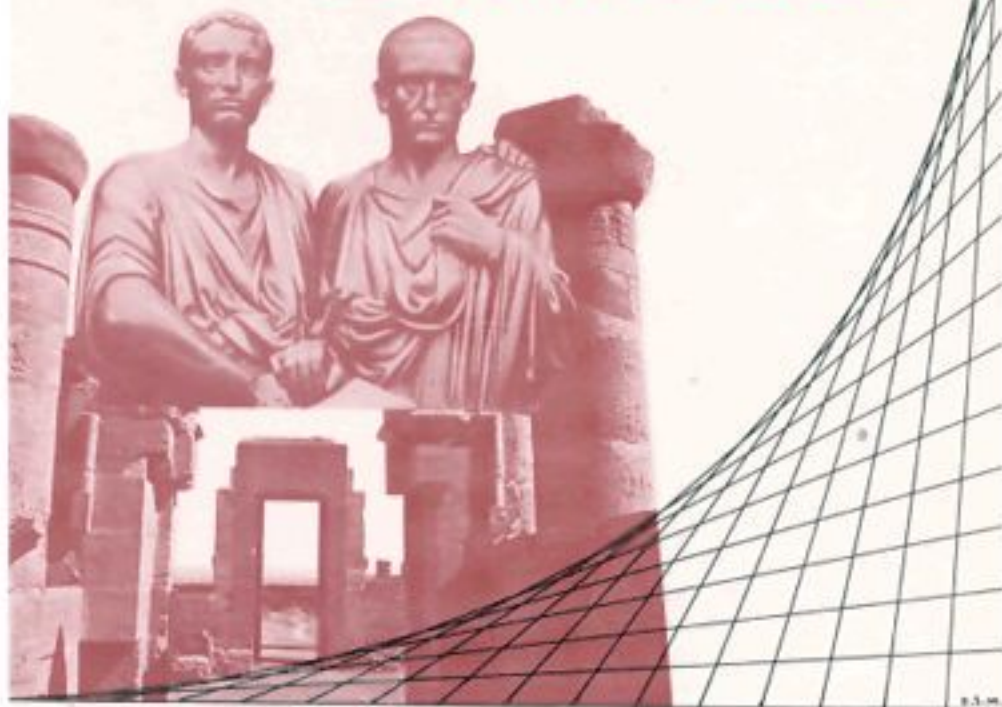


DERECHO ROMANO PATRIMONIAL



ALDO TOPASIO FERRETTI



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

DERECHO ROMANO PATRIMONIAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie J. ENSEÑANZA DEL DERECHO Y MATERIAL DIDÁCTICO. Núm. 13

Edición al cuidado de Isidro Saucedo

ALDO TOPASIO FERRETTI

**DERECHO ROMANO
PATRIMONIAL**



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
México 1992

Primera edición: 1992

**DR © 1992. Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.**

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-2310-7

INDICE

Presentación	7
PRIMERA PARTE. <i>Los bienes</i>	9
I. Las cosas y su división	13
1. Concepto de cosa. Clasificación de Gayo: corporales, incorporeales	13
2. División de las cosas desde una posición estrictamente jurídica	15
A. Cosas in commercio	15
B. Cosas extra commercium	16
C. División de las cosas en mancipi y nec mancipi	19
D. Cosas muebles e inmuebles	20
E. Cosas consumibles y cosas no consumibles	21
F. Cosas fungibles e infungibles	21
G. Cosas divisibles e indivisibles	22
H. Cosas simples y compuestas	23
I. Frutos y productos	23
J. Cosas principales y accesorias	25
II. Los derechos reales	27
1. Concepto. Terminología clásica: actio, vindicatio, actio in rem	27
2. Caracteres de los derechos reales	28
III. El dominio	31
1. Concepto	31
2. Atributos del propietario	33
3. Limitaciones al derecho de dominio	34
4. Tipos o clases de dominio reconocidos por el ordenamiento jurídico romano	35

A. El dominio quiritarario e "in bonis" en las <i>Institutas</i> de Gayo	37
B. Protección del dominio bonitario	37
C. Medios de protección concedidos	38
D. Extensión de la actio publiciana a la adquisición "a non domino". Pervivencia de las fuentes justinianas	39
E. El dominio en las tierras provinciales	39
5. Adquisición del dominio	40
A. Los modos de adquirir	40
B. De los modos de adquirir iure gentium	41
C. Evolución posclásica y justiniana de la tradición de inmuebles	49
D. Modos de adquirir el dominio del ius civiles ("civiles adquisiciones")	51
E. Fides	56
F. Possessio	57
G. Tempus	58
IV. El condominio	61
1. Concepto	61
A. Concepto de condominio	62
B. Terminología que utilizan las fuentes	62
C. Régimen del condominio	63
D. El derecho de acrecer (ius adcrecendi)	63
E. Término de la comunidad	64
V. Defensa de la propiedad	65
1. La rei vindicatio	65
A. Prueba del dominio en el juicio reivindicatorio	66
B. Efectos de la sentencia que reconoce el derecho de dominio y ordena restituir la cosa	67
2. La actio negatoria	69
3. La actio publiciana	69
4. Otros medios jurídicos de defensa del dominio	70

VI. La posesión	73
1. Concepto de posesión	73
2. Orígenes de la posesión	73
3. Tipos de posesión que se distinguen en el derecho romano	74
A. Posesión pretoria	74
B. La posesión civil	79
C. Possessio naturalis	83
D. La quasi possessio	84
VII. Derechos reales en cosa ajena	85
1. Servidumbres. Concepto	85
A. Servitus	85
B. Caracteres de las servidumbres prediales	86
C. Algunos tipos de servidumbres prediales rústicas	88
D. Algunos tipos de servidumbres prediales urbanas	89
E. Constitución de las servidumbres	89
2. El usufructo	93
A. Derecho del usufructuario	94
B. Origen y constitución del usufructo	95
3. Usus y habitatio	97
A. Otros derechos reales en cosa ajena. Enfiteusis, superficie	98
VIII. Derechos reales de garantía	101
1. Caracteres, evolución general y clases de derechos reales de garantía	101
2. Fiducia. Concepto. Caracteres. Constitución	102
3. La prenda	102
A. Contenido del derecho de prenda	103
4. La hipoteca	104
5. La distinción entre prenda e hipoteca en el derecho romano	105

A. Derechos del acreedor pignoraticio	105
B. Modos de constitución del <i>pignus</i>	106
C. La prenda legal. Evolución	107
D. Cosas susceptibles de <i>pignus</i>	107
E. Pluralidad de hipotecas	108
F. Acciones y excepciones. Síntesis	110
G. Extinción del <i>pignus</i>	111
SEGUNDA PARTE. <i>Las obligaciones</i>	113
I. Concepto y evolución histórica	115
1. Concepto y definición	115
2. Orígenes y evolución histórica	118
A. Los criterios antiguos	118
B. Los criterios clásicos; evaluación de la <i>obligatio</i>	122
C. Delito y "obligatio"	125
II. Clasificación de las obligaciones	129
1. Según sus fuentes. Obligaciones nacidas de contrato, de delito o de otras varias figuras causales (<i>variae causarum figurae</i>)	129
2. Clasificación de las obligaciones atendiendo a su eficacia	131
A. Civiles y naturales	131
B. Civiles y honorarias	133
3. Las obligaciones según su objeto	134
A. <i>Dare</i>	134
B. <i>Facere</i>	136
C. <i>Praestare</i>	136
D. Otras divisiones según su objeto	136
4. Clasificación de las obligaciones según si están o no sujetas a modalidad	142
A. Otras modalidades distintas de la condición: el plazo y el modo	143

5. Las obligaciones desde el punto de vista de los sujetos vinculados	144
A. De sujeto variable o “ambulatorias”	144
B. Obligaciones con pluralidad de sujetos	144
C. Obligaciones contraídas en favor de terceros	149
D. Obligaciones estipuladas a cargo de terceros	149
III. Efectos de las obligaciones	151
1. Cumplimiento de las obligaciones. El pago, efecto normal	151
2. Incumplimiento de las obligaciones	152
A. Caso fortuito (y fuerza mayor)	153
B. El dolo	154
C. La culpa	155
3. La mora	157
4. Efectos del incumplimiento por culpa o dolo del deudor. Modificación de la obligación. La indemnización por perjuicios	161
A. Proceso civil en que se reclama la prestación que todavía es posible	162
B. Proceso civil en que se reclama la prestación que se ha hecho imposible	163
IV. Garantías y derechos auxiliares del acreedor	167
1. Garantías del acreedor	167
A. La fianza	168
B. Las arras (arrha)	169
C. La cláusula penal	170
2. Derechos auxiliares del acreedor	170
V. Cesión de los créditos	173
VI. Extinción de las obligaciones	177
1. Modos de extinción “ipso iure”	178

A. La solutio per aes et libram	178
B. La acceptilatio	178
C. El pago o solutio	179
D. Requisitos del pago	179
E. Novación	181
F. Confusión	184
G. Mutuo consentimiento	184
H. Pérdida de la cosa debida	184
2. Modos de extinción ope exceptionis	184
A. Compensación	185
B. Transacción	185
C. Pactum de non petendo	186
D. Praescriptio longi temporis	186
Bibliografía	187

Derecho romano patrimonial, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ, S. A. DE C. V., el día 3 de marzo de 1992. Su composición se hizo en tipo Baskerville 8:9 y 10:12. La edición consta de 2 000 ejemplares.

PRESENTACIÓN

El presente texto constituye un esfuerzo del autor por lograr una didáctica en la enseñanza del derecho romano que permita al alumno aproximarse a lo que en realidad fue el ordenamiento de Roma: un sistema jurídico en constante búsqueda de congruencia con la realidad social. Más allá de los valores intrínsecos de todo derecho, no puede haber duda alguna que Roma buscó —particularmente en su periodo clásico— vincular la norma con el hecho social, alejándose siempre de abstracciones conceptuales.

El derecho romano se desarrolló no por vía de la ley, sino por vía de la jurisprudencia, aunque hoy parezca extraordinario a los ojos del jurista moderno después del predominio del positivismo legalista. Pero en verdad fue el romano en su expresión más genuina (la clásica) un derecho jurisprudencial, entendiendo la *iurisprudentia* en el sentido de criterio o doctrina del jurista, denominado en Roma jurisprudente o jurisconsulto. Es él quien precisa, por virtud de su "*auctoritas*" o saber socialmente reconocido, los criterios que gradualmente va asimilando y aceptando la conciencia social sobre lo justo en su devenir histórico. Además, la misma ductilidad y ausencia de burocratismo que ofrece la circunstancia de que el derecho privado sea conducido, interpretado y puesto en congruencia con la cambiante realidad social por quien tiene sabiduría y no por un aparataje legislativo, propició la circunstancia que el ordenamiento jurídico romano estuviese en concordancia con los hechos, cualidad que es la que verdaderamente lo pone en relieve, más allá de su eventual valor propedéutico para la comprensión del derecho moderno, o del valor intrínseco en sus soluciones, aspecto siempre susceptible de desplazarse al ámbito de la controversia, en particular porque la cuestión de los valores es un elemento subjetivo. En cambio, objetivo en absoluto es la constante búsqueda de adecuación de la norma a la realidad social, conducida en el derecho romanoclásico por los jurisprudentes, los cuales, lejos de ser órganos estatales, sólo eran ciudadanos versados en la ciencia del derecho. A ellos, la comunidad, la base social, les reconoce la capacidad de ser idóneos para interpretar y explicar los

criterios propios del derecho privado, del *ius civile*. El derecho privado romano clásico se expresa, en consecuencia, por vía del saber y no por vía del poder, aun cuando ese saber jurisprudencial reciba después el respaldo del príncipe (*ius publice respondendi*).

De allí entonces que las páginas de este texto *Derecho romano patrimonial*, ofrezcan con cierta asiduidad, justamente, el pensamiento del jurisprudente romano acerca del derecho de su tiempo, extraído en particular de las *Institutas* de Gayo y del *Digesto* de Justiniano.

Con lo expuesto, no hemos querido desconocer, desde luego, el valor que tuvieron los pretores (órganos oficiales) en su tarea elaboradora de edictos. Pero en esencia, puede afirmarse que siempre existió en dicha tarea una correlación íntima entre jurisprudente y pretor, lo que se reflejaba en la práctica, es decir, en los medios para reclamar justicia (acciones) que el pretor otorgaba, o bien, denegaba. Las acciones, implícitas en los edictos del álbum —nuevos, traslaticios o repentinos— trasuntaban el pensamiento del *consilium* de jurisprudentes con el que laboraba el pretor inescindiblemente.

Cabe precisar por último que en este texto se desarrollan dos materias: una se refiere al dominio y los otros derechos en las cosas protegidas por acciones “reales” (“Los bienes”); mientras que la segunda es relativa a los principios que de modo gradual y evolutivo fueron gestándose en la *forma mentis* romana, perfilando con ello la relación que puso, de una parte, a uno o más deudores, y de otra, a uno o más acreedores, esto es, la relación de crédito y deuda —amparada por acciones “personales”— y reconocida conceptualmente en un sólo término: “*obligatio*” (obligación). En esta materia de “Las obligaciones” se incluye de modo íntegro la *parte general*, aunque no la relativa al estudio determinado de cada una de sus fuentes (contrato, delito, varias figuras causales, etcétera); estos aspectos serán motivo, así lo esperamos, de una próxima publicación nuestra, considerando que al respecto, en el último lustro, ha aparecido importante bibliografía nueva que es preciso analizar con detenimiento.

Aldo TOPASIO FERRETTI

PRIMERA PARTE. <i>Los bienes</i>	9
I. Las cosas y su división	13
1. Concepto de cosa. Clasificación de Gayo: corporales, incorpóras	
1. Concepto de cosa. Clasificación de Gayo: corporales, incorpóras	13
2. División de las cosas desde una posición estrictamente jurídica	15
A. Cosas in commercio	15
B. Cosas extra commercium	16
C. División de las cosas en mancipi y nec mancipi	19
D. Cosas muebles e inmuebles	20
E. Cosas consumibles y cosas no consumibles	21
F. Cosas fungibles e infungibles	21
G. Cosas divisibles e indivisibles	22
H. Cosas simples y compuestas	23
I. Frutos y productos	23
J. Cosas principales y accesorias	25

PRIMERA PARTE

LOS BIENES

..se ha de saber, que se computan en nuestros bienes no solamente las cosas que están en nuestro dominio, sino también si de buena fe fuesen poseídas por nosotros... Igualmente se contará en los bienes lo que importen las acciones, las peticiones y las acciones persecutorias; porque se considera que todo esto está en los bienes. Ulpiano, *Comentarios al edicto*, libro LIX, en *Digesto* L, XVI, 49.

...In bonis nostris autem computari sciendum est, non solum quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur... Aequè bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur. Ulpiano, libro LIX ad Edictum. Pandectae, L, XVI, 49.

I. LAS COSAS Y SU DIVISIÓN

I. CONCEPTO DE COSA. CLASIFICACIÓN DE GAYO: CORPORALES, INCORPORALES

El jurisconsulto Gayo en el siglo II d. C., estableció en sus *Institutas* que el derecho privado tiene relación con tres materias: las personas, las cosas y las acciones: "La totalidad del derecho que utilizamos se relaciona o con las personas, o con las cosas, o con las acciones" (I, 8).

Después de referirse en el libro I a las normas relativas al sujeto de derechos (*de personis*), en los libros II y III a la adquisición de las cosas singulares (*singularum rerum acquisitiones*) y a la adquisición de cosas consideradas en su conjunto (*per universitatem acquisitiones* o *successiones*), agregando los principios de las obligaciones, termina en el libro IV refiriéndose a las acciones (*de actionibus*).¹

En el sentido expuesto, la noción de cosa (*res*) no es para el jurisconsulto Gayo solamente la porción material limitada del mundo exterior susceptible de aprovechamiento por el sujeto de derecho, sino que es también todo objeto del derecho privado, aun cuando éste no sea una porción del mundo externo como es el *acto* a que se obliga cumplir el deudor, en el ámbito de los derechos de crédito. De allí que el "derecho de cosas" de Gayo se extiende tanto al ámbito jurídico-real como al jurídico-personal.

Se puede decir que, en este aspecto, él mismo aclara este punto de vista al distinguir entre *actiones in rem* (acciones en la cosa) y *actiones in personam* (acciones personales) que incidirán en la fijación de las categorías renacentistas de "derecho real" y "derecho de crédito", respectivamente, y que en esencia se refieren, unas, a la protección del poder jurídico respecto de una cosa corporal, y las otras al de reclamar el cumplimiento de una obligación.

Así, en Gayo *Institutas*, IV, 2: La "*actio in personam*" es aquella por la cual accionamos contra alguien que está obligado hacia nosotros ya

¹ Di Marzo, Salvatore, *Manuale elementare di diritto romano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1954, p. 113.

en virtud de un contrato, ya en virtud de un delito, es decir, cuando reclamamos que se nos deba dar, hacer o prestar algo (*dare facere praestare oportere*),² y en 3: La "*actio in rem*" es aquella por la cual pretendemos que una cosa es nuestra, o que nos compete un derecho cualquiera, por ejemplo el de "*usus*", el de "*usufructus*", el de paso (*eundi agendi*), el de "*aquam ducendi*", el de "*altius tollendi*" o el de vista (*prospiciendi*). El adversario tiene una acción contraria que es la "*actio negativa*".

