia tenido lugar, nada de nuevo hallariamos en esto. Pero se introdujo una regla absolutamente particular, derogatoria de los principios comunes, á saber: que en este caso especial y en virtud de la denegacion del deudor tocara al acreedor probar que realmente habia tenido lugar la numeracion de las especies. El motivo que parece dar para esto una constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano es que racional y directamente no se prueba una negacion (3). Pero la explicacion mucho más fundada y concluyente es que la intervencion de la promesa verbal, ó de la promesa por *chirographum* por razon de préstamo,

(1) Gay. Com. 4. § 116: « Si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim.... placet per exceptionem doli mali te defendi debere. » — Dig. 44. 4. De doli mali except. 2. § 3. f. Ulp.: « Si crediturus pecuniam, stipulatus est, nec credidit.... dicendum erit nocere exceptionem. » Ibid. 4. § 16. f. Ulp. — Despues de haber dicho que no se da contra los ascendientes ó los patronos, ni excepcion de dolo, ni ninguna otra que atente á su consideracion, sino que la excepcion, en caso semejante, debe extenderse en hecho (*in factum*), añade el jurisconsulto en forma de ejemplo: « Ut si forte pecunia non numerata dicatur, obijciatur exceptio pecunie non numerate. » — Instituta, lib. 4, tit. 13, § 2. « Si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit.... placet per exceptionem pecunie non numerate te defendi debere. » — Véase tambien Cod. 4. 30. Non numerat. pecun. 9. const. de Dioclec. y Maxim.

(2) Código Teodosiano 2. 27. Si certum petatur de chirographis. — Código de Justiniano, 4. 30. Non numerat. pecun. 5. const. de Alejand.

(3) Cod. 4. 30. De non numerat. pecun. 10. const. de Dioclec. y Maxim. « Cum inter eum, qui factum adseverans, onus subit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est) et ob hoc ad petitionem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia. »

solía tener lugar entre los romanos ántes de la numeracion de las especies; que en esto hallaba el acreedor una ocasion frecuente y fácil de fraude; que, alejándose cada vez más del estricto derecho civil, se consideraron sucesivamente ménos las palabras y la escritura, y más cada vez la realidad del *mutuum*: de tal manera, que se acabó por exigir del acreedor la prueba de esta realidad. Lo que principió probablemente por las simples *cauciones* ó escritos probatorios de un *mutuum* (1) se aplicó en seguida á los *chirographa* y á las estipulaciones motivadas por préstamo de dinero. Fué éste un gran paso hácia la decadencia de la obligacion civil, contraida por escrito y aun por palabras; porque, yo pregunto, ¿qué venía á ser en este caso el contrato *litteris* ó el contrato *verbis*? No podria decirse con verdad, hallándose así las cosas, que no eran ya la escritura ni las palabras, sino sólo la numeracion de las especies lo que obligaba? — Sin embargo, esta obligacion que el acreedor tenía de probar la numeracion de las especies no se le impuso sin límites. Por las constituciones se fijó un tiempo á aquel que hubiese hecho la promesa, ya *verbis*, ya *litteris*, para provocar la contestacion en esta materia (*legitimum tempus*; — *legibus definitum tempus*; — *tempus intra quod hujus rei querela deferri debet*; — *jure delata contestationibus tempora*) (2). Este tiempo, como vemos en una constitucion de Marco Aurelio y en el código Hermogeniano, y como nos lo muestra el mismo Justiniano, era de cinco años (3). El deudor debia en este plazo, ya oponer la excepcion *doli mali* ó *non numerata pecunie*, si el acreedor dirigia contra él la accion, ya principiar él mismo la agresion, y promover la contestacion de otra manera, como, por ejemplo, procediendo por *condictio* para hacerse restituir su *chirographum* (4), si el acreedor, á fin de ganar tiempo, permaneciese inactivo. Pasado

(1) Cod. 4. 30. De non numerat. pecun. 3. const. de Anton. « Si ex cautione tua: licet hypotheca data conveniri cõperis: exceptione opposita, seu doli, seu non numerata pecunie, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequitur. »

(2) Cod. 4. 30. De non numerat. pecun. 8. const. de Alejand. — 6. const. de Dioclec. y Maxim., notable, en que se trata de este plazo para el caso de estipulacion. — Código Teodosiano, 2. 27. Si certum petatur de chirographis. 1. const. de Honor., Teod. y Const.