La referida duplicidad conceptual ha sido recogida por la ciencia moderna bajo la denominación de derechos personales y derechos reales o sobre las cosas. Tal nomenclatura no es romana; también la expresión "*ius in re*", que pasa por tal, es en cambio propia de los romanistas medievales. Pero ello no quita que la distinción entre esta categoría y aquella de los derechos de crédito o de obligación provenga en esencia del derecho romano y represente particularmente para los juristas clásicos uno de los puntos cardinales del sistema de derecho privado, aun cuando, en conformidad con las tendencias fundamentales de su pensamiento, los juristas clásicos ponen la distinción no en el ámbito de los derechos subjetivos —sin desarrollo en la tradición romanística— sino en aquel de las acciones. En la esfera de la defensa de los derechos patrimoniales, la *actio in rem* se contrapone a la *actio in personam*, y mientras la primera representa la posición avanzada de la propiedad y de los otros derechos sobre las cosas, la segunda es la defensa normal de los derechos de crédito.³

La terminología "cosa" (*res*) es en Gayo tan amplia que termina por conceptualizar en ella no sólo los objetos de los derechos patrimoniales, sean éstos un bien corporal como un predio, cuya protección se organiza en función de las acciones *in rem*, sean éstos un acto del deudor, entendido dentro del concepto "*obligatio*" y reclamable por las acciones *in personam*, sino que utiliza además el término cosa con la adjetivización "*incorporal*" para designar también al derecho en sí mismo, como elemento del patrimonio. Así, en *Institutas*, II, 14 explica: "Son (cosas) '*incorporales*' aquellas que no se pueden tocar (*Quae tangi non possunt*), tales como las que consisten en un derecho, así

² "Para la jurisprudencia clásica la obligación consiste precisamente en una relación patrimonial sancionada mediante una acción civil *in personam*. Característica de estas acciones es el empleo de la palabra técnica *oportere*, que expresa un deber según el derecho civil." Samper, Francisco, *Derecho romano*, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1975, p. 263.

³ Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 10a. ed., Napoli, Casa Editrici Eugenio Jovene, 1949, p. 173.

una herencia, un usufructo, las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraído. Y poco importa que en la herencia estén contenidas cosas corporales o que los frutos que se perciban del fundo sean corporales, y que aquello que nos es debido en virtud de una obligación sea generalmente corporal, como por ejemplo un fundo, un esclavo, dinero (*pecunia*), puesto que el derecho de sucesión, así como también el derecho de usufructo y el derecho de obligación *son en sí mismo incorporales*.”

En el concepto gayano las cosas corporales son —en cambio— aquellas porciones materiales del mundo externo que se puedan tocar (*quae tangi possunt*) como un fundo, el oro, la plata (*Institutas*, II, 13).

Esta división de las cosas, si bien trasciende en la ciencia jurídica romanística, cabe precisar que no tiene un contenido estrictamente jurídico sino filosófico. En el derecho romano, es en la época clásica cuando los filósofos de la escuela de Aristóteles diferencian dos categorías de cosas: las que los sentidos perciben corporalmente y las que el espíritu percibe por abstracción. La difusión en Roma de los conceptos griegos servirá a la construcción de las teorías jurídicas clásicas: “Lo que son ideas abstractas en manos de los filósofos obtienen un contenido concreto cuando pasan a manos de los juristas. Este contenido deriva por lo común de la manera de pensar, de las reglas prácticas y normas de derecho en las que el jurista ha sido educado. Es lo que sucedió en el derecho romano clásico, cuando el *ius naturale* se llenó de contenido mediante la idealización y generalización de los modos de pensamiento tradicionales, de las reglas prácticas de los jurisconsultos y de los preceptos jurídicos que los mismos habían aprendido de sus maestros”.⁴

2. DIVISIÓN DE LAS COSAS DESDE UNA POSICIÓN ESTRICTAMENTE JURÍDICA

A. *Cosas in commercio*

In commercio eran aquellas cosas que podían ser objeto de relaciones patrimoniales.

⁴ Pound, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico, interpretación ética*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1950, p. 58.

B. *Cosas extra commercium*

Extra commercium eran las cosas que no podían entrar en el tráfico de las relaciones patrimoniales privadas.

Estas *res extra commercium* podían ser *humani iuris* o *divini iuris*, vale decir, no podían entrar en el tráfico jurídico privado por razones humanas o por causa divina: Gayo, *Institutas*, II, 2: "La división más general de las cosas que quedan fuera del patrimonio privado está comprendida en dos secciones, pues unas son de derecho divino (*res divini iuris*) y otras son de derecho humano (*res humani iuris*)."

II, 3 "Y así, son de derecho divino las cosas sagradas (*res sacrae*) y las cosas religiosas (*res religiosae*)."

II, 4. "Son sagradas aquellas que se han consagrado a los dioses superiores; religiosas las que se han abandonado a los dioses Manes."

II, 5. "No se considera sagrado sino el suelo que ha sido consagrado conforme a la autoridad del pueblo romano, como por ejemplo por medio de una ley o de un sanadoconsulta" (*v. gr.* el de un templo).

II, 6. "Por el contrario, lo hacemos religioso por nuestra voluntad al enterrar en nuestro terreno a un muerto cuyas ceremonias funerarias (*funus*) nos corresponda hacer" (*v. gr.* un sepulcro).

II, 7. "La mayoría, sin embargo, estima que en el suelo provincial no puede convertirse un lugar en religioso, ya que este suelo, o es del dominio del pueblo romano, o lo es del César, por lo que se considera que nosotros sólo podemos tener la posesión o el usufructo del mismo; pese a ello, aun cuando no sea religioso, es tenido por tal."

7a. "Lo mismo sucede con aquello que en las provincias ha sido consagrado sin la autorización del pueblo romano, ya que si bien no es sagrado, sin embargo es tenido por tal."

II, 8. "También las cosas santas (*res sanctae*), como los muros y las puertas de las ciudades, son en cierto modo de derecho divino." Lo anterior, en lo que concierne a las cosas *extra commercium* "*divini iuris*".

Las *extra commercium* "*humani iuris*" pueden ser *comunes omnium* (comunes a todos), no consideradas por las *Institutas* de Gayo (siglo II d. C), pero sí por las de Justiniano, siguiendo un texto clásico: son, el aire, el agua corriente, el mar y, accesoriamente, la costa del mar: cosas ofrecidas por la naturaleza para el disfrute de todos, y por lo mismo, sustraídas a todo tipo de tráfico patrimonial. Lo que es evidente para el aire y para el mar; quien era impedido, por ejemplo, de pescar en el mar, tenía la *actio iniuriarium*, de la misma manera que aquel ciudadano ofendido en su libertad.

Justiniano, 2, 1, 1: "...son en verdad comunes a todos estas cosas: el aire, el agua corriente y el mar, y por lo mismo las costas del mar. A ninguno, pues (privado, particular, ciudadano) se prohíbe acercarse a las costas del mar, con tal que, sin embargo, se aparte de las granjas, de los monumentos y de los edificios, porque no son, como el mar, del derecho de gentes".⁵

Ulpiano, en *Digesto*, 47, 10, 13, 7: Si alguno me prohibiera pescar en el mar o llevar la red ¿podré acaso demandarlo con la acción de injurias? Hay quienes opinan que puedo ejercitar la acción de injurias; y así opina Pomponio; "...y ciertamente que el mar es cosa de todos, y también sus orillas, como el aire, y muchísimas veces se resolvió por rescripto (del príncipe) que no se le podía prohibir a uno que pesque..."

El principio *res communes omnium* rige también para el agua "*profluens*" que es aquella en continuo movimiento y por tanto no aprehensible en dicho estado como unidad, mientras es ofrecida por la naturaleza al beneficio de todos.

⁵ El *ius gentium* o derecho de gentes debe entenderse en el sentido de normas aplicables al hombre, a la comunidad de aquella época, sin distingo alguno. Constituye una creación de la magistratura romana encargada de administrar justicia (pretor) con base en principios universalmente aplicables, vale decir, tanto a ciudadanos como peregrinos. No debe por tanto identificarse aquí el término "derecho de gentes" —como suele ocurrir— con el moderno concepto de derecho internacional. El "*ius gentium*" en el sentido utilizado en el fragmento transcrito, como en la generalidad de las alusiones hechas por la doctrina romana constituye una especie de "derecho común privado", extraído de los principios coincidentes entre los derechos de los distintos pueblos de la época antigua, incluido el romano. El tipo de cosas "comunes a todos" se encuentra en un texto clásico, perteneciente a Marciano. En él se fundamenta el principio pertinente, contenido en las *Instituciones de Justiniano*. "La categoría es formulada por Marciano, adoptándola las *Instituciones de Justiniano*: *Et quidem naturali iure omnium communis sunt illa: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris*. Cfr., *Digesto*, 1, 8, 2, 1. Es una glosa postclásica *et per hoc litora maris*. La ribera u orilla del mar es el espacio hasta donde alcanza el máximo flujo de las aguas (*Digesto* 50, 16, IX, *Instituciones* 2, 1, 3). Según Perozzi (*Istituzioni*, 1, pp. 596 y ss.), la categoría de la *res communes omnium* no es clásica ni postclásica, sino idea bizantina privada de todo contenido e importancia jurídica. También Arangio-Ruiz, *Istituzioni*, p. 171, texto y nota 1) encuentra en el pasaje de Marciano elementos que lo hacen sospechoso. En opinión de Pietro Bonfante (*Corso*, 2, 1, p. 42 y ss.), la categoría formulada únicamente por Marciano es el origen filosófico y retórico, y no tiene valor económico ni jurídico en el mismo derecho justiniano. Sin embargo, no faltan romanistas que la consideran genuina, práctica y científica, señalándose por algunos el curso de una evolución jurídica jurisprudencial. A este respecto: Scialoja, *Teoria della proprietà*, 1, 126 y ss.; Biondi, *La condizione giuridica del mare o del "litus maris"*, Studi Perozzi, p. 269 y ss. Cita de Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972, p. 230, nota 29.

Cosa común es también, según ya enunciamos, la costa del mar. En *Digesto*, 50, 16, 96, Celso: "Es litoral el espacio hasta donde llegan las mayores olas del mar" (*maximum fluctus*).

El concepto de cosa común o libre para todos en relación a la costa del mar, se entiende en el sentido que podía servir a las labores de la pesca, para secar las redes y retirarlas del mar, y también para construir, pero sin que por ello este suelo perdiese jamás la cualidad de *res communis*: *Instituciones* Justiniano, 2, 1, 5: "También es de derecho de gentes el uso público de las costas, como el del mismo mar; y por ello cualquiera es libre de situar allí una cabaña en la que se abrigue, así como de secar sus redes y sacarlas del mar..."

a) Otra categoría de *res extra commercium*: las *res publicae*

Entre las cosas que se sitúan fuera de las relaciones patrimoniales por razones de derecho humano (*humani iuris*), además de las comunes a todos, están las públicas. Las cosas públicas en el concepto gayano pertenecen a la comunidad. Así, en *Institutas* de Gayo, II, 11: "Aquellas que son públicas están consideradas como no pertenecientes a los bienes de nadie en particular, sino que las mismas son reputadas como pertenecientes a la comunidad." Para Pomponio, citando a Celso (hijo) en *Digesto*, 18, 1, 6, "...no hay enajenación... de las cosas sagradas y religiosas, o de las que no haya comercio como las públicas, que no se tienen en el caudal del pueblo, sino para su uso público, como es el campo de Marte." Otras cosas públicas, de ordinario destinadas por el Estado romano al uso público son las calles, las plazas, los teatros, termas y bibliotecas.

Una destinación similar tienen las *res universitatem*, cuya situación análoga se observa en las ciudades de provincias tanto en los municipios como en las colonias (*municipia et coloniæ*). No es, por tanto, este último concepto sustancialmente opuesto a *res publicae* en el pensamiento jurídico romano. Aún más, en *Instituciones* de Justiniano el término "*universitatis*" se aplica genéricamente a aquellas cosas destinadas al uso público y que no son de los particulares: "Son de la universalidad y no de particulares las que, por ejemplo, se hallan en las ciudades, como teatros, estadios, y otras semejantes..."

C. De la división de las cosas en *mancipi* y *nec mancipi*

Importante en el derecho clásico es la distinción de las cosas en *mancipi* y *nec mancipi*, estimada por romanistas destacados la *summa divisio* (máxima división)⁶ de las cosas.

Las cosas *mancipi* eran aquellas que en la antigua economía rural romana tenían una particular importancia: los fundos en suelo itálico, los animales de tiro y carga y las más antiguas servidumbres: de pasaje y de acueducto. Todas las otras cosas eran *nec mancipi*: tales eran también los inmuebles situados en las provincias. La distinción tenía importancia fundamental en la era clásica especialmente con relación a los modos de enajenación (o bien de adquisición); así, mientras para las cosas *nec mancipi* era suficiente el simple acto de la *traditio* (entrega de la cosa corporal por el dueño con intención de transferirla), para las cosas *mancipi* se requería un acto solemne, formal, como la *mancipatio* que requiere entre otras formas la presencia de testigos; o la *in iure cessio* (cesión ante el magistrado). Esta clasificación de las cosas decae con la etapa clásica y gradualmente es sustituida por aquella que distingue entre cosas muebles e inmuebles.⁷

En *Institutas* de Gayo, II, 14a, se lee textualmente: "Existe otra división de las cosas, puesto que o son *mancipi* o *nec mancipi*. Son *mancipi* por ejemplo, los fundos que están en suelo itálico, así como también las construcciones que están en suelo itálico, también... aquellos animales que se suelen domar por el cuello o por el lomo, como por ejemplo los bueyes, los caballos, las mulas, los asnos; también las servidumbres de los predios rústicos ya que las servidumbres de los predios urbanos son '*nec mancipi*'..."

En *Institutas*, Gayo, II, 17, se indica que "también casi todas las cosas que son incorporales son '*nec mancipi*', excepto las servidumbres de los predios rústicos, pues siempre se les consideró '*mancipi*', no obstante que están dentro del número de las cosas incorporales".⁸

La comparación entre una y otra clase de cosas las describe claramente Gayo en *Institutas* II, 18 y siguientes: "La diferencia entre las '*res mancipi*' y las '*res nec mancipi*' es considerable." 19: "En efecto, las '*res nec mancipi*' se enajenan de pleno derecho a un tercero por la

⁶ De Francisci, Pietro, *Sintesi storica del diritto romano*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, s/f, p. 327.

⁷ *Ibid.*, p. 328.

⁸ Guarino y Arangio-Ruiz, estiman que este párrafo es una glosa intercalada. En el mismo sentido Solazzi. *Vid.*, Di Pietro, Alfredo, *Institutas*, de Gaius, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1975, p. 88.

simple 'traditio', toda vez que sean cosas corporales y por ello susceptibles de tradición (entrega o traspaso material)", y 20: "Así, si a ti te hago 'traditio' de un vestido, o de oro, o de plata, sea a título de venta o de donación o por cualquier otra causa, la cosa es inmediatamente tuya, siempre y cuando que yo sea dueño de ella."

Y en *Institutas*, Gayo, II, 22: Las "res Mancipi", en cambio, son aquellas que se transfieren a otro por medio de la "mancipatio"; es a causa de ello que se les llama "Mancipi". El mismo valor que la "mancipatio" tiene la "in iure cessio" (cesión ante el magistrado).

D. Cosas muebles e inmuebles

La distinción de cosas Mancipi y nec Mancipi, fundada en un factor socioeconómico, cedió lugar gradualmente a aquella que distingue en muebles e inmuebles, distinción esta última que tiene antecedentes inclusive en la misma Ley de las XII Tablas (451 a. C.). En este cuerpo legal, y con ocasión de la regulación de los modos de adquirir el dominio o propiedad mediante la posesión continuada durante un cierto tiempo, ya se distinguía entre *fundus* y *ceterae res* (fundos y las demás cosas o las otras cosas). Ello permitió que se distinguiera después más claramente las *res mobiles* de los *fundi et aedes* (edificios). Así, Gayo en *Institutas*, II, 42: "La 'usucapio' de las cosas muebles se cumple al año; en cambio, la de los fundos y la de los edificios, al segundo año. Así está dispuesto en la Ley de las XII Tablas". Esta nomenclatura se mantiene por largo tiempo junto a la otra de *res soli* (suelo) y *res mobiles o moventia*, como en *Digesto*, 7, 1, 7: *aut rei soli aut rei mobilis usus fructus legatur* (y se lega el usufructo o del suelo o de cosas muebles).

Pero este lenguaje tradicional se abandona al fin, y en el derecho postclásico se consagró la distinción entre *res mobiles* y *res immobiles*. Así, en *Código* de Justiniano, 3, 19, 2: "Si poseyendo uno de cualquier modo una cosa inmueble (*immobilem rem*) a nombre de otro sostuviera litigio promovido por un tercero con la acción real (*rem actionem*), debe desde luego declarar en juicio el nombre del dueño (Constitución imperial de Constantino dada a todos los habitantes de las provincias el año 331 d. C.).

Las cosas Mancipi como bienes de especial significación económico-social, en un mundo expandido, industrializado y con un comercio desarrollado como es el de fines de la época clásica y comienzos de la

postclásica en donde ya no es solamente la actividad agrícola la que importa, es sustituida por la categoría de las *res immobiles*.

E. *Cosas consumibles y cosas no consumibles*

Siempre en consideración de la función económico-social, los romanos distinguían las "consumibles" de las "inconsumibles".

Consumibles decían de aquellas que al primer uso se extinguen o destruyen. El uso normal no conserva esta categoría de cosas. Tales son el vino, el aceite, el trigo. En *Instituciones de Justiniano*, 2, 4, 2, y en relación con el objeto del derecho de usufructo se explica el concepto de cosa consumible: "Mas constitúyese el usufructo no tan sólo sobre los fundos y las casas, sino también sobre las demás cosas, excepto aquellas que se consumen por el mismo uso. Porque tales cosas ni por la razón natural (*naturali ratione*) ni por el derecho civil admiten el usufructo: en cuyo número están el vino, el aceite, los granos; a los que se aproxima el dinero contante; porque en cierto modo se extingue por el mismo uso por el cambio continuo".

Las no consumibles son aquellas cosas que no obstante sufrir un lento desgaste al ser usadas, su aprovechamiento normal se realiza sin consumirlas: un libro, un carro.

F. *Cosas fungibles e infungibles*

Estos términos tienen su origen en un fragmento de Paulo, recogido en *Digesto*, 12, 1, 2, 1, referente al préstamo de cosas calificado como "*mutuum*". "Damos en mutuo para recibir no la misma especie que dimos, pues de otro modo será comodato, o depósito, sino el mismo género; porque si recibiéramos otro género, por ejemplo vino por trigo, no será mutuo. La dación de un mutuo consiste en aquellas cosas que se determinan por peso, número o medida; con la dación de ellas podemos constituir un crédito que admite cumplimiento con el pago, más bien que en especies, con otras de su género..."

En el concepto romano clásico, las cosas fungibles admiten por tanto *sustitución*; el obligado a restituirlas no precisa entregar las mismas que recibió sino otras, siempre que sean del mismo género y calidad. Si recibió una cantidad de trigo de determinada calidad, cumplirá restituyendo trigo de la misma calidad y en igual cantidad.

Las cosas fungibles en el concepto romano se consideran, entonces y en las relaciones jurídicas, no por su individualidad sino por pertenecer a un determinado género.

Infungibles son, en cambio, las cosas que en las relaciones jurídicas se consideran precisamente por su individualidad (*species, corpora*). La determinación de la cosa infungible o no fungible, se fundamenta en una posición más bien subjetiva que objetiva de quienes intervienen en un negocio jurídico. Ejemplo: la entrega por causa de venta del caballo tal y no de otro, aunque tengan iguales cualidades.

Por último, conviene precisar que muchas cosas fungibles son también consumibles; no son incompatibles de ordinario ambas categorías; sin embargo, son diferentes, pues, a vía de ejemplo los ejemplares de la misma edición de un libro son cosas fungibles, pero no consumibles. Son fungibles y consumibles, en cambio, el vino, el aceite, el trigo.

G. *Cosas divisibles e indivisibles*

En concepto de Paulo, hay "...cosas que no pueden dividirse sin que perezcan". Lo expresa así en *Digesto*, 6, 1, 35, 3, en el título de la Reivindicación.

El concepto de la divisibilidad de una cosa corporal tiene relación con la posibilidad de seleccionarla en dos o más partes conservando éstas —proporcionalmente— sus cualidades originales.

El "perecimiento" de que habla Paulo debe entenderse en el sentido de la pérdida de esas cualidades originales, las que inciden desde luego, en la utilidad o función socioeconómica de la cosa. Cuando ello se produce, estamos frente a una cosa corporal indivisible.

Es divisible un predio. Indivisible: una cosa animada, un utensilio, una obra de arte.

Cabe precisar que, no obstante, las cosas indivisibles son generalmente susceptibles de una división intelectual o ideal. Si bien la cosa corporal es indivisible, resulta en cambio susceptible de división el derecho que se tiene respecto de ella. A vía de ejemplo, dos o más sujetos de derecho pueden ser copropietarios de una sola figura de mármol, teniendo cada uno de ellos una cuota o parte del total del derecho de propiedad.

Por último, es preciso aclarar que también respecto de las propias cosas corporales divisibles se puede dar el estado de indivisión o de "comunidad" cuando, a vía de ejemplo, aceptan varios coherederos la herencia consistente en un fundo, situación que dará origen a la refe-

rida comunidad o estado de "indivisión" que subsistirá mientras no se haga la correspondiente partición y adjudicación de partes.

H. *Cosas simples y compuestas*

Una distinción hecha por los jurisconsultos romanos bajo el influjo de las doctrinas estoicas, es aquella que considera las cosas como una sola unidad (cosas simples), o bien, en conexión con otras (cosas compuestas).

Las primeras son aquellas que, físicamente, constituyen una sola unidad: un bloque de mármol, un trozo de madera, un animal. No es ordinariamente relevante en estas cosas, destacar los elementos que las componen.

Las segundas en cambio, son aquellas cosas que están integradas por cosas simples, destacándose ordinariamente estas últimas en la estructuración del conjunto que es, como resultante, la cosa compuesta. Ésta a su vez puede ser una unión material de cosas simples, como una nave o un edificio, o bien, sin existir una unión material, ser no obstante una cosa compuesta por estar subordinada a un solo nombre una reunión o conjunto de cosas simples, como un rebaño, una biblioteca.

En *Digesto* (Pomponio, en *Comentarios a Sabino*, L. XXX, 41, 3, 30) se encuentra el fragmento original del que deriva esta categoría de cosas hecha con ocasión de la procedencia de la usucapión. . . "Mas hay tres géneros de cuerpos: uno que está contenido por un solo espíritu y que en griego se llama '*unido*', como el hombre, el madero, la piedra, y otras cosas semejantes; otro, que consta de componentes, esto es, de varias cosas unidas entre sí, que se llama '*conexo*', como un edificio, una nave, o un armario; y el tercero, que consta de partes distantes, como muchos cuerpos no unidos, sino subordinados a un solo nombre, como un pueblo, una legión o un rebaño. . ."

I. *Frutos y productos*

Existe una cierta tendencia en la romanística moderna a distinguir el concepto de fruto del "producto". Se señala que fruto es aquello que la cosa produce periódicamente sin que por ello disminuya su calidad original, su sustancia; así, la *cría* de una oveja, las *frutas* de un árbol. El producto —se señala— es distinto del fruto porque, no obstante la posibilidad de obtenerse periódicamente, disminuye la sustancia de la cosa, como el metal de una mina o las piedras de una cantera.

En las fuentes romanas, no existe verdaderamente una distinción en el sentido expuesto. Paulo, en *Digesto*, 50, 16, 77, dice: "Se llama 'fruto' por rendimiento no solamente a lo que se adquiere en granos y legumbres, sino también el vino, las talas del bosque y lo que se adquiere en canteras de creta o de piedra" ("*Frugem pro redivu appellari non solum quod frumentis aut leguminibus, verum et quod ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur*").

En consecuencia, en el concepto romano se consideran frutos también ciertos productos que no se renuevan, que disminuyen el valor de la cosa. Esta disminución de sustancia generalmente es poco aparente, pero progresiva y cierta: así los productos de las canteras y de los yacimientos mineros.

Los frutos hasta aquí explicados se suelen denominar *naturales*.

En antítesis se denominan *frutos civiles* a las cantidades (ordinariamente de dinero) que se pueden periódicamente percibir a consecuencia de haber cedido a otro la utilización de una cosa en virtud de un negocio jurídico: así un canon de arrendamiento y, en general, las rentas de un capital.

En la terminología clásica romana se habla en tal sentido de "como o en lugar de los frutos" (*loco fructum, pro fructibus*). Así Ulpiano en *Digesto*, 5, 3, 29: "Indudablemente, las rentas recibidas de transportes con naves y caballerías". Y en *Digesto* 22, 1, 36, el mismo Ulpiano: "Las pensiones de los predios urbanos son consideradas como frutos" (*Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur*).

Existencia de los frutos. Los frutos, como tales, sólo tienen existencia jurídica desde que se separan de la cosa que los produce. Antes no son sino que parte constitutiva de la cosa matriz. Gayo, en comentarios al *Edicto provincial*, libro XXIV, indica: "*Fructus pendentes pars fundi videntur*", vale decir, "los frutos pendientes son considerados parte del fundo" (*Digesto*, 6, 1, 44).

Frutos *pendentes* son aquellos todavía adheridos al árbol; *separados*, aquellos que no están más adheridos al árbol o bien al suelo que los produce. *Percepti*, son los frutos recogidos. Con el término *fructus exstantes* se indica aquellos que se encuentran todavía en poder de quien los recogió, y *consumpti* señalan las fuentes aquellos frutos que ya no se encuentran en la anterior condición.

J. Cosas principales y accesorias

Dos o más cosas susceptibles de ser consideradas independientemente, suelen encontrarse unidas por servir así a un mismo fin. Ahora bien, si en estas circunstancias de colaboración a un mismo objetivo una se encuentra respecto de la otra en una relación de dependencia, estamos en presencia de una cosa accesorias, subordinada a la otra calificada como principal; ejemplo: en un predio, los palos sujetos a la tierra (*quod terra se tenet*) como aquellos que sostienen las viñas (*"rodrigones"*). En una casa, los cerrojos y las llaves de las cañerías. Se les denomina también pertenencias y en las fuentes romanas *"instrumenta rei"*. No son parte constitutiva de la cosa principal, pero comúnmente se consideran como comprendidas en ella. La importancia de la noción de pertenencia está en lo siguiente: que todo acto de disposición relativo a la cosa principal se entiende también referido a sus pertenencias (*accessorium sequitur principale*).

Ulpiano, en *Digesto*, 19, 1, 17, hace clara referencia a esta categoría de cosas: "No es del fundo nada sino lo que se sostiene en la tierra. Mas no debe ignorarse que son de la casa muchas cosas, que no están fijas en la casa, como las cerraduras, las llaves y los cerrojos. . ." 3. "Los cuadros pintados que se embuten en el estuco, y asimismo las incrustaciones de mármol, son de la casa. . ." 7. "Por regla general escribe Labeón, que las cosas que están en los edificios por causa de uso perpetuo son del edificio, por ejemplo, las cañerías puestas ciertamente por causa temporal no son de la casa, pero si hubieren sido puestas para siempre, son de la casa. . ." 11. "Los rodrigones que se prepararon para la viña, antes que sean colocados, no son del fundo, pero los que se quitaron con la intención de volverlos a poner, son del fundo."

PRIMERA PARTE. Los bienes

II. Los derechos reales	27
1. Concepto. Terminología clásica: actio, vindicatio, actio in rem	27
2. Caracteres de los derechos reales	28

II. LOS DERECHOS REALES

I. CONCEPTO. TERMINOLOGÍA CLÁSICA: ACTIO, VINDICATIO, ACTIO IN REM

Si bien el derecho de Roma no reconoce el término "*ius in re*" (derecho en la cosa) o "derecho real" —nombre acuñado por los comentaristas medievales— dentro del sistema de acciones que domina durante la era clásica se perfila claramente la *actio in rem*, acción que una vez concedida dentro del proceso formulario se erige en el medio típico de defensa o tutela del poder que —directamente— se pretende respecto de una cosa corporal *in commercium*.

Hoy en día, se admite la idea del "derecho subjetivo" o facultad ejercitable en el ámbito jurídico real respecto de una cosa corporal. En la mentalidad jurídica romana de la era clásica se entiende que se tiene un tal poder sobre una cosa en la medida en que se disponga de una *actio* (o, más precisamente en el derecho de cosas, de una "*vindicatio*"). El énfasis de la tutela jurídica está así puesto prioritariamente en la acción, en ausencia de una teoría del derecho subjetivo, sin tradición en la *forma mentis* romana.

Nos corresponde estudiar en seguida todos aquellos poderes que el sujeto de derechos puede ejercer sobre las cosas corporales susceptibles de apropiación y que en el ordenamiento jurídico romano resultaron identificados al ser protegidos por las denominadas *actiones in rem* (acciones en las cosas).

Gayo define la acción real en sus *Institutas*, IV, 3, diciendo: "La *actio in rem* es aquella por la cual pretendemos que una cosa es nuestra (*dominium*), o que nos compete un derecho cualquiera (respecto de una cosa corporal), como por ejemplo el *usus*, el de *usufructus*..."

Los poderes o facultades —limitados en su número— que el sujeto de derechos puede tener en el ordenamiento jurídico romano bajo la protección de una acción "en la cosa" o *acción real* son principalmente:

el dominio o propiedad, las servidumbres, el usufructo, la prenda, la hipoteca.⁹

La terminología común y genérica que se utiliza en la romanística moderna y contemporánea para designar tales figuras es la de “derechos reales” y a ella nos conformaremos, pues aunque el término no es estrictamente romano permite observar la relación real “en el estado de reposo y pacífico goce de las relaciones jurídicas”, en circunstancias que el concepto romano de “*actio in rem*” sólo es explicable a través de una compenetración entre el derecho material y la *actio*.¹⁰

2. CARACTERES DE LOS DERECHOS REALES

Los poderes que los particulares ejercen sobre las cosas tuteladas en Roma por las *actiones in rem*, vale decir, los “derechos reales” —*in genere*— tienen los siguientes caracteres:

- a. Se ejercen directamente sobre una cosa corporal, atribuyendo a su titular un poder pleno (dominio) o menos pleno (servidumbre, usufructo, prenda, hipoteca).
- b. *Son absolutos*: esto significa que pueden esgrimirse frente a cualquier persona que impida su libre ejercicio. El sujeto infractor no está individualizado de antemano y se le desconoce hasta que ocasiona el entorpecimiento al libre ejercicio del derecho real. En este sentido, y en el orden lícito civil, los derechos reales resultan contrapuestos a los derechos personales, puesto que estos últimos no se hacen valer frente a todos sino solamente en contra de una persona individualizada con anterioridad. Así el titular de un derecho personal o de crédito gestado en un contrato, sabe de antemano quién será el infractor en caso de incumplimiento y en ese evento sólo en contra del contratante incumplidor podrá esgrimir su derecho, el que es por ello, y en contraposición al real, *relativo*.
- c. El derecho real tiene —no obstante su relación directa con una cosa corporal— una proyección hacia las personas, los sujetos de la comu-

⁹ Cabe agregar también los derechos reales de *superficie* y *enfiteusis*. La concesión de acción real a todos los derechos reales ya anotados no se hizo en una misma fase histórica. Los más antiguos son el dominio y las servidumbres; las acciones fundamentales que los protegieron —la arcaica *vindicatio* y sus aplicaciones extensivas— son creaciones del *ius civile*. Las acciones reales que van perfilando los derechos de prenda e hipoteca son creación pretoriana. Los derechos de superficie y enfiteusis nacen tardíamente, tutelados por acciones reales de fines de la era clásica y con una estructura de perfiles poco delineados.

¹⁰ Iglesias, J., *op. cit.*, p. 239.

nidad, que se traduce en el deber negativo de éstos de *no entorpecer su libre ejercicio*. En este sentido los comentaristas afirman la existencia de un deber general de *abstención* frente a una *titularidad real específica*.

d. Los derechos reales otorgan a su titular una ventaja o aprovechamiento desde que nacen. En este sentido se oponen a los derechos personales, pues éstos sólo ofrecen una satisfacción o ventaja al titular del crédito (acreedor) cuando el deudor le paga la deuda, vale decir justamente cuando se extingue la relación jurídico-personal.

e. Para que se configure o nazca una titularidad real (un propietario, un usufructuario, etcétera), es necesario que se realicen hechos idóneos que produzcan precisamente un efecto *real*. Tales hechos jurídicos, que no sólo sirven para adquirir la propiedad sino que también los otros derechos reales, se denominan por los comentaristas del derecho romano "*modos de adquirir*". En este sentido se contraponen —ordinariamente— a los derechos personales, los cuales nacen en el ordenamiento romano en virtud de dos causas o fuentes primarias: el contrato y el delito.

f. El derecho real fundamental en el derecho romano es el dominio, y se ejerce sobre "cosa propia" ("*ius in re ipsa*").

Pero hay otra categoría de derechos reales: los denominados "*iura in re aliena*" (derechos reales en cosa ajena) que se ejercen sobre una cosa que pertenece a otro; se distinguen dos clases:

- a) Los derechos reales de *goce* —servidumbre, usufructo—, y
- b) Los derechos reales de *garantía* —prenda e hipoteca.

Los derechos reales de goce atribuyen un poder de disfrute sobre la cosa —*utendi-fruendi*.

Los derechos reales de garantía, en cambio, no permiten usar ni disfrutar la cosa y se basan en la preexistencia de una relación de crédito (ejemplo: un mutuo de dinero), relación a la cual sirven de garantía.

Los derechos reales —como principio de carácter general— no son excluyentes entre sí. Una misma cosa corporal admite la coexistencia de dos o más de estos derechos. Así a vía de ejemplo puede admitir una cosa —además del derecho real básico de dominio— la existencia de una servidumbre y por añadidura también un usufructo, y gravarse además, adicionalmente, con una hipoteca.

PRIMERA PARTE. Los bienes

III. El dominio	31
1. Concepto	31
2. Atributos del propietario	33
3. Limitaciones al derecho de dominio	34
4. Tipos o clases de dominio reconocidos por el ordenamiento jurídico romano	35
A. El dominio quiritario e “in bonis” en las <i>Institutas</i> de Gayo	37
B. Protección del dominio bonitario	37
C. Medios de protección concedidos	38
D. Extensión de la actio publiciana a la adquisición “a non domino”. Pervivencia de las fuentes justinianas	39
E. El dominio en las tierras provinciales	39
5. Adquisición del dominio	40
A. Los modos de adquirir	40
B. De los modos de adquirir iure gentium	41
C. Evolución posclásica y justiniana de la tradición de inmuebles	49
D. Modos de adquirir el dominio del ius civiles (“civiles adquisiciones”)	51
E. Fides	56
F. Possessio	57
G. Tempus	58

III. EL DOMINIO

I. CONCEPTO

Así como del derecho de señorío del *pater* sobre las personas sometidas a su potestad derivan las normas que constituyen el fundamento del derecho de familia clásico, así también del señorío del *pater* sobre las cosas que constituyen la sede y la base económica del grupo familiar parece haberse derivado en Roma el régimen de la propiedad.¹¹

En principio, se puede afirmar incluso que el *mancipium* o *dominium* no es otra cosa que el poder del *dominus* (jefe de la casa, *domus*) sobre las cosas de la familia.¹²

No hay definición del derecho de propiedad en las fuentes romanas. Sin embargo —en cuanto a su concepto— se puede afirmar que el derecho de propiedad o dominio, en el pensamiento jurídico romano, no se entiende como *res incorporalis* sobre un objeto corporal. Existe más bien una cierta identidad entre objeto y propiedad. Es por ello que los romanos indicaron la pertenencia exclusiva de una cosa con la frase *res mea est* (la cosa es mía). “Si alguna palabra encontramos en las fuentes que pueda designar a ésta (la propiedad) de una manera más o menos unívoca, ella no es otra que *res* (cosa), la que suele ser usada incluso en oposición a *ius*”.¹³ En el ámbito del *dominium* está ausente entonces el concepto del derecho como cosa inmaterial (*res incorporalis*) superpuesto al objeto corporal.