(3) Código Hermogeniano. De cautia et non numerata pecunia. « Ex cautione exceptionem non numerata pecunie, non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus. » Const. de Marc. Aurel. — Código de Justiniano, 4. 30. De non numerat. pecun. 14. pr. const. de Justiniano.

(4) Cod. 4. 30. De non numerat. pecun. 7. const. de Alejand. — 4. 5. De condict. indeb. 3. const. de Dioclec. y Maxim. — 4. 9. De condict. ex lege. 4. const. de Dioclec. y Maxim. — O para hacerse dejar libre por aceptacion, si se tratase de promesa verbal: 8. 41. De fidejuss. 15. const. de Gordian.

Lib. José Silas

CAPILLA ALFONSINA
BIBLIOTECA

este plazo sin contestacion no se exigia ya del acreedor una prueba que el lapso de tiempo habria hecho cada vez más difícil; el silencio del deudor era considerado como una confesion, como un reconocimiento de la numeracion de las especies: la promesa verbal, el *chirographum*, ó aún la *cautio*, recobraban ó adquirian toda su fuerza obligatoria, sin que hubiese ya motivo para inquietarse ni averiguar si el dinero habia sido contado ó no (1).—Tales eran los efectos de la excepcion *non numeratæ pecuniæ* y de su extincion. Esta excepcion, por otra parte, se aplicaba únicamente al caso en que la promesa se fundase en un préstamo de consumo (*pecunia credita*); en los demas casos se permanecia bajo las reglas generales (2).

Se ve ahora por esta exposicion histórica cómo la excepcion *non numeratæ pecuniæ*, con todas sus reglas derogatorias, vino á variar la naturaleza de la obligacion *litteris*, y aún de la estipulacion motivada por un préstamo de consumo; cómo desde entónces el *chirographum* y la *cautio* han manifestado tendencia á confundirse, y cuál es el estado á que llegaron bajo el imperio de Justiniano. ¿Se quiere deducir de aquí que en tiempo de este Emperador no habia ya contrato *litteris*? Pues entónces será preciso decir lo mismo del contrato *verbis*, que tiene lugar para el préstamo de consumo, porque la regla es la misma en este caso para un contrato que para otro. La verdad es que, en definitiva, ni el *chirographum*, ni la promesa por estipulacion en préstamo de dinero, no producen ya por sí mismas obligacion eficaz, á no ser al cabo del tiempo fijado; y que Justiniano toma el contrato *litteris* tal como encuentra que habia llegado á su tiempo. Una comparacion entre los términos empleados por el Emperador y los que se hallan en la Instituta de Gayo á propósito de los *chirographa*, nos probará que son efectivamente *chirographa* los que, alterados por la sucesion de los tiempos y por las instituciones que acabamos de exponer, han pasado en la Instituta de Justiniano (3). Vemos suficientemente en

(1) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 8. const. de Alejand., «*sin vero legitimum tempus exessit.... omnimodo debitum solvere compellitur.*»—14. pr. const. de Justin. «*ut eo elapso, nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci possit.*»

(2) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 5 const. de Alejand. «*Ignorare autem non debes, non numeratæ pecuniæ, exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur.... etc.*»—Así no tendria lugar en el caso en que la obligacion hubiese sido transferida a persona in personam. Const. de Alejand.,—ni para el caso de transaccion. 11. const. de Dioclec. y Maxim.