Distinto es el caso de otros derechos reales, como el usufructo, entendido claramente en las fuentes romanas como *ius*, y concebido por tanto separadamente de la cosa fructuaria dentro de la categoría de las *res incorporalis*. Así, Gayo, *Institutas*, II, 14: “Son incorporales aquellas (cosas) que no se pueden tocar (*quae tangi non possunt*), tales como las que consisten en un derecho, así... un usufructo...”

Observaremos luego que el régimen organizativo del dominio en Roma, vale decir, el conjunto de aquellas normas que establecen la ma-

¹¹ De Francisci, P., *op. cit.*, p. 112.

¹² Samper, F., *op. cit.*, p. 112.

¹³ *Ibidem*.

nera de llegar a ser legítimamente dueño de una cosa, resultan concordantes con el concepto corporal que se tiene de la propiedad. Esto no sólo se observa en los actos rituales del derecho antiguo destinados a la enajenación de las cosas *mancipi* en que se designa la pertenencia señalando la *res* y no el *ius* ("hoc meum esse aio"), sino también en aquel otro tipo de cosas, como las *nec Mancipi* que se enajenan por simple entrega (*traditio*).

Como el mismo concepto enajenativo lo indica ("entrega"), en tal categoría de cosas el acto adquisitivo que configura la titularidad de *dominus* se realiza mediante un acto material de apropiación, que conlleva una *justa* toma de posesión de la cosa, consentida por el dueño (*tradens*) y obviamente por el adquirente (*accipiens*). En esta modalidad enajenativa está también la presencia relevante del elemento corporal, vale decir, de la disponibilidad material del objeto como elemento necesariamente concurrente para entender cumplido el acto enajenativo.

El régimen jurídico del dominio, para los efectos prácticos de su tutela, se resuelve en la concesión de una acción real (acción en la cosa o *actio in rem*); la *rei vindicatio* (vindicación de la cosa), que se entiende *persecutoria* de la *res*, vale decir, ejercitable directamente sobre el objeto del dominio sin tomar en cuenta la persona que lo tenga en su poder o, dicho de otra forma, cualquiera que sea el sujeto que lo posea.

Los términos que los litigantes pronuncian al accionar mediante la *rei vindicatio*, revelan la ausencia de un concepto abstracto del dominio y confirma lo anteriormente expuesto en este sentido. Directamente afirmaban ser *la cosa del* reivindicante. Así, en *Institutas*, Gayo, I, 119, y II, 24, la fórmula del reivindicante es: "Digo (o afirmo) que la cosa es mía de acuerdo con el derecho de los quirites" (*Unc ego rem ex iure Quiritium meum esse aio*). Dicho de otra forma, no se afirma "tengo un derecho de dominio sobre la cosa", sino que concretamente se afirma: "la cosa me pertenece".

Sin embargo, el que pretende tener otro derecho real distinto del dominio —por ejemplo, un usufructo— dice: "*aio ius utendi fruendi hoc fundo mihi esse*", con ello la fórmula hace referencia no a una *res*, sino al *ius (utendi fruendi)* del actor o demandante.

En síntesis, la jurisprudencia clásica no califica el derecho de dominio entre las cosas incorpóreas. Le confiere tratamiento de cosa *corpo-*

ral, porque aparece confundido en la *forma mentis* romana con el objeto sobre el cual recae.¹⁴

2. ATRIBUTOS DEL PROPIETARIO

El poder del titular (*dominus*) se proyecta en tres modalidades esenciales relacionadas con la utilidad o aprovechamiento que del bien propio puede hacer.

El propietario puede usarlo, apoderarse de sus frutos y consumirlo materialmente o disponer de él jurídicamente. Una terminología que no es romana (clásica ni postclásica) sino renacentista acostumbra referirse a estas manifestaciones del poder del *dominus* con la terminología *ius utendi, fruendi et abutendi*. Un plebiscito agrario de los Gracos (fines de la era republicana) parece servir de base para tal construcción escolástica. En esa fuente se confiere a los colonos del *ager publicus* el reconocimiento de varias facultades ejercitables sobre la tierra provincial en que se hayan asentados: "*uti frui habere possidere licere*". Del término *possidere* nos ocuparemos luego en detalle al tratar la posesión. Ahora bien, *uti, frui* y *habere* constituyen las tres formas básicas en que se pueden obtener aprovechamiento de una cosa corporal.

Uti, o ius utendi. Es una manifestación del poder del dueño que consiste en el uso reiterado del bien propio. Ello sólo es posible respecto de las cosas inconsumibles. En ellas cabe "un aprovechamiento natural sin agotar su sustancia".¹⁵

Frui, o ius fruendi. Consiste en la percepción de los frutos que rinde la cosa, sean éstos naturales o civiles. La percepción admite —naturalmente— la consumición del fruto.

Habere o ius abutendi. Tiene relación con la *disponibilidad* o disposición de la cosa; disposición que puede consistir en una modificación o en una consumición, las cuales pueden ser a su vez, *materiales* o *jurídicas*; así, hay actos de *modificación material* (como la transformación de un solar en un campo de cultivo o en bosque; actos de *consumación material* (como comer alimentos o destruir una cosa);

¹⁴ Vid., Topasio Ferretti, Aldo, *Estudios de derecho romano*, II, "El concepto corporal del dominio", Valparaíso, Ediciones Edeval, 1975, pp. 31-59.

¹⁵ D'Ors, Alvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Editorial Gómez, 1960, p. 100.

actos de *modificación jurídica* (como gravar una cosa con un derecho a favor de otro, por ejemplo, una hipoteca o un usufructo) y actos de *consumisión jurídica* (como enajenar una cosa).¹⁶

Es preciso reiterar aquí, que lo expuesto constituye sólo una descripción de las manifestaciones más corrientes del poder del dueño respecto del bien propio. No son útiles para elaborar o construir con ellas un concepto de derecho de dominio, pues existen otras facultades que el dueño puede ejercitar, que serían en verdad de larga enumeración y que conducirían a un tipo de definición enumerativa de facultades del propietario, lo que hoy en día se tiende a abandonar, pues buscando la mayor exactitud se caería en una enumeración excesivamente detallista y desmenuzada y, sobre todo, porque resulta, por otra parte, que tales facultades, en mayor o menor extensión puede en un momento dado no tenerlas el propietario, ya sea porque ha constituido un usufructo u otro derecho real, gravando el bien propio en beneficio o favor de otra persona,¹⁷ o porque ha sido sometido a restricciones por el derecho objetivo para la tutela de un interés público o privado.¹⁸

Por tal razón, en la época moderna suele definirse la propiedad en términos genéricos, señalándose que es un *poder* o *facultad jurídica plena, efectiva (en acto) o potencial sobre una cosa*.¹⁹

3. LIMITACIONES AL DERECHO DE DOMINIO

El derecho de propiedad si bien es de contenido muy amplio, no se quiere decir con ello que sea ilimitado. En principio ya hemos hecho algunas observaciones. De una parte, puede ser sometido a restricciones por el derecho objetivo para la tutela de un interés privado; así, la Ley de las XII Tablas estableció la prohibición de realizar cultivos o edificaciones hasta la misma línea divisoria de los predios vecinos, debiendo el dueño dejar un espacio de dos pies y medio como distancia que separa la línea divisoria de la edificación o del cultivo. Es por ello que una franja de 5 pies separaba los predios agrícolas (*confinium*) y las casas (*ambitus*).

¹⁶ D'Ors, *op. cit.*, p. 100.

¹⁷ Arias Ramos, J., *Derecho romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pp. 225-226.

¹⁸ Di Marzo, *op. cit.*, p. 122.

¹⁹ Bonfante, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, 2a. ed., Madrid, Editorial Reus, 1959, p. 250.

El derecho de propiedad también fue sometido a limitaciones para la tutela de un interés público. Así, si una vía pública se deterioraba, el vecino propietario debía transitoriamente tolerar el pasaje o tránsito sobre su propio predio hasta que la vía pública fuese reparada; dice el jurisconsulto Javoleno en *Digesto*, 8, 6, 14, 1: "Cuando un camino público se ha perdido o por avenida de río, o por ruina, el vecino inmediato debe prestar tal camino." También, el propietario de un predio situado a la ribera de un río público, debía permitir el uso de las orillas para las variadas exigencias de la navegación y del comercio. En *Instituciones* de Justiniano, 2, 1, 4, se indica: "...es de derecho de gentes el uso público de las riberas, como el del mismo río; y así, cualquiera es libre de atracar en ellas una barca, de atar maromas a los árboles allí nacidos, y de poner en ella cualquiera carga, así como de navegar por el mismo río. Mas la propiedad de éstas [riberas] es de aquellos con cuyos predios colindan, por cuya causa también son de los mismos los árboles en ellas nacidos".

De otra parte, el dominio puede ser limitado por otros derechos reales, concurriendo entonces sobre una misma cosa el dominio (perteneciente al *dominus*) y otro derecho real como un usufructo, perteneciente a un tercero (usufructuario), el que tendrá entonces un derecho en la cosa de otro o, como califican los comentaristas, un derecho en cosa ajena (*ius in re aliena*). Particularmente este tipo de limitación se considera como una fuerza que comprime el volumen del dominio, el cual vuelve a expedirse *ipso jure* en toda su plenitud al cesar la causa que lo limitaba. En este sentido los modernos hablan de "elasticidad del dominio".²⁰

También puede ser limitado el dominio por la circunstancia de que la cosa pertenezca en *comunidad* a varias personas (*condominio*).

4. TIPOS O CLASES DE DOMINIO RECONOCIDOS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ROMANO

Según el criterio de los jurisconsultos clásicos, en Roma existió originalmente un solo tipo de propiedad: el *dominium ex iure quiritum* (propiedad de los quirites o dominio de derecho quiritaro), que corresponde a aquel organizado conforme las normas del antiguo *ius civile*, propio de la época arcaica, con exigencia de actos rituales y for-

²⁰ Di Marzo, *op. cit.*, p. 122. En el mismo sentido, Bonfante, *op. cit.*, p. 251.

malismos que rodean la adquisición de las cosas *mancipi*. Sólo se admite la ausencia de formalismos para las cosas *nec mancipi* (enajenación por simple *traditio*). En cuanto a la protección o tutela procesal, el dominio quirritario reconoce la acción reivindicatoria (*rei vindicatio*) y la excepción de dominio justo (*exceptio iusti dominii*).

Respecto al sujeto, ha de ser ciudadano romano. No basta tener el *ius commercium* para adquirir la propiedad quirritaria.²¹ Y en cuanto al objeto, puede ser mueble o inmueble. Si es inmueble sólo será idóneo si se encuentra situado en suelo itálico. En la época clásica existe una verdadera correlación entre *ius italicum* y *dominium ex iure quirritum*.

Sin embargo, con el tiempo se formó —paralelamente al dominio quirritario— otro tipo de propiedad, a la que no se asignó un nombre específico desde un comienzo, identificándose en las fuentes sólo con los términos “*in bonis esse*” o “*in bonis habere*”, queriendo significar con ello que una cosa ha entrado en el patrimonio de una persona, que “está en sus bienes” o que “la tiene en sus bienes”.

Esta nueva institución fue creada por la nueva vertiente jurídica de la era clásica que conocemos como derecho pretoriano y particularmente se encuentra en el *ius gentium* del pretor peregrino.

La creación de este nuevo tipo de dominio, llamado “bonitario” por los comentaristas, tiende a eliminar las consecuencias de la rigidez ritual del *ius civile* que, a vía de ejemplo, para la enajenación de las cosas *mancipi* requería el cumplimiento de una especial solemnidad. Una *res mancipi*, en efecto, no se entendía transferida si no se cumplía con la forma solemne de la *mancipatio* (o de la *in iure cessio*). Aun cuando la cosa se hubiere enajenado con la voluntad del dueño y éste hubiese hecho la entrega (*traditio*) al adquirente, si la cosa era *mancipi*, el adquirente no obtenía la titularidad plena, la calidad de *dominus*. En tal caso el *dominium ex iure quirritium* de la cosa permanecía en el enajenante (en el dueño quirritario) hasta que aquél que recibió la cosa por simple *traditio* enterase un tiempo de un año para los muebles y de dos para los inmuebles. Poseyéndola por el referido tiempo, conforme la Ley de las XII Tablas el adquirente se hacía dueño de derecho civil; transformaba así su dominio *in bonis* o bonitario en dominio quirritario (*dominium ex iure quirritium*).

²¹ Iglesias, *op. cit.*, p. 252.

A. El dominio quiritario e "in bonis" en las *Institutas de Gayo*

El siguiente es el texto de las *Institutas* de Gayo que, en breve síntesis, explica el tema de la disociación del dominio en la era clásica (II, 40, 41 y 42): Ahora bien, debemos advertir que entre los extranjeros sólo existe una clase de dominio, ya que se considera que o se es dueño (*dominus*) de una cosa o no se lo tiene por tal. Este derecho era usual también antiguamente en el pueblo romano: o se era dueño de acuerdo con el derecho de los Quirites (*ex iure Quiritium dominus*) o no se era considerado propietario; pero posteriormente se admitió una división del dominio, de tal modo que alguien puede ser dueño de acuerdo con el derecho de los Quirites y otro tener la misma cosa "in bonis" (II, 40).

"En efecto, si respecto de una 'res mancipi' yo no te la he mancipado ni cedido 'in iure', sino que simplemente te hago la *traditio* de ella, se considera que esta cosa (materialmente) está entre tus bienes (*in bonis tuis*), pero permanecerá mía (jurídicamente) de acuerdo con el derecho de los Quirites hasta que poseyéndola tú llegues a usucapirla, ya que luego que completes la 'usucapio' comienzas a tener pleno derecho sobre la cosa, es decir a tenerla 'in bonis' y también a ser tuya de acuerdo con el derecho de los Quirites, tal como si ella te hubiera sido mancipado o cedida 'In iure'" (II, 41).

"La 'usucapio' de las cosas muebles se cumple al año; en cambio, la de los fundos y la de los edificios, al segundo año. Así está dispuesto en la Ley de las XII Tablas" (II, 42).²²

Tal medio de llegar a ser propietario quiritario (por el *usus* de la cosa y el transcurso del tiempo) configura la institución de la *usucapio* que observaremos con mayor detenimiento en su oportunidad.

B. Protección del dominio bonitario

Ahora bien, podía suceder que en el lapso de uno o dos años, mientras el adquirente *in bonis* estaba a la expectativa de usucapir, el enajenante, que todavía era dueño de la cosa *mancipi* frente a las normas del antiguo *ius civile*, hiciera valer la *rei vindicatio* para recuperarla.

Ante esto, el pretor acordó al que tenía la cosa *in bonis* (simple poseedor frente al derecho de los quirites o *ius civile*) el tratamiento de "propietario bonitario". No formuló en el edicto un reconocimiento

²² Di Pietro, *op. cit.*, pp. 40-42.

general del nuevo tipo de dominio para aquel que hubiere recibido del dueño una cosa *mancipi* sin los formalismos de rigor; sin embargo, por la vía de la concreta y casuística concesión de diversos *medios procesales de protección*, va perfilando el nuevo tipo del dominio bonitario, distinto del dominio quirritario, considerando la manera o modo en que se entiende realizada la enajenación: el dominio de las cosas *mancipi* —bajo la tutela jurisprudencial clásica— se entenderá en esencia adquirido sin necesidad de los formalismos típicos de la época arcaica (*mancipatio, in iure cessio*), bastando la concurrencia de la *traditio* (simple entrega material) fundamentada en una causa que la justifique, siendo ésta por lo común un contrato, por ejemplo una venta.

C. Medios de protección concedidos

a. La excepción de cosa vendida y entregada (*exceptio rei venditae et traditae*). Se concede al bonitario que está todavía en posesión de la cosa *mancipi* para que se oponga a la *rei vindicatio* deducida por el enajenante.

b. La acción publiciana (*actio publiciana*). Corresponde a la *rei vindicatio* que, con otra nomenclatura y fundándola el pretor en la ficción de haberse cumplido el plazo para usucapir, la concede al bonitario que ha perdido la posesión de la cosa *mancipi* con el fin de que obtenga su restitución.

A raíz de toda esta protección pretoria, el *dominium* aparece en la era clásica como escindido, dividido en un *dominium ex iure quiritium* que en las referidas circunstancias quedaba prácticamente privado de eficacia y por ello nominado como *nudum ius quiritium* (nuda o desnuda propiedad quiritaria), y un tipo de dominio reconocido por el derecho pretoriano con los términos "*in bonis habere*" o "*in bonis esse*" que confería el goce efectivo de la cosa.

La situación "*in bonis*", precisamente desde el punto de vista del "sistema de acciones" imperante en el pensamiento jurídico romano y en las praxis de la era clásica, la describe magistralmente Modestino en *Digesto*, 41, 1, 52: "*Rem in bonis nostris habere intellegimur quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recipendam eam actiones habemus*" ("Se entiende que tenemos una cosa en nuestros bienes cuando poseyéndola tenemos excepción o, perdiéndola, acción para recuperarla").

En la era postclásica, el dominio *in bonis* se fue concibiendo cada vez más con los perfiles de un verdadero y pleno derecho de propiedad dentro de un progresivo decaer de los antiguos formalismos.

D. *Extensión de la actio publiciana a la adquisición "a non domino".
Pervivencia en las fuentes justinianas*

La *actio publiciana* se llega también a utilizar para proteger al adquirente "*a non domino*", vale decir, al que recibe una cosa (*mancipi* o *nec mancipi*) de quien no era dueño o no tenía poder de éste para enajenarla. En virtud del principio: "nadie puede transferir a otro un derecho que no tiene" (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*) tal acto de disposición en que ha faltado la calidad de dueño en el enajenante, no transfiere el dominio y el adquirente será un *possessor* que tendrá la posibilidad de transformarse en *dominus* por el transcurso del tiempo mediante la usucapión.

Se trata entonces de una situación distinta de la "*in bonis*". Estrictamente, en ésta el acto enajenativo adolece de falta de formalidad, habiendo debido concurrir precisamente por la naturaleza *mancipi* de la cosa.

En la situación *a non domino*, la cosa puede ser *mancipi* o *nec mancipi* y en ella el acto enajenativo adolece de falta de calidad de dueño en el enajenante y, aun cuando el modo de adquisición empleado haya sido idóneo atendida la naturaleza de la cosa, no resulta transferido el dominio en razón del principio anteriormente transcrito (*nemo plus iuris*, etcétera).

La acción publiciana terminó, en la era clásica, por proteger específicamente al adquirente *a non domino* en caso que hubiere perdido la posesión de la cosa —estando en vías de usucapir— y antes de cumplirse el plazo de la usucapión. Como la *rei vindicatio*, la *publiciana* tiene por objeto accionar judicialmente para obtener la restitución de la cosa de manos de cualquiera que la tuviese en su poder.

En las fuentes justinianas ya no se distingue entre dominio quirritario y bonitario porque ha desaparecido la distinción de las cosas en *mancipi* y *nec mancipi*, y la *actio publiciana* se aplica por ello sólo para la protección del adquirente *a non domino*.

E. *El dominio en las tierras provinciales*

La propiedad no se concebía por los romanos si no estaba exenta de tributos. Ahora bien, de tal inmunidad gozaban solamente los pre-

dios situados en suelo itálico (peninsular) y las tierras extra itálicas a las que se les hubiere concedido el mismo privilegio (*ius italicum*). El dominio de las tierras provinciales era del Estado romano, proyectado en sus componentes "*populus romanus*" y "*principis*". Al pueblo romano pertenecían las tierras de las provincias administradas directamente por el Senado (provincias senatoriales). Al príncipe, las tierras administradas directamente por él (provincias imperiales).

Sin embargo, los particulares o colonos asentados en suelo provincial, sin poder tener la calidad de *dominus* por las razones referidas, tenían el goce, calificado en las fuentes como "*possessio et usufructus*" y ejercitaban de hecho sobre esas tierras un señorío pleno.

Sometido el suelo itálico a tributo por Diocleciano en el 292 d. C., cesó la base y fundamento del diferente tratamiento de las tierras del orbe romano y desde entonces —producida la nivelación— se admitió también el *dominium* en el suelo provincial, calificado desde antiguo genéricamente como *ager publicus* (tierra pública).²³

5. ADQUISICIÓN DEL DOMINIO

A. *Los modos de adquirir*

Los hechos jurídicos a los cuales el derecho romano reconoce la eficacia de atribuir a una persona el señorío pleno sobre una cosa, se llaman habitualmente "*modos de adquirir*".

Hoy en día se distingue entre "modos de adquisición originarios" y "modos de adquisición derivativos". El modo es originario cuando la propiedad se constituye independientemente de toda relación jurídica con terceros. Es derivativo en la situación inversa, vale decir, cuando se adquiere con base en una relación o acto jurídico con el propietario anterior. Pero esta clasificación no es romana.²⁴

De manera explícita, en las fuentes romanas sólo aparece la clasificación gayana, esto es, aquella que distingue entre modos del *derecho de gentes* y modos del *derecho civil*: De esto que llevamos dicho, resulta entonces que la propiedad se puede transferir ya sea por el derecho natural, como sucede con la "*traditio*", o por el derecho civil, como en efecto ocurre con la "mancipatio", la in "*iure cessio*" y la "*usucapio*".

²³ Vid., Topasio Ferretti, Aldo, *La posesión inscrita en el derecho romano*, Valparaíso, Edeval, 1978, p. 55.

²⁴ Di Marzo, *op. cit.*, p. 132.

que son derechos propios de los ciudadanos romanos —señala Gayo en *Institutas*, II, 65.

Eran modos de adquirir del derecho de gentes o “*naturales acquisitiones*”: *La ocupación, la accesión, la tradición*. Pertenecen también a los modos de adquirir de este tipo ciertas figuras jurídicas que tienen por fundamento —como la ocupación— una apropiación posesoria justa: la adquisición de frutos, el hallazgo del tesoro, la especificación.²⁵

Eran modos de adquirir del derecho civil *la mancipatio, la in iure cessio, la usucapio*. Se incluye también en esta categoría la *adjudicatio*

B. De los modos de adquirir *iure gentium*

a) La ocupación

La ocupación es un modo de adquirir el dominio *iure gentium* o *naturali ratione* fundada en la toma de posesión de una cosa que no tiene dueño (*res nullius*) o que ha sido abandonada por éste (*res derelictae*).²⁶ La adquisición de la posesión (disponibilidad corporal) de la cosa sin dueño, hace precisamente por ello —sin más— propietario al adquirente. Conforme las categorías modernas, la ocupación es un modo originario.

El hecho jurídico que configura este modo de adquirir se funda específicamente en la apropiación material de la cosa corporal. Es entonces, como otros modos de adquirir *iure gentium*, una “apropiación posesoria justa”.²⁷

Se podían adquirir las cosas *quae terra mari caelo capiuntur*, esto es, los animales silvestres o del bosque (selva), los pájaros y los peces.

Los jurisconsultos Gayo y Florentino, explican en *Digesto*, libro 41, título I, 1, 2, 3, 4 y 5, los aspectos básicos de esta institución.

Gayo: (I) “Así, pues, todos los animales que son cogidos en la tierra, en el mar o en el aire, esto es, las bestias silvestres, y las aves y los peces, se hacen de los que los cogen”.

Florentino. (2): “O los que de ellos nacieron en nuestro poder”.

²⁵ D’Ors, *op. cit.*, p. 119. En el mismo sentido Francisco Samper, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

²⁶ Respecto de las *res derelictae*, se distinguió si la cosa era *mancipi* o *nec mancipi*: las primeras no se adquirían inmediatamente por quien las ocupaba. Debían ser usucapidas. Las *nec mancipi* eran inmediatamente ocupables. Justiniano sancionó como principio general esta segunda doctrina, en *Instituciones*, 2, 1, 47.

²⁷ Samper, *op. cit.*, p. 138.

Gayo (3): "Mas lo que no es de nadie se concede por razón natural al que lo ocupa".

1. "Y no importa, en cuanto a las bestias silvestres y a las aves, que uno las coja en su propio fundo, o en el ajeno. Mas el que entra en un fundo ajeno para cazar bestias o aves se le puede prohibir con derecho por el dueño, si éste lo viere, que entre".

2. "Mas cualquiera de estos animales que hubiéremos cogido se entiende que es nuestro en tanto que está sujeto a nuestra custodia; pero cuando se hubiere evadido de nuestra custodia, y hubiere recobrado su libertad natural, deja de ser nuestro, y se hace otra vez del que lo ocupa".

3. "A no ser que amansados se hayan acostumbrado a irse y volver".

4. Gayo: "Mas se entiende que recobra su libertad natural, o cuando haya desaparecido de nuestra vista, o cuando de tal modo esté a nuestra presencia, que sea difícil su persecución (cuando ha perdido el hábito de volver a su dueño *'animus revertendi'*)".

Eran ocupables también las cosas *hostiles*, vale decir, las cosas pertenecientes al enemigo. Así, Celso en *Digesto*, 41, I, 51, 1: "y las cosas de los enemigos, que están en nuestro poder, no se hacen públicas, sino de los que las ocupan".

En su calidad de *res nullius*, era también ocupable la isla nacida en el mar (*insula in mare nata*) (Gayo, *Digesto*, 41, I, 7, 3).

También las cosas preciosas encontradas (*inventae*) en la orilla del mar, pertenecían al primero que se apropiase de ellas. Sobre esto, Florentino en *Digesto*, I, 8, 3, señala: "Asimismo las piedras preciosas, las perlas y las demás cosas que encontramos en las riberas (*litore*), se hacen inmediatamente nuestras por derecho natural".

En los últimos años del siglo IV d. C., habiéndose dejado incultas y abandonadas por sus dueños tierras situadas en los confines del Imperio en razón de haber quedado expuestas a las incursiones germánicas (*agri deserti*) se permitió su ocupación si se cultivaban. En el *Código* de Theodosio II, 5, 11, 12 y en el *Código* de Justiniano, 11, 58, 8, se regula así esta situación: "El que abandonándolas su dueño se apresura a cultivar en provecho tanto privado como público campos desiertos, sitios ora lejos, ora en las lindes, sepa que nuestra respuesta asiste a su voluntad; pero de suerte, que si un nuevo cultivador se hubiere establecido en un terreno vacante y abandonado, y el antiguo dueño hubiere querido reclamarlo para su derecho dentro de un bienio, obtenga poderío sobre su propio terreno, habiendo restituido primeramente lo que constare que se gastó. Porque si hubiere transcurrido el tiempo de un

bienio, carecerá de todo derecho de posesión y de dominio el que guardó silencio”.

b) La accesión

Es otro modo de adquirir del derecho de gentes y originario. Una cosa corporal perteneciente a un tercero —por obra del azar o por voluntad de uno solo de los dueños— puede adherirse a otra integrando un todo homogéneo. Presuponiendo que una cosa sea principal y la otra accesoria, resulta que en tal circunstancia, el dueño de la cosa principal se hace dueño de la cosa accesoria, vale decir, de la que cede (*cedit o accedit*).

En caso que ninguna de las cosas adheridas tuviera carácter de cosa principal surgía un *condominio* entre los que habían sido propietarios exclusivos de las cosas adheridas.

Para los romanos, era cosa principal aquella que determinaba la esencia y la función del todo.

Si la cosa accesoria era separable, su dueño tenía el derecho de accionar en contra del propietario de la cosa principal mediante la *actio ad exhibendum* para que exhibiera la cosa accesoria y así, presentada en forma separada e individualizada, poder reivindicarla.

En cambio, el modo de adquirir accesión se presenta como una solución jurídica irreversible si la unión es orgánica, sólida y duradera. En otros términos, si la unión no es separable, la adquisición es irrevocable.

Considerando que la acción conlleva para una persona la pérdida de una cosa (la accesoria), procede el pago de la correspondiente indemnización. Si esta indemnización no era entregada voluntariamente por quien había aumentado su patrimonio, se podía intentar varios recursos procesales, particularmente la acción de dolo (*actio doli*).

Los casos de accesión, entendida ésta en el sentido de incremento definitivo de la cosa principal, se agrupan habitualmente en tres categorías: accesión de cosa mueble a cosa mueble, de cosa mueble a cosa inmueble y de cosa inmueble a cosa inmueble.²⁸

Se consideraban casos de accesión de mueble a mueble: la *ferruminatio*, la *textura*, la *tinctura*, la *scriptura* y la *pictura*.

²⁸ Di Marzo, *op. cit.*, p. 135.

- a. Hay *ferruminatio* cuando a un objeto metálico se suelda una pieza del mismo metal “como si a una estatua de bronce se le une, también mediante bronce, un pie de igual sustancia”.²⁹
- b. En las fuentes se entiende que hay *textura* cuando hilos de púrpura se incorporaban a la tela ajena. En *Instituciones*, Justiniano 2, 1, 26, se explica: “Mas si alguno entretejió en su vestido púrpura ajena... cede al vestido por vía de accesión...”
- c. Hay *scriptura* cuando se escribe en pergamino, papiro u otro material ajeno. Lo escrito accede a éste.
- d. En la *tinctura*, la tinta o colorante accede a la tela.
- e. En la *pictura*; según Paulo, la pintura es accesoria y por tanto cede a la tabla (o lienzo). Según Gayo, en cambio, “*tabulam picture cedere*” (*Institutas*, II, 78). La opinión de Gayo es la acogida en el derecho de Justiniano (*Instituciones*, 2, 1, 34).

Se consideran casos de accesión de mueble a inmueble: *satio* (siembra), *implantatio* (plantación) e *inedificatio* (edificación realizada en fundo ajeno).

Se trata de tres situaciones en que se incorporan cosas corporales muebles en un predio ajeno, respecto de las cuales regía el principio “*superficies solo cedit*”, esto es, que se entiende siempre como cosa principal el suelo (*solo*) y el dueño de éste se hace —por tanto— dueño por accesión de todo lo que a él se unía, adhería o incorporaba. Siempre cede al suelo lo sembrado, plantado o edificado en la superficie.

Proceden, desde luego, las indemnizaciones correspondientes.³⁰

En fin, constituyen casos de accesión de cosa inmueble a cosa inmueble los siguientes: *avulsio*, *alluvio*, *insula in flumine nata* y *alveus derelictus*.

Había *avulsio* (el nombre es de los comentaristas) cuando por el ímpetu de la corriente fluvial se desmembraba una parte de un predio y ésta se unía a otro predio río abajo (*Digesto*, 41, 1, 7, 2).

Respecto al *alluvio* (aluvión) Gayo explica: “...Se considera agregado por aluvión aquello que un río va añadiendo a un campo nuestro de manera tan paulatina que no podemos estimar la cantidad que va acreciendo en cada momento determinado. Es por ello que vulgarmente

²⁹ Samper, *op. cit.*, p. 141.

³⁰ Lo plantado debía echar raíces para que el dueño del suelo lo adquiriera. En cuanto a los materiales de construcción podían, por el contrario, reivindicarse si la conjunción perdía efecto. La jurisprudencia clásica permitió que el propietario de los materiales —en la *inedificatio*— los recupera (*ius tollendi*) siempre que el acto de separar los materiales no provocara deterioro en el edificio (*Digesto*, 6.1, 38).

se dice que se acrece por aluvión cuando el agregado es tan insensible que nuestros ojos no han podido percibirlo" (*Institutas*, II, 70).

Insula in flumine nata: "En cuanto a la isla nacida en medio de un río, ella es propiedad común de todos aquellos que poseen fundos en ambas riberas; en cambio, si ello no está en medio del río, pertenece a aquellos que tienen los fundos ubicados en la orilla más próxima (*Gayo, Institutas*, II, 72).

El *alveus derelictus*, esto es, el lecho abandonado por el río, el cual corría por uno nuevo, accedía a los predios contiguos.

Las accesiones de inmueble a inmueble reseñadas, se agrupan genéricamente en la categoría de los "*incrementos fluviales*".

La especificación. Es otro modo de adquirir del derecho de gentes y originario. Se le puede ubicar además en la categoría de las "apropiaciones posesorias justas". Tenía lugar cuando una materia de otro, y por obra propia, se transformaba en una cosa que tenía una nueva individualidad (*novam speciem facere*), *Gayo* explica en *Institutas*, II, 79: "Así, si con mis uvas (. . . o con mis espigas) tú has hecho vino o trigo, se pregunta si el vino o el trigo es tuyo o es mío. También. . . si con mi lana hicieras un vestido. . . Algunos estiman que debe atenerse a la materia y sustancia, es decir, que aquel de quien es la materia, ese debe ser considerado como el propietario de la cosa producida; tal es la solución preferida por *Sabinus* y *Cassius*. Otros, en cambio, consideran que la cosa pertenece al que la ha hecho, y tal ha sido la solución preferida por los autores de la escuela opuesta (*proculeyanos*) dado que ellos entienden que aquel de quien es la materia prima tiene una acción contra aquel que le ha hecho hurto de la cosa, lo que no impediría el ejercicio de una 'condictio', ya que si bien no se pueden reivindicar las cosas extinguidas, ellas pueden ser el objeto de la 'condictio' contra los ladrones y ciertos otros poseedores".³¹

Adquisición de frutos. En el concepto romano, los frutos no tienen existencia sino desde que se separan de la cosa productora. Antes, no son más que parte constitutiva de la cosa que los produjo, cosas futuras. En consecuencia, en el pensamiento jurídico romano no se concebía una propiedad independiente sobre los frutos antes de la separación;

³¹ Cuando se mezclan líquidos (*confusio*) o sólidos (*conmixtio*) sin que ninguna de las cosas mezcladas se pueda decir principal y sin que resulte tampoco una *nova species*, en tales casos el derecho romano no reconocía cambio de propietario, sino la existencia de una *comunidad* o condominio al que se podía poner término mediante la *actio communi dividundo* o bien por la *rei vindicatio pro parte*. *Vid.*, *Argüello, L. R., Manual de derecho romano*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976, p. 239.

pero una vez separados, éstos pertenecían desde luego, al propietario de la cosa que los había producido.³²

También personas distintas del propietario adquirían los frutos al momento de la separación: por ejemplo el poseedor de buena fe.