(3) Así, al modo que dice Gayo: «*Litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat.*»

el texto cómo el Emperador redujo á dos años continuos el plazo quinquenal en otro tiempo de la excepcion. Una constitucion especial, inserta en el Código, arregla detalladamente esta materia: conviene observar en ella el medio que se da al deudor de hacer perpétua su excepcion, denunciándola al acreedor en el plazo fijado y con ciertas formas (1).

TITULUS XXII.

DE CONSENSU OBLIGATIONE.

TÍTULO XXII.

DE LA OBLIGACION POR EL SOLO CONSENTIMIENTO.

Sigamos el orden histórico. Despues de los contratos formados al principio de la mancipacion (*per æs et libram*), y posteriormente por la prestacion de la cosa (*re*), lo que forma el tronco y la raíz de los contratos del derecho civil; despues de los dos contratos que de éstos se han derivado, el contrato *verbis* y el contrato *litteris*, en los cuales la obligacion se contrae por palabras ó por escritos, cuyo espíritu consiste en tener realizada la antigua formalidad *per æs et libram*, y de ligarse como si ella hubiese tenido lugar, pasemos á los cuatro contratos derivados del derecho de gentes, á los cuales ha dado entrada el derecho civil de los romanos, y que en nada, ni por la accion, ni por las palabras, ni por la escritura, se refieren á la formalidad Quiritaria de la mancipacion *per æs et libram*, pero que se fundan en el simple consentimiento de las partes.—Estos contratos son cuatro únicamente: la venta (*emptio-venditio*), el arrendamiento (*locatio-conductio*), la sociedad (*societas*), y el mandato (*mandatum*). Algunas constituciones imperiales han atribuido fuerza obligatoria, por el solo efecto del consentimiento, á algunas otras convenciones particulares; pero estas últimas, que han llegado demasiado tarde, no han sido revestidas por esto del título de contrato; cuyo título ha quedado como propio de aquellos solos que el más antiguo derecho civil habia de este modo calificado y sancionado.—Hay dos distinciones bien importantes que marcar entre los contratos consensuales,

(Gay. Com. 3. § 134; de la misma manera las Institutas de Justiniano dicen: «*Si quis debere se scriperit quod si numeratum non est.... cessante scilicet verborum obligatione.*» La reproduccion es evidente.

(1) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 14. const. de Justinian. — Principalmente el § 4. — Una excepcion análoga tiene tambien lugar en materia de dotes.

derivados del derecho de gentes, y los contratos del puro derecho civil; y son que mientras que éstos (el *mutuum*, el contrato *verbi* y el contrato *litteris*) no producen nunca obligacion sino por una sola parte, y que los efectos de esta obligacion se determinan segun los principios rigurosos del derecho, los cuatro contratos consensuales, por el contrario, producen, ya inmediatamente, ya con posterioridad, segun las circunstancias, obligaciones por una y otra parte (*ultra citroque obligatio: alter alteri obligatur*), y que los efectos de estas obligaciones recíprocas se determinan segun reglas de equidad (*ex æquo et bono*). Es decir, en suma, que es propio de los contratos de puro derecho civil ser unilaterales y producir acciones de derecho estricto; mientras que los cuatro contratos consensuales derivados del derecho de gentes son bilaterales, ó de otro modo, sinalagmáticos, y dan origen á acciones de buena fe.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus-venditionibus, locationibus-conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est; ac nec dari quidquam necesse est ut substantiam capiat obligatio: sed sufficit eos qui negotia gerunt, consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

TITULUS XXIII.

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

Como la venta tiene su origen en los cambios; como en el principio de la civilizacion el comercio entre los hombres consiste en dar una cosa por otra, segun las respectivas necesidades de cada

Las obligaciones se forman por el solo consentimiento en los contratos de venta, arrendamiento, sociedad y mandato. Se dice que en estos casos la obligacion se contrae por el solo consentimiento, porque no se necesita para que se produzca, ni de escrito, ni de la presencia de las partes, ni de entrega de ninguna cosa; pues basta que consientan aquellos entre quienes se hace el negocio. Así, estos contratos pueden tener lugar entre ausentes, como, por ejemplo, por cartas misivas ó por mensajero. Además, en estos contratos cada parte se obliga con la otra á todo cuanto la equidad exige que ellas se presten mutuamente; mientras que en las obligaciones por palabras el uno estipula y el otro promete.

TÍTULO XXIII.

DE LA COMPRA Y VENTA.

uno; como se llegaron despues á emplear como objeto comun de estos cambios, los diversos metales, cuya cantidad se determinaba pesándolos en un peso; período que dejó una huella tan profunda, y que la tradicion ha conservado por tan largo tiempo como símbolo en el *as et libra* del antiguo derecho romano; como, en fin, una marca pública distingue el metal, dividido en pequeñas porciones, para indicar su peso y calidad, y para evitar de este modo á los particulares la molestia de comprobarlo y pesarlo en cada caso que ocurriese; como desde entónces se han ido distinguiendo sucesivamente uno de otro los dos objetos de cambio, llamando á uno, es decir, al que se cambia por moneda, *merx*, mercancía, y al otro, es decir, á la moneda cambiada por este objeto, *pretium*, precio; todas estas nociones son demasiado sabidas, para que insistamos en explicarlas. Por ellas, y segun un fragmento de Paulo, principia el título de la venta en el Digesto de Justiniano (1). Pero lo que resulta aún en estas indicaciones históricas, y que importa observar bien, porque las ideas en este punto se han desnaturalizado generalmente, es una verdad de economía política, desconocida aún por muchos jurisconsultos que han escrito acerca de la venta, á saber: que la moneda no es más que una mercancía (comunmente, y por mil razones, una materia metálica), cuyo valor comercial sigue su curso y varía lo mismo que el de cualquier otro objeto de cambio, y cuyo sello ó marca pública no hace más en esto que asegurar la composicion y marcar la cantidad.

Hasta aquí hablamos de las operaciones que se efectúan, de los objetos que se dan por una y otra parte: éste es el punto de partida segun la historia. Pero si, independientemente de toda tradicion verificada, de todo hecho de ejecucion, convienen entre sí las partes en hacer semejante operacion, de tal manera que no inter venga más que su pura voluntad, que su recíproca conformidad, ¿cuál será el efecto de esta conformidad? Segun los principios del derecho romano, esta simple conformidad de voluntades, esta causa absolutamente espiritual, no podia realizar ninguna traslacion de propiedad, ningun derecho real; pero ¿valdrá, al ménos, para ligar á las partes unas con otras, y para producir entre sí obligaciones? El puro derecho civil quiritorio no conoce una manera tan

(1) Digesto. 18. 1. *De contrahenda emptione*. l. f. Paul. «Origo emendi vendendique a permutacionibus cepit, olim enim non ita erat nummus: neque aliud *merx*, aliud *pretium* vocabatur.»

sencilla é inmaterial de ligarse; los nombres antiguos dados á estas operaciones: *permutatio* para el cambio, *venum-datio* para la venta, indican que en los primitivos tiempos sólo se trataba de actos realizados, de mutaciones efectuadas y de daciones en venta ejecutadas. Pero el derecho de gentes introdujo este nuevo modo de obligacion, y la fuerza obligatoria de la simple convencion ha sido admitida en aquella de estas dos operaciones que habia llegado á ser la más usual, es decir, la que consiste en dar una cosa en cambio de cierta cantidad de moneda.