En cambio, adquiriría los frutos por medio de la percepción, y no por la simple separación, el usufructuario, el arrendatario rústico. Percibir el fruto significa más que separarlo. La percepción consiste en un "acto específico de posesión",³³ vale decir, un acto en el que concurre la voluntad del adquirente unida al acto material de apoderamiento. La simple separación puede ser "por cualquier causa, *v. gr.*, por el propio peso, o por la acción del viento".³⁴

Adquisición del tesoro. Paulo en *Digesto* 41, 1, 31, 1, indica: "Un tesoro (*thesaurus*) es cierto antiguo depósito de dinero del cual no queda memoria, de suerte que ya no tenga dueño, pues de este modo se hace del que lo hubiere encontrado, porque no es de otro", y distingue el tesoro del dinero, de las cosas muebles preciosas que se hubieren enterrado por causa de custodia: "... pero si alguien hubiere escondido bajo tierra alguna cosa por causa o de lucro o de miedo, o de custodia, esto no es tesoro; y respecto de ello se comete también hurto".

En el siglo II d. C., el emperador Adriano (117-138), dispuso que el tesoro era por entero de quien lo había descubierto en el propio predio, pero concedió la mitad a quien lo había descubierto por azar en predio ajeno. "El hallador del tesoro debía compartir (desde Adriano) la propiedad con el dueño del inmueble, lo que constituye un premio legal por el hallazgo y no una ocupación".³⁵

El hallazgo del tesoro (*inventio*) no se identifica con la *occupatio*. Las fuentes no dicen en parte alguna en relación al tesoro de "*occupare*" sino de "*invenire*".³⁶

c) La tradición

De la causa y del modo. En las adquisiciones *derivativas*, la relación puramente obligatoria (contrato) es un derecho romano insuficiente para

³² Di Marzo, *op. cit.*, p. 141.

³³ Samper, *op. cit.*, p. 139.

³⁴ Iglesias, *op. cit.*, p. 237.

³⁵ D'Ors, *op. cit.*, p. 120.

³⁶ "Todo indica —aclara Iglesias— que una y otra figura discurren por caminos distintos. Si a la *inventio* se aplicaran los principios de la *occupatio*, correspondería al *inventor* la totalidad del tesoro, si bien surgiera después la obligación de entregar la mitad al dueño. Ni se identifica, por otro lado, con la *accessión*, porque habría de reconocerse al dueño del fundo como dueño del entero tesoro, aunque luego viniera

transferir el dominio. No produce efecto real³⁷ —en general— el contrato únicamente genera derechos personales. Servirá, por tanto, solamente de fundamento o causa de la transferencia: como el contrato de venta (*emptio*); también la donación (*causa donandi*), la dote (*causa dotis*) y todo otro negocio jurídico obligatorio destinado a operar —en función de causa— una traslación del dominio.

Para que opere la traslación del dominio, además de la causa ya referida, es preciso que se cumpla con la entrega (*traditio*) de la cosa corporal singularizada en el negocio jurídico traslativo; en otros términos, el que transfiriere (*tradens*) debe conferirle la disponibilidad o posesión de la cosa al que adquiere (*accipiens*). Siendo el tradens dueño de la cosa, la tradición o entrega que de ella haga —fundada en la justa causa— operará la adquisición del dominio en el *accipiens*.

De manera que la tradición es un acto jurídico, un *modo de adquirir*, que no se justifica por sí solo; no se concibe en forma autónoma, independiente o “nuda” transfiriendo el dominio. Precisamente la naturaleza de la causa a “titulus” —en concepto de los escolásticos— que la antecede, define o califica si la entrega que se hace de una cosa corporal opera o no el traspaso del dominio.

Así como los simples o “nudos” pactos (o contratos) no sirven por sí solos para operar el traspaso del dominio “. . . *non nudis pactis transferentur*” (Código de Justiniano, II, III, 20), tampoco la “nuda traditio” opera ese efecto sin fundarse en un título o causa: Paulo, *Digesto*, 41, 1, 31: “*la nuda tradición nunca transfiere el dominio si no se hubiere precedido venta o alguna justa causa por la cual siguiese la entrega*”.

No constituyen *justas causas de tradición* aquellos títulos que, atendida su propia naturaleza, no estaban destinados por el derecho romano para el traspaso de la propiedad, como el arrendamiento o el comodato. La entrega de una cosa corporal hecha en cumplimiento de una obligación generada o causada en uno de estos títulos o causas procuraba simplemente el uso de la cosa mas no su dominio. En esencia, no había allí “*traditio*”.

Concepto de tradición. Con los elementos de juicio expuestos, podemos concluir que la tradición (*traditio*) es por tanto, la entrega de una

obligado a entregar la mitad al *inventor*. Es lo cierto que el *dominus* y el *inventor* adquieren a la vez e inmediatamente.” Iglesias, *op. cit.*, p. 267.

³⁷ Excepcionalmente, producen directamente este efecto ciertos negocios formales o rituales de adquisición como la *mancipatio* (venta solemne). Además, respecto de ciertos *iura in re aliena*, véase Topasio, “El efecto real del contrato en el derecho romano”, *Estudios de derecho romano, cit.*, p. 103.

cosa corporal realizada por una persona a otra, con la intención correlativa de transferir y adquirir el dominio y fundada en una justa causa o "*titulus*". *Ejemplos de tradición*: La entrega que el vendedor hace al comprador de la cosa vendida. La entrega que el donante hace al donatario de la cosa donada, etc. Cualquiera que sea la naturaleza del título traslativo (venta, donación, etc.), para los efectos de identificar a los sujetos en el acto trasmitivo mismo —el acto de "*tradere*" (hacer tradición)— se les califica con los nombres de "*tradens*" (transferente) y "*accipiens*" (adquirente).

Ubicación y aplicación de la traditio como modo de adquirir. Gayo ubica claramente la tradición entre los modos de adquirir *iure gentium* o *naturales acquisitiones* "...la propiedad se puede transferir ya por el derecho natural como sucede con la '*tradiitio*'..." y explica, además, en *Institutas* II, 19 y 20, su aplicación: (19) "En efecto, las res '*nec mancipi*' se enajenan de pleno derecho a un tercero por la simple '*tradiitio*', toda vez que sean cosas corporales y por ello susceptibles de tradición." En II, 20, agrega: "Así, si a ti te hago '*tradiitio*' de un vestido, o de oro o de plata, sea a título de venta o de donación o por cualquier otra causa, la cosa es inmediatamente tuya, siempre y cuando que yo sea el dueño de ella."

La tradición es ineficaz para la transferencia de las cosas *mancipi* las que requieren para ello de actos solemnes específicos (Ej. *Mancipatio*). Sin embargo, procura la situación llamada "in bonis" analizada precedentemente.

Requisitos de la tradición. Síntesis:

- a. La cosa entregada debe ser *nec mancipi*, en la era clásica.
- b. La *tradiitio* debe fundamentarse en una justa causa, según hemos explicado precedentemente.
- c. *Voluntad o intención y también capacidad del tradens y accipiens.* La intención debe referirse a querer traspasar y adquirir —correlativamente— el dominio. En cuanto a la capacidad, aunque sea propietario no puede enajenar el pupilo sin la "*auctoritas tutoris*", etcétera.
- d. *El traspaso material de la cosa por parte del tradens al accipiens* a fin de que éste la tenga a su disposición. Es un acto que, en esencia, coloca al *accipiens* en posesión de la cosa corporal. Si el *tradens* era verdaderamente dueño de la cosa, en virtud del traspaso material el *accipiens* será un *dueño-poseedor*. Si no, simplemente poseedor con la expectativa de adquirir el dominio por la *usucapio*.

La entrega de la cosa fue desde un comienzo un acto material: el traspaso de la cosa mueble de mano a mano; en el caso de inmuebles, el ingreso al predio y recorrido del mismo ("*circumambulare glebam*").

Gradualmente esta rígida concepción fue perdiendo vigencia, consagrándose formas de tradición en las cuales el elemento espiritual (intencional) prevaleció por sobre el material. En la época renacentista, los intérpretes o comentaristas resumieron estos modos en el término genérico de "*traditio ficta*", queriendo con ello expresar directamente que la tradición se realizaba sin el traspaso material de la cosa, pero operando iguales efectos transmisivos del dominio, o bien de la sola posesión.³⁸

C. Evolución posclásica y justiniana de la tradición de inmuebles

Una constitución imperial de Theodosio I (el Grande), Arcadio y Honorio del año 394 d. C., confirma la distinción del contrato obligatorio seguido de tradición para entender cumplido el acto enajenativo. Pero tratándose específicamente de inmuebles, agrega ciertos requisitos que sientan las bases de una inscripción o registro de la transferencia inmobiliaria: "Pero si el pacto contuviere predios rústicos o urbanos, para que se les transfiera extiéndase escritura, sígase la tradición corporal y *den actas testimonio* de que el asunto así quedó cumplido, porque de otro modo no pueden pasar a nuevo dueño, ni separarse del antiguo dominio." La exigencia del acta testimonio (*gesta testentur*) se difundirá en la fase postclásica o del bajo Imperio (imperio absoluto).

Bajo el imperio absoluto, se busca —en la legislación oficial— una mejor garantía en la publicidad de las transferencias de inmuebles, cada vez más disminuida por el proceso de espiritualización de la entrega material. Favorece la nueva corriente la gradual penetración de la *scriptura*, de origen heleno-oriental, que encuentra su concreción romana en la "*instrumenta pública*", la que facilita una práctica perfilada hacia

³⁸ En el ámbito de las cosas muebles, "la entrega de una llave supone la del cofre que abre, o la de las cosas que se encuentran en un almacén que la llave cierra"; también mediante marcas o colocando un vigilante junto a las cosas que fueron dejadas por el *dans* (*tradens*). Inclusive se admite como verdadera traditio el hecho de que quien posee a nombre de otro, continúe poseyendo en el propio, sin que haya traslado material de la cosa (*traditio brevi manu*), pero el caso inverso de que el poseedor continúe como simple detentador (*constitutum possessorium*) no llega en época clásica a tener consideración de *traditio*, pues falta el requisito esencial de la aprehensión posesoria por parte del accipiens. Samper, *op. cit.*, p. 143.

finés de la era clásica, de registrar (*translatio gestorum*) los negocios jurídicos, particularmente las enajenaciones inmobiliarias, ante un funcionario facultado al efecto.³⁹

La *traditio* constada en acta demuestra una meditada voluntad de la potestad legislativa de atribuirle al documento una importancia decisiva en materia de transmisiones posesorias, aun cuando, todavía, en el texto de Theodosio I, probablemente por un fingido obsequio al derecho clásico, se mantiene el requisito de la entrega corporal, por lo que la exigencia de su posterior registro —su constancia en acto público— no puede entenderse como equivalente a dicha entrega, ni menos entender que el acta testimonio opera como un sustituto de la tradición. La constitución de Theodosio se mantiene en un punto de equilibrio; busca conciliar elementos clásicos con los nuevos factores propios del siglo iv. Pero —indudablemente— se sientan las bases de elementos registrales inmobiliarios que seguirán evolucionando hasta la época de Justiniano.

En efecto, bajo este emperador se dicta una *lege* identificada como Novella clxvii que en lo pertinente expone: "...y también a los que por virtud de ciertos contratos han de recibir cosas (inmuebles), y han de hacer de su propio derecho tal posesión o dominio, juzgamos que son necesarios en las provincias los testimonios de los defensores, para que en actas hechas con la autoridad de ellos se declare que se hace la tradición..." ("ut actis eorum auctoritate confectis declaretur, traditionem fieri").⁴⁰

El acta testimonio que da fe de la tradición conforme lo dispuesto en esta Novela 167, constituye un elemento —en el ámbito transmisivo inmobiliario— que, liberado del factor "*traditio corporalis*" instituye una singular tradición instrumental por la vía del registro de la declaración que al efecto hacen tradente y adquirente (en el sentido de que "hacen tradición") ante el funcionario público habilitado, personalmente o representados.⁴¹

a) Efectos de la tradición

Para que la tradición opere como modo de adquirir el dominio, el tradente debe ser dueño de la cosa que entrega al accipiente. En virtud del principio: "nadie puede transferir a otro más derechos de los que

³⁹ Topasio Ferretti, Aldo, *La posesión inscrita en el derecho romano, cit.*, p. 26.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 21.

⁴¹ *Ibid.*, p. 89.

tiene" (Ulpiano, *Digesto*, 50, 17, 54) si el que entrega no es el dueño o no está autorizado por él, el *accipiens* sólo iniciará una posesión que lo habilitará —concurriendo además el requisito de la buena fe— (creencia de haber recibido la cosa del verdadero dueño) para adquirir la cosa por *usucapión* si la posesión se prolonga por un año cuando la cosa es mueble, o dos si es inmueble.

D. *Modos de adquirir el dominio del ius civiles ("civiles acquisitiones")*

a) Mancipatio

En su origen, la *mancipatio* constituye una venta solemne exclusiva de los ciudadanos. Antes de la era clásica, se presenta con los caracteres de una verdadera compra en donde se paga un precio real por una cosa *mancipi*, concurriendo cinco testigos y un portabalanzas que pesa realmente las barras de bronce rudas (moneda que vale por el peso y no por su número; barras de bronce nominadas *aes rudes*).

El adquirente (*mancipio accipiens*) realiza un acto de aprehensión solemne (*manu capere*) de la cosa presente (o de un trozo representativo del inmueble) afirmando que es suya: "afirmo que esto es mío por el derecho de los Quirites",⁴² declarando acto seguido que la cosa "la compra por el bronce y la balanza" procediéndose a hacer entrega efectiva al vendedor y enajenante (*mancipio dans*) de las piezas de bronce pesadas en la balanza.

La fórmula de la *mancipatio* puede ser modificada o ampliada, siempre que no se trate de insertar condiciones o plazos, que van contra la naturaleza del acto *mancipatorio*, el cual está concebido para operar un traspaso inmediato del dominio considerando en particular, las declaraciones del *mancipio accipiens*, que afirman un derecho actual y no futuro. La *mancipatio original* —venta verdadera y solemne aplicada a la adquisición del dominio de la *res Mancipi*— "aparece en la era clásica, no ya como verdadera compra por un precio real, sino como pura solemnidad para constituir la propiedad, figurando en ella, como precio, meramente formal, una moneda (*mancipatio nummo uno*). Con ello, la *mancipatio* se hace negocio *abstracto*, es decir, independiente

⁴² D'Ors, *op. cit.*, p. 118. Cabe precisar que esa primera parte del ritual de la *mancipatio* está tomada de la declaración del demandante en la *rei vindicatio*, acción que no será excepcionada en razón de que el *dominus* está realizando la *mancipatio* precisamente porque quiere enajenar la *res Mancipi*.

de una causa determinada que lo justifique, lo que permite la gran variedad de sus aplicaciones".⁴³

Al enajenante (*mancipio dans*) no se exige declaración alguna. Sin embargo, era costumbre pronunciar imperativamente determinadas frases sobre particularidades de la cosa vendida: extensión de la finca, existencia o inexistencia de servidumbres u otros gravámenes. Estas expresiones orales se consideran verdaderas *leges privatae* (*nuncupatio, legum dictio*) y tienen por tanto fuerza vinculatoria conforme lo atestigua la propia Ley de las XII Tablas: "*Cum nexum faciet mancipium-que uti lingua nuncupassit, ita ius esto*".⁴⁴

El *mancipio dans*, con su presencia ("*auctoritas*"), estaba obligado a garantizar el traspaso de la propiedad de la cosa, de manera que si ésta no le pertenecía, vale decir, cuando vendía una cosa que no era suya, estaba obligado en virtud de la *actio auctoritatis* a pagar el doble del valor del objeto vendido.⁴⁵

En el transcurso de la era clásica se aplica con frecuencia la *mancipatio* en el tráfico jurídico, no obstante la gradual penetración del modo *iure gentium* "*traditio*". Pervive aún en el siglo IV d. C., siendo suprimida finalmente por Justiniano quien sustituye —en los textos clásicos— el término "*mancipatio*" por "*traditio*".

b) In iure cessio

También la *in iure cessio* es un modo formal de adquirir el dominio perteneciente al *ius civile*, aunque de aparición posterior a la *mancipatio*. Gayo la describe en *Institutas*, II, 24: "*La in iure cessio* tiene lugar de la siguiente manera: ante el magistrado del pueblo romano, por ejemplo ante el pretor (o ante el gobernador de provincia) aquel a quien la cosa es cedida '*in iure*' (*accipiens*) teniendo la cosa en la mano dice así '*Yo digo que esta cosa es mía de acuerdo con el derecho de*

⁴³ D'Ors, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁴ Iglesias, *op. cit.*, p. 282.

⁴⁵ Bonfante, *op. cit.*, p. 278. Si el *mancipio dans* no declara cuál es la verdadera extensión del predio, el *mancipio accipiens* dispone también de otra acción: la *actio de modo agri* por la que obtiene el doble del valor de la cabida que falta. Si el *mancipio dans* no es el dueño de la cosa mancipada, no opera el traspaso del dominio. El principio "*nemo plus iuris ad alium transfere potest*" se aplica por tanto en los modos derivativos *iure gentium* como en los formales del *ius civile*. Y en ambas situaciones procede la ulterior adquisición por usucapio. Si en el transcurso del tiempo que exige la usucapio es desposeído por efecto de la *rei vindicatio*, dispone de la *actio auctoritatis* ya indicada arriba, que lo indemniza por el duplo del valor de la *cosa mancipi*.

los *quirites*'...". En seguida después que éste ha hecho su "*vindicatio*" (fórmula de la *rei vindicatio*), el pretor pregunta a aquel que *cede* (dueño-enajenante) si hace la "*contra vindicatio*"; si se niega o se calla, el pretor efectúa la "*addictio*" de la cosa a aquél que ha hecho la "*vindicatio*".⁴⁶

La *addictio* constituye la esencia del acto ritual de adquisición en análisis y es una "forma antigua de decisión constitutiva que consiste en la adhesión del magistrado a una declaración hecha *in iure* por el actor en su propio favor".⁴⁷ En la *in iure cessio*, el pretor adhiere a la declaración del adquirente quien, ficticiamente ha afirmado que la cosa le pertenece no siendo contradicha su afirmación por el dueño (cedente o transferente).