Esta convencion, independiente de todo hecho previo de ejecucion, no realizando por sí misma ninguna traslacion de propiedad ni de derecho real, sino produciendo sólo ciertos vínculos de derecho entre las partes, constituye el contrato llamado por los romanos *emptio-venditio*. Dos partes distintas se observan en ella: la del vendedor (*venditor*) y la del comprador (*emptor*); dos objetos distintos de obligacion: por una parte, la cosa vendida ó la mercancía (*res, merx*), y por la otra, el dinero prometido en retribucion ó el precio (*pretium*); en fin, dos órdenes distintos de obligacion: las obligaciones del vendedor y las del comprador. La denominacion romana del contrato, *emptio-venditio*, que comunmente se traduce por la palabra de *venta*, aunque tambien haya la otra palabra correspondiente, *compra*, indica claramente esta doble fisonomía. Los verbos *emere*, comprar; *vendere*, vender; *venire*, ser vendido, y el verbo *distrahere*, usado únicamente para la venta de objetos particulares segregados de un todo ó masa de caudal, y no para la de cosas *universitatis*, se refieren á este contrato; mientras que los verbos más antiguos, *venumdare*, dar en venta; *venumdari*, ser dado en venta, se refieren á la ejecucion misma de la convencion.—Es preciso no perder de vista que el acto así considerado, segun el derecho de gentes, es decir, la *emptio-venditio*, es sólo un contrato, y no tiene, por consiguiente, otro objeto ni otro efecto que obligar respectivamente á las partes una con otra.

De la forma del contrato de venta: del consentimiento, del escrito y de las arras.

Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data

Hay contrato de venta desde que las partes han convenido en el precio, aunque este precio no haya sido pagado todavía y no se hayan dado

fuerit; nam quod arrhæ nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractæ. Sed hæc quidem de emptionibus et venditionibus quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet; nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatus est. In his autem quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta; et si per tabelliones fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, et pœnitentiæ locus est, et potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit; si vero venditor, duplum restituere compellitur: licet super arrhis nihil expressum est.

aún arras; porque lo que se ha dado á título de arras sólo sirve para acreditar la conclusion del contrato. Sin embargo, es preciso entender esto de las ventas hechas sin escrito, respecto de las cuales nada hemos innovado. Pero en cuanto á las que se hacen por escrito, ha decidido nuestra constitucion que la venta no es perfecta sino en cuanto el acto ha sido extendido ó redactado, ya de la mano misma de los contratantes, ya escrito por un tercero y suscrito por las partes; y si se hacen por el ministerio de un tabelion ó escribano, en cuanto el acto ha recibido todo su complemento y la adhesion final de las partes. En efecto, mientras que le falte una de estas cosas, puede haber retraccion, y el comprador ó el vendedor pueden, sin incurrir en pena alguna, separarse de la venta. Sin embargo, no les permitimos retractarse impunemente, sino cuando nada se haya dado todavía á título de arras; porque si éstas se han dado, ya la venta haya sido hecha por escrito ó no, el que se niega á cumplir su obligacion, si es el comprador, pierde lo que ha dado; y si es el vendedor, está obligado á dar el doble, aunque nada se haya tratado acerca de las arras.

Este párrafo trata del consentimiento y de las arras.

Respecto del consentimiento, el principio del derecho anterior á Justiniano es que la venta es perfecta, es decir, que produce todos sus efectos, ó dicho de otro modo, las obligaciones que debe producir desde el momento que las partes han convenido en cosa y precio. Éste es el principio que nuestro texto enuncia en su primera frase, tomándolo de la Instituta de Gayo (1), y que Ulpiano expresa tambien en estos términos: «*Conventio perficit sine scriptis habitam emptionem*» (2).—En este punto introduce Justiniano una innovacion, á saber: que cuando las partes han convenido en que el acto de la venta deberá extenderse por escrito, no se reputa dado definitivamente su consentimiento, y por consiguiente, no se considera la venta como perfecta, sino despues que

(1) Gay. Com. 3. § 139.

(2) Dig. 18. 1. De contrah. empt. 2. § 1. f. Ulp.