Por ello ha podido afirmarse que la *in iure cessio* es un proceso ficticio o "aparente, de reivindicación".⁴⁸

Se aplica a la constitución o extinción de derechos de señorío sobre cosas *mancipi* y también *nec mancipi* ya sea respecto del dominio o de otros derechos reales como el usufructo (recordemos que el usufructo, según la concepción clásica de inspiración gayana es una cosa incorporal, y que "...casi todas las cosas incorporales son *nec mancipi*, excepto las servidumbres de los predios rústicos. . ." Gayo, *Institutas*, II, 17).

Finalmente, un comentario de Gayo sobre la utilidad de la *in iure cessio*: "Sin embargo, la mayoría de las veces y por así decir siempre, usamos nosotros la '*mancipatio*', ya que aquello que podemos hacer por nosotros mismos en presencia de nuestros amigos (testigos), no nos interesa hacerlo con mayor dificultad ante el pretor o ante el gobernador de provincias" (*Institutas*, II, 25).

c) La usucapión

Es un modo de adquirir el dominio *iure civile* basado en la posesión —usus—⁴⁹ de una cosa por un tiempo determinado. Los clásicos agregan a la posesión continuada por un tiempo, el requisito de la justa causa y la buena fe. Modestino en *Digesto*, 41, 3, 3, la define diciendo: "La usucapión es la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley".

⁴⁶ Di Pietro, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁷ Samper, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁸ Iglesias, *op. cit.*, p. 283.

⁴⁹ "Usus" corresponde al concepto *possessio* en el lenguaje jurídico antiguo.

La *usucapio* “tiene como función consolidar a la propiedad defectuosa”;⁵⁰ buscando otra expresión, se puede afirmar también que “responde a la necesidad de convertir en propietario a quien no es tal”.⁵¹

Esta finalidad de la *usucapio* tiene dos casos típicos de aplicación en la era clásica:

a. Convierte en propietario *ex iure quiritium* al que tiene la cosa *in bonis*. En otros términos, transforma al propietario bonitario en propietario de derecho civil. La usucapión remedia aquí la falta de cumplimiento de la forma solemne en la transferencia de la cosa *mancipi*. En esencia el bonitario es un poseedor de la cosa frente *al ius civile*, y tiene la expectativa de usucapir conforme lo establece la Ley de las XII Tablas.

b. Convierte en propietario de derecho quirritario o del *ius civile* al que adquirió una cosa de una persona que no era realmente el dueño (adquisición *a non dominio*). El adquirente en este caso inicia una posesión que —presumiéndose de buena fe— lo habilita para adquirir el dominio por *usucapio*. Este modo de adquirir remedia aquí la falta de calidad de dueño en el enajenante, sea la cosa *mancipi* o *nec Mancipi*.

La Ley de las XII Tablas establecía requisitos simples: posesión de la cosa corporal por un tiempo específico: un año para los muebles y dos para los inmuebles. Agregaba la exigencia de la ausencia de hurto: “las cosas furtivas —*res furtivae*— no pueden ser usucapidas”.⁵² En la época clásica, los jurisconsultos, desarrollando la idea de que se debe entrar legítimamente en posesión de la cosa para que sea procedente la usucapión, fundada esta idea en el principio de la ausencia de hurto, fijan otros dos requisitos esenciales. Uno, de carácter objetivo: la posesión basada en una justa causa o justo título; y otro de carácter subjetivo: la buena fe del poseedor que está a la expectativa de usucapir.

Los requisitos de la *usucapio*, paulatinamente desarrollados por el ordenamiento jurídico romano se resumen en los siguientes:

a. *Cosa idónea (res habilis)*. No pueden usucapirse las *res furtivae*; las *extra commercium*; las poseídas con violencia (*vi possessae*).

b. *Titulo o “iusta causa”*. Se trata de un requisito objetivo; constituye un negocio jurídico destinado a transferir el dominio: *mancipatio*; *venta (emptio)*; donación (*donatio*), etcétera, (seguidos estos dos últi-

⁵⁰ D’Ors, *op. cit.*, p. 130.

⁵¹ Iglesias, *op. cit.*, p. 290.

⁵² Iglesias, *op. cit.*, p. 291.

mos títulos de la correspondiente tradición para que opere el efecto transmisivo de las cosas *nec mancipi*). Desde el punto de vista “originario” se cita el título “*pro derelicto*”, relativo a la ocupación de una cosa *mancipi* abandonada por su dueño.⁵³

Estos títulos constituyen condiciones objetivas que hubieran sido suficientes para operar la adquisición del dominio. Son las mismas “justas causas” de la *traditio*. Pero debido a la falta de calidad de dueño en el enajenante, o atendida la naturaleza de la cosa (*mancipi*) el adquirente no recibe el *dominium*; inicia solamente una posesión (*possessio*) legitimada precisamente por la existencia del título, esto es, una *possessio civilis*, elemento para usucapir.

En caso de enajenación de una cosa *mancipi* sin observarse la *mancipatio*, hay ausencia de una causa civil de adquisición. Pero conforme los criterios clásicos, si ha existido venta u otra justa causa traslaticia—seguida de *traditio*— hay de todos modos “*titulus*”, aunque insuficiente, por la ausencia de forma solemne, para operar la adquisición del *dominium*. Aquí no hay falta de calidad de dueño en el enajenante sino un vicio de forma que no permite la adquisición del dominio, pero que habilita al adquirente para que también inicie una posesión legítima, idónea para usucapir (*possessio civilis*). Este caso, de adquisición de una cosa *mancipi* sin solemnidad, que configura la situación del propietario bonitario es esencialmente clásico; por ello, la usucapio se proyecta hacia la era postclásica especialmente en función de modo corrector de aquellas adquisiciones realizadas “*a non domino*”, vale decir, para convertir al poseedor que adquirió de un “no dueño” en propietario. Ejemplo típico: venta de cosa ajena.

El ordenamiento jurídico de Roma no hace un reconocimiento genérico de “justos títulos”. En las fuentes éstos suelen indicarse con la preposición *pro* (“*como por*”) y el nombre del negocio jurídico de que se trata. Ejemplo: “*pro donato*” (“*como por donación*”).

Con ello, en esencia, las fuentes quieren significar que se adquiere por usucapión “*como por donación*”, “*como por compra*”, etcétera. Así, Paulo en *Digesto*, 41, 6, 1: “Adquiere por usucapión como por donación. . . (“*Pro donato is usucapit. . .*”). En la usucapión se adquiere pues, el dominio, mirando la causa de adquisición de la posesión civil.

⁵³ Además de las causas o títulos derivativos (*pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*), cuyos efectos transmisivos se vinculan fundamentalmente con la tradición, existen algunas causas que se pueden calificar de originarias como el título “*pro derelicto*”, que se vincula con la ocupación.

Pro emptore. Cuando el vendedor ha hecho *traditio* de una cosa ajena, la compraventa (*emptio-venditio*) constituye una justa causa, un "titulus" que habilita al comprador para usucapir, pues ha realizado un negocio jurídico traslativo que le ha permitido —con la *traditio*— iniciar una *possessio* que tiene precisamente al título de *venta* como su legítimo fundamento (*Digesto*, 41, 3, 48).

Pro donato. Cuando se ha recibido una cosa en donación de quien no es dueño. El donatario, en situación similar al comprador, dispone de la *usucapio* para convertirse —*de simple possessor*— en *dominus*. El título (*donatio*) —seguido de tradición— hubiera sido suficiente para justificar la adquisición de la propiedad y no de la sola posesión. Pero, igual que en el caso de la venta, ha existido un vicio de fondo: la falta de calidad de dueño en el enajenante, lo que, si bien ha impedido la transferencia de la propiedad, deja abierta la posibilidad de su ulterior adquisición por la *usucapio* (*Digesto*, 41, 6; *Código de Justiniano* 7, 27).

Pro dote. Cuando una persona entrega una cosa que pertenece a otro, en dote. En *Digesto* 41, 9, dice Ulpiano: "Hay un título de *usucapio*, y ciertamente justísimo, que se llama 'como por dote' (*pro dote*); de modo que el que recibe una cosa en dote puede *usucapirla* por el espacio de tiempo legal, así como suelen adquirir por *usucapio* los compradores (*pro emptore*)."

Pro derelicto. Si en virtud de la "*occupatio*" una persona se apoderaba de una cosa abandonada, tratándose —en la era clásica— de cosas *mancipi*, no bastaba con ocuparlas. Debían ser *usucapidas*. Las *nec mancipi* en cambio, una vez ocupadas, se adquirían inmediatamente. Justiniano sancionó como principio esta segunda doctrina en *Instituciones*, 2, 1, 47: "Por cuya razón parece ser más verdadero, que si alguno hubiere ocupado una cosa tenida como abandonada por su dueño, se hace inmediatamente propietario de ella."

E. Fides

Otro requisito de la *usucapio*, tanto en la era clásica como postclásica fue el de la buena fe (*bona fides*) del poseedor al tiempo de adquirir la *possessio*.⁵⁴ El concepto de que la buena fe es un elemento de ca-

⁵⁴ Schulz, Fritz, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Editorial Bosch, traducción de José Santa Cruz T., 1960, p. 344.

rácter subjetivo (intencional) distinto, separado de la justa causa (o *titulus*) es postclásica: “no hay apoyo textual seguro para sostener que esta doctrina provenga de la jurisprudencia clásica”.⁵⁵ En general, se admite en la época clásica la existencia de una “*posesión de buena fe*” cuando tal posesión se sustenta en una *iusta causa*, particularmente en una compra-venta, prototipo del negocio jurídico en que concurre la buena fe.

Hacia la era postclásica es un requisito con perfiles independientes de la justa causa, subjetivo, y que de ordinario, se funda en la creencia errónea de considerar al enajenante dueño de la cosa. Sin embargo, “*in genere*” la doctrina romanista está más acorde en que consiste nada más en “la conciencia de no lesionar —con la toma de posesión de la cosa— el derecho ajeno”.⁵⁶

Está claro que bajo Justiniano, la mala fe sobreviniente (después de adquirida la posesión) no impide usucapir.

La buena fe se presume en el poseedor, y corresponde a la parte contraria probar que falta. En cambio, la prueba del título incumbe al que posee y está a la expectativa de usucapir.⁵⁷

F. *Possessio*

Para que se pudiera usucapir, se requería una detentación de la cosa con *animus domini*, que unido a los requisitos de la justa causa y buena fe configuraban la *possessio ad usucapionem* o, como señalan algunos, “*possessio civilis*”. No bastaba por tanto una simple *possessio ad interdicta* como aquella del acreedor prendario, y tampoco la de aquello que detentando una cosa —sin protección interdictal— como el usufructuario, el arrendatario, estaban obligados a restituir, no pudiendo éstos mudar o cambiar su posición respecto a la cosa mediante un simple acto de voluntad. Así, Paulo, en *Digesto*, 41, 2, 19: “También se determinó por los antiguos, que nadie podía cambiarse a sí mismo la causa de la posesión”.

La posesión debía ser ininterrumpida. Esto significa que debía ser continua y no perderse durante el tiempo prescrito. Según Paulo, *Digesto*, 41, 3, 2, la interrupción se produce por la usurpación: “*Usurpatio est usucapionis interruptio*”. Ésta, aunque haya durado un momento, requiere el reinicio de una nueva posesión.

⁵⁵ Samper, *op. cit.*, p. 148.

⁵⁶ Di Marzo, *op. cit.*, p. 148.

⁵⁷ Iglesias, *op. cit.*, p. 297, *supra* y nota 313.

También se interrumpe la posesión en la época de Justiniano por demanda judicial: *Código*, 7, 40, 2: "...désele facultad (al dueño de la cosa) para dirigirse al presidente de la provincia o para presentarle la demanda, y para deducir esto en la querella dentro de los plazos establecidos, y hacer la interrupción del tiempo; y que baste esto para la plenísima interrupción".

En el derecho clásico, en cambio, la contestación de la *litis* en la acción de reivindicación, promovida por el dueño, no interrumpía la usucapión: Paulo, *Digesto*, 41, 4, 2, 21: "Si yo hubiere comprado una cosa ajena, y al usucapirla yo, su dueño me pidiere la misma cosa, no se interrumpe mi usucapión por la contestación de la demanda". Sin embargo, si el poseedor demandado consumaba la usucapión en el transcurso del juicio, estaba obligado a restituir (si el dueño, desde luego, lograba probar su derecho).

G. *Tempus*

La Ley de las XII Tablas, requería dos años para los inmuebles y un año para todas las otras cosas.

Bajo Justiniano se produce un aumento en los plazos: la adquisición del dominio por *usucapio* requiere de tres años para los muebles. Si se trata de inmuebles, diez años entre presentes (residentes dueño y poseedor en la misma provincia) y veinte entre ausentes (residentes en distinta provincia).

a) La *longi temporis praescriptio*

La usucapión como modo de adquirir el dominio civil (quiritario), no era aplicable a los predios provinciales. Por esta razón, en la segunda mitad del siglo II d. C., se introdujo, "por la vía de las constituciones imperiales" el instituto de la *longi temporis* o *longae possessionis praescriptio*, en virtud de la cual el poseedor de un fundo provincial podía defenderse contra la acción interpuesta por un reivindicante, *exceptiōnándose* en la circunstancia de que su posesión se funda en justa causa y buena fe, y durante más de diez años *inter praesentes* y veinte años *inter absentes*, según que las partes habitasen en la misma ciudad o en ciudad distinta: en la misma provincia o en provincias diversas estableció después Justiniano.⁵⁸

⁵⁸ Di Marzo, *op. cit.*, p. 150

En el transcurso de la época postclásica (desde Constantino) se consagró además la institución de la *longissimi temporis praescriptio*, excepción cuyo efecto era el de extinguir las acciones; no era por tanto modo de adquirir el dominio, pero "permitía defender al poseedor de más de cuarenta años (treinta, desde Teodosio II), aunque poseyese sin justa causa, por la consideración de que las acciones del propietario quedaban extinguidas". Justiniano dio a esta prescripción especial el carácter de *adquisitiva* cuando la posesión era de buena fe, aunque sin justo título, y restituyó el plazo de cuarenta años si operaba contra el Fisco o la Iglesia".⁵⁹

b) La agregación de posesiones en la usucapión

En la época clásica se admite la *sucessio possessionis*, esto es, que el heredero continúe la posesión iniciada por el difunto. El primero agrega a la suya, la posesión de este último. El difunto debe haber poseído con buena fe, aun cuando el heredero no la tenga. A la inversa, la mala fe del causante perjudica al heredero. Esto se explica porque en el ámbito sucesorio, la posesión es un hecho único que se continúa —se sucede— con las mismas calidades y vicios con que se inició.

Y no es preciso que el heredero tome posesión real de las cosas hereditarias. Así, Neracio, en *Digesto*, 41, 4, 40: "Se estableció que aun antes de adida la herencia se podía completar la usucapión comenzada por el difunto".

La posibilidad de que el sucesor a título singular (como comprador, por ejemplo) agregue a la suya la posesión de su antecesor o *antecesores* constituye la *accessio possessionis*; es admitida en el derecho de Justiniano. En *Digesto*, 44, 3, 15, 1 dice Venuleyo: "La accesión de la posesión se hace, no solamente por el tiempo que la cosa estuvo en poder de aquel de quien uno la compró, sino también por el que estuvo en poder del que se la vendió al que tú se la compraste" ("*Accessio possessionis fit non solum temporis. .*").

La posesión del transferente accede al adquirente con sus calidades y vicios de modo que, para los efectos de usucapir, debe aquella provenir de un antecesor de buena fe. Caso contrario, y si el sucesor a título singular está de buena fe, éste puede iniciar *ex novo* una *possessio ad usucapionem*.

⁵⁹ Samper, *op. cit.*, p. 151.

c) Adjudicatio

La partición de una comunidad hereditaria o bien de una copropiedad adquirida inter vivos se realiza en función del pronunciamiento que hace el *iudex* en los respectivos juicios divisorios. Tal pronunciamiento o resolución es en derecho romano un *modo de adquirir* el dominio *pro parte divisa*, pues adjudica a un condómino una parte singularizada de la comunidad para que ejerza separada e independientemente su dominio sobre esa parte que le ha correspondido en la división.

Para dividir una herencia común, procede la *actio familia erciscundae*. Para partir otras indivisiones, la *actio communi dividundo*. También es procedente la *actio finium regundorum* para reglar los confines de las propiedades colindantes.

PRIMERA PARTE. Los bienes

IV. El condominio	61
1. Concepto	61
A. Concepto de condominio	62
B. Terminología que utilizan las fuentes	62
C. Régimen del condominio	63
D. El derecho de acrecer (ius adcrecendi)	63
E. Término de la comunidad	64

IV. EL CONDOMINIO

I. CONCEPTO

En el ordenamiento jurídico romano no se desconoció en una primera época el principio de la pluralidad de titulares del *dominium* sobre la misma cosa. En la época clásica, partiendo del principio de la imposibilidad de que varias personas tuvieran por entero el dominio sobre la misma cosa, se afirma que el objeto común pertenecía a los titulares de la relación, “no en el sentido de que fuera por entero de cada uno de ellos, como tampoco en el sentido de que a cada titular perteneciera una parte material, sino entendiendo que —respecto de la cosa sin dividir (*corporis pro indiviso*)— los titulares tienen, cada uno, una parte del dominio (*pro parte dominium habere*)”.⁶⁰ En *Digesto*, 13, 6, 5, 15, Ulpiano, refiriéndose a lo escrito ya por Celso (hijo) señala: “Y dice, que ciertamente no puede ser de dos íntegro el dominio o la posesión, ni cualquiera ser señor de parte de la cosa, sino que tiene en parte el dominio de toda la cosa sin dividir (*Et ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*)”.

Es en la época clásica tardía cuando se comienza a perfilar una importante distinción —por la jurisprudencia romana— en la esfera del *dominium*. Correspondió al genio de Papiniano, en la búsqueda de una explicación de la naturaleza del condominio sentar las bases para una distinción entre el derecho de dominio y la cosa misma, normalmente identificados hasta entonces. Entiende que “. . .varios obtienen el dominio en un solo fundo por *intelección del derecho*, no por división de la cosa (“. . .*plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisiones corpore obtinent*”: *Digesto*, libro XXXI, título único, 66.

⁶⁰ En efecto, como refiere el manuscrito en pergamino de Gayo editado en 1930, a la muerte del *paterfamilias* tenía lugar entre los *filií familias* una “*legítima et naturalis societas*”, por la cual cada uno de los socios podía enajenar la cosa común. A esta sociedad se le denominaba “*dominio indiviso*” (Gayo, *Institutas*, III, 154). En el sentido expuesto, Di Marzo, *op. cit.*, p. 129.

Después, Ulpiano confirma, en *Digesto*, 45, 3, 5, señalando que la cosa común es de todos, no como si ella por entero fuese de cada uno “sino ciertamente por partes indivisas, de suerte que (los titulares) tengan las partes más bien intelectual que corporalmente” (“...*sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore...*”).

No es un fenómeno aislado el del progresivo proceso de abstracción observado en la categoría romana del *dominium*. También la posesión va gradualmente orientándose en este sentido, en particular por la creciente importancia concedida al *animus*, tanto para retenerla como para adquirirla.⁶¹

A. Concepto de condominio

Así entendido por la jurisprudencia clásica, hay condominio cuando concurren varios titulares (*dominii, socii*) a los que corresponde una parte o cuota del total del derecho de dominio que “*in communione*” ejercen sobre un mismo objeto.

De modo que el titular no ejerce su poder absoluto sobre el bien entero sino sobre una cuota ideal, abstracta, que no puede ser otra que una parte del dominio, inteligido como *ius* y no como *res* (“...*dominium iuris intellectu...*”).

B. Terminología que utilizan las fuentes

La denominación “condominio”, “copropiedad” o “comunidad” no es romana. Las fuentes para señalar estas situaciones indican: *rem communem esse, rem communem habere, rem plurium esse*. Los varios titulares son denominados *domini*, o también *socii*. Los términos condominio y copropiedad los comenzaron a emplear los comentaristas renacentistas.⁶²

El condominio podía originarse porque así lo habían querido los copropietarios, y los intérpretes hablan entonces de “copropiedad voluntaria” (por ejemplo, la compra de una cosa entre varios), o bien por circunstancias ajenas a dicha voluntad. Como las fuentes hablan entonces de “*incidere in communione*”, los intérpretes califican tales casos de “copropiedad incidental” —digamos entre los herederos de una misma

⁶¹ Topasio Ferretti, *La posesión inscrita en el derecho romano*, citado.

⁶² Arias Ramos, *op. cit.*, p. 262.

persona, mientras la herencia no ha sido dividida; o entre varias personas a las cuales les había sido legada una misma cosa (legatarios).⁶³

C. Régimen del condominio

Hay actos que cada comunero o copropietario puede realizar individualmente, con plena libertad y señorío: son todos aquellos actos ejercitables *pro parte*, esto es, la percepción de frutos en proporción a la parte o cuota del derecho que tenga el titular o condómino; la disponibilidad —con entera autonomía y libertad— de la cuota de derecho que le corresponda. En este sentido bueno es precisar que dicha cuota se puede no sólo enajenar por acto inter vivos sino también disponer de ella por testamento (*mortis causa*). Puede también ser objeto de un gravamen, como un usufructo, una hipoteca.

El segundo tipo de actos tiene relación con aquellos que significan alterar o innovar —en un sentido material— la cosa que se tiene en comunidad, como suprimir parte de una viña en un predio y realizar una edificación, suprimir una edificación, etc. El principio rector es el siguiente: el comunero puede realizar tales actos a menos que se lo prohiban uno o más condueños; vale decir, no se requiere que éstos consientan positivamente respecto de lo que un comunero altera o innova, se requiere solamente que no expresen una *prohibitio*, fundada en el poder que tienen, denominado "*ius prohibendi*", comparable al sistema del veto o *intercessio* en el derecho público. Expresa Papiniano en *Digesto*, 10, 3, 28: "Dice Sabino, que ninguno de los dueños puede hacer con derecho cosa alguna en la que es común la voluntad del otro. Por lo cual, es evidente que hay derecho para prohibirlo; porque es sabido que en igualdad de circunstancias es mejor la condición del que prohíbe. . ."

El tercer tipo de actos se vincula con la enajenación y gravamen general que afecten a la totalidad de la cosa que se tiene en comunidad, *v. gr.*, venderla, constituir una servidumbre predial, etc. Para realizar este tipo de actos se requiere el consentimiento unánime de todos los condóminos.

D. El derecho de acrecer (*ius adcrendi*)

Este derecho está regulado en las fuentes para el caso de abandono de su parte hecho por uno de los comuneros. En tal caso, poniendo el ejemplo de dos condóminos, Ulpiano en 1, 18, indica: "*partem suam*

⁶³ *Ibidem*.

amittit, aequi ad crescit socio". Por derecho de acrecimiento (*iure ad crescendi*) la parte abandonada se suma a la del otro comunero. Siendo dos, el restante es dueño entonces de toda la cosa y por tanto de un dominio pleno y exclusivo. Este es un ejemplo de lo que se ha venido en denominar "elasticidad del dominio". Vale decir, que el derecho de propiedad de un comunero había estado limitado por el derecho de propiedad del otro, y que extinguido el derecho concurrente (la cuota, y en el ejemplo propuesto, correspondiente a la mitad del *dominium*), se expandía en toda su plenitud.

E. Término de la comunidad

Siendo el condominio una limitación al derecho de propiedad desde el momento que una pluralidad de cuotas o partes del entero —que es el *dominium*— se limitan unas a otras precisamente por el hecho mismo de su concurrencia, unida al hecho de provocar esta circunstancia frecuentes conflictos entre los condóminos, el derecho romano admite que cualquiera de éstos podía pedir la división de la cosa común. El juez procede a realizar la correspondiente *adjudicación*: "Si la cosa es divisible, son normalmente adjudicatarios parciales todos los condóminos, cada uno por una porción material equivalente al valor de la cuota; si es indivisible, es adjudicada a uno (o eventualmente a más de uno constituyéndose un nuevo condominio con menor número de participantes), y el adjudicatario es condenado a pagar a los otros sumas compensatorias.⁶⁴ También —siendo la cosa indivisible— se vende el bien común a un tercero extraño a la comunidad y se reparte el precio entre los comuneros.

En la *adjudicatio* ante el *iudex* se deducía la *actio communi dividundo* si se trata de poner término a una copropiedad voluntaria. En caso de partición hereditaria procedía la *actio familiae erciscundae*.⁶⁵

⁶⁴ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 231-232.

⁶⁵ La *actio communi dividundo* no tenía sólo por finalidad disolver una comunidad. También se proyectaba hacia el ámbito compensatorio y restitutivo por concepto de daños hechos en la cosa común, frutos percibidos o gastos efectuados en la misma. Es por ello que en el derecho de Justiniano se califica a esta acción como *mixta*, pues se dirige tanto hacia el ámbito real como personal (prestaciones entre comuneros).

PRIMERA PARTE. Los bienes

V. Defensa de la propiedad	65
1. La rei vindicatio	65
A. Prueba del dominio en el juicio reivindicatorio	66
B. Efectos de la sentencia que reconoce el derecho de dominio y ordena restituir la cosa	67
2. La actio negatoria	69
3. La actio publiciana	69
4. Otros medios jurídicos de defensa del dominio	70

V. DEFENSA DE LA PROPIEDAD

En el ordenamiento jurídico romano la propiedad tuvo varios medios jurídicos de defensa, dependiendo éstos del tipo de menoscabo que se le infringía, es decir, según si había sido violada en todo o en parte la plena potestad sobre la cosa.

Para el caso de infracción total, como cuando el *dominus* es desposeído procede la *rei vindicatio*. Si era parcial, como en el caso de que un tercero pretendiera tener un derecho real distinto del dominio, sobre la misma cosa, como un usufructo, procede la *actio negatoria*.

1. LA REI VINDICATIO

En contra de la violación total de la "*plena potestas*" procedía la *rei vindicatio* que se concibe como la acción del propietario *ex iure Quiritium* no poseedor ejercitable en contra del poseedor no propietario destinada a obtener el reconocimiento del propio derecho sobre la cosa y por ello —en consecuencia— su restitución o el pago de su valor.

En esta acción del *dominium* es, pues, actor o demandante el que no está en posesión de la cosa. En las *Instituciones* de Justiniano (4, 6, 2) se explica que en las controversias de cosas corporales "demanda el que no posee: y al que posee, no se ha dado acción para que niegue que la cosa es del actor..."

El demandante debe señalar, todos los datos que permitan singularizar la cosa objeto de la reivindicación. En *Digesto* 6, 1, 6, dice Paulo: "Si alguien ejercitare una acción real, debe designar la cosa, y si la pide, toda o parte, y qué parte, porque la denominación de cosa (reivindicable) no significa el género sino la especie".

En un comienzo sólo se admitió que se dedujera la *rei vindicatio* en contra del poseedor que retenía la cosa para sí; después, esta acción real se extendió en contra de aquellos que detentaban la cosa a nombre de un tercero (comodatario, depositario, etc.). Ulpiano, en *Digesto* 6, 1, 9, refiriéndose a lo expresado por Pegaso señala: "dice que no puede vindicarse de aquel en cuyo poder está depositada o prestada una cosa,

o del que la tuviera en arrendamiento... Pero opino que se puede pedir a todos los que tienen una cosa y tienen facultad de restituirla". En tal caso, el detentador demandado debía declarar en nombre de quien tenía la cosa (*laudare actorem, nominare dominum*). Y en caso que nominado el dueño, éste finalmente no comparecía al juicio, por una constitución de Constantino debía restituirse la posesión al demandante: "...si persistiere en la resolución de no comparecer... que el actor sea puesto en posesión de las cosas, quedándole reservada al ausente toda alegación sobre la cuestión principal" (*Código de Justiniano* 3, 19, 2).

En el derecho de Justiniano la *rei vindicatio* era procedente inclusive en contra del *ficto poseedor*, vale decir, en contra de quien, sabiendo que no era el dueño, se despojaba dolosamente cediendo la cosa a otros. En *Digesto*, 6, 1, 27, 3 indica Paulo: "Pero también está obligado por la acción real el que antes de contestada la demanda dejó con dolo de poseer la cosa..." y era condenado también por el ordenamiento jurídico, ya en la época clásica, el que recibía la cosa diciendo que él la poseía, engañando así al demandante sobre el verdadero poseedor. Dice Paulo en *Digesto*, 6, 1, 27, 1: "Pero si cuando yo quisiere pedir una cosa a Ticio, dijere alguno que él la poseía, y por esto se mostró parte contraria en el pleito, si yo justificare esto mismo en la prueba al proseguir el pleito, debe ser de todos modos condenado". Es éste el caso *qui liti se obtulit*, vale decir, quien sin serlo realmente, se muestra como parte contraria en el pleito de reivindicación con el fin de que se siga en su contra el juicio, dando tiempo así, "a que transcurra el plazo necesario para la usucapión a favor del verdadero poseedor".⁶⁶

El demandado podía no asumir la defensa de la cosa, y entonces, tratándose de un inmueble, el pretor ordenaba la restitución de la posesión al actor, mientras, tratándose de una cosa mueble, admitía derechamente que el actor se la llevase⁶⁷ (*Digesto*: 50, 17, 156; 6, 1, 80; 2, 3, 1, 1).

A. Prueba del dominio en el juicio reivindicatorio

Si, en cambio, el demandado poseedor asumía la defensa de la cosa, negando que el demandante fuese propietario, éste debía probar su dominio, lo que en caso de adquisición derivativa era difícil pues debía el reivindicante no sólo probar su dominio sobre la cosa sino también el

⁶⁷ Di Marzo, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁸ Arias Ramos, *op. cit.*, p. 267.

de su antecesor y así sucesivamente hacia atrás, hasta llegar al primer adquirente a título originario. Tal tipo de prueba es calificado con razón por los comentaristas medievales como "*probatio diabolica*". Menos dificultoso resultaba sumar el tiempo durante el cual los antecesores estuvieron en posesión de la cosa, enterando así el plazo requerido para ganarla por usucapión, en este caso, por agregación de posesiones (véase *successio* y *accessio possessionis*, página 59 de este texto).

Si el reivindicante no lograba probar su derecho, el demandado poseedor proseguía en la posesión de la cosa.

En cambio, si el reivindicante lograba probar su dominio, el demandado debía restituirle la posesión de la cosa. Si se negaba a esta restitución era obligado, previa estimación pecuniaria de la cosa (*litis estimatio*) a pagar su valor.

B. Efectos de la sentencia que reconoce el derecho de dominio y ordena restituir la cosa

Cum causa rei. La cosa debía ser restituida con todo aquello por ella producido y recibido por acesión. Gayo, en *Digesto*, 6, 1, 20 explica: "...porque no basta que se restituya el mismo cuerpo, sino que es necesario también que se restituya la causa de la cosa (*'ut et causa rei restituatur'*)"; ello significa que no basta con devolver la sola cosa. Si ha producido frutos, existen ciertas situaciones en que deben restituirse. Así, en el derecho clásico, el poseedor vencido en el juicio reivindicatorio —estando de buena fe— se queda con los frutos percibidos hasta antes de la *litis contestatio*. Después de ésta, debe restituirlos. Bajo Justiniano, en cambio, cualquiera que fuera la época en que los hubiere percibido, debía devolver todos los que estuvieren en su poder (*fructus extantes*). Hacía suyos solamente los frutos consumidos (*fructus consumpti*). Estas consideraciones respecto del poseedor de buena fe no regían para el de mala fe, estando incluso obligado a pagar el valor de los frutos que no se produjeron por su culpa o negligencia. En el *Código* de Justiniano 4, 9, 1, se ordena: "El poseedor de mala fe, vencido en cuanto a la propiedad, habiendo sido demandado respecto a los frutos existentes por la reivindicación (*vindicatio*) y en cuanto a los consumidos por la *condictio* (*condictio*), es compelido a atender a la restitución de los mismos" (dada por los emperadores Diocleciano y Maximiliano —294 al 305 d. C.—). Y en el mismo *Código*, 3, 32, 22, los mismos emperadores en buena síntesis señalan: "Es cierto, que

es costumbre que los poseedores de mala fe restituyan *todos* los frutos (*omnes fructus*) en unión de la cosa misma."

Deterioros. La regla es que el poseedor de buena fe no responde de los deterioros, salvo aquellos causados por su culpa y después de contestada la demanda.

El poseedor de mala fe, en cambio, responde de los deterioros, antes y después de contestada la demanda; antes, si se produjeron por su culpa. Después de la *litis contestatio* responde siempre, aunque el daño se haya producido por caso fortuito. Este último punto se revisa bajo Justiniano, resolviéndose que no respondía del caso fortuito si probaba que el daño se habría producido igual, aun estando la cosa en poder del dueño.

Gastos (impensae). Correspondía por su parte, al propietario reivindicante, resarcir al poseedor de los gastos hechos en la cosa.

En el derecho clásico debían restituirse al poseedor de buena fe —integramente— los gastos *necesarios*, indispensables para la mantención de la cosa. Los gastos *útiles*, que aumentan el rendimiento y el valor de la cosa, también debían reintegrarse al poseedor y de la siguiente manera: pagando la suma que resultara menor, comparando el gasto realizado con el valor de la mejora obtenida. Los gastos *voluptuarios* —de mero embellecimiento o lujo— no eran reintegrados.

Si el propietario no reembolsaba los gastos necesarios y útiles, el demandado, aun vencido y todo en el juicio de reivindicación, tenía derecho a conservar la posesión de la cosa (*ius retentionis*). De modo que tiene carácter de requisito previo a la restitución de la cosa, el pago de los gastos necesarios y útiles por parte del *dominus*.

El poseedor de mala fe, en cambio, no podía pretender compensación alguna. Todo esto, en el derecho clásico.

Bajo Justiniano, al poseedor de mala fe se le reconoció el derecho a ser indemnizado por los gastos necesarios. Y además, tanto al poseedor de buena fe como de mala fe se les concedió la facultad de retirar (*ius tollendi*) todos aquellos gastos aplicados a mejoramientos voluptuarios, siempre que estos retiros se hiciesen sin deterioro para el propietario y con algún provecho para el poseedor mismo. El dueño podía oponerse al retiro de las mejoras voluptuarias, aun cuando se hubieren podido separar sin deterioro, pagando al poseedor el precio de las mismas.

2. LA ACTIO NEGATORIA

Correspondía al propietario *ex iure Quiritium* en contra de quien pretendía tener un derecho de servidumbre o de usufructo en su predio. En *Digesto*, 8, 5, 2 dice Ulpiano: "Respecto a las servidumbres nos competen, a ejemplo de las que pertenecen al usufructo, las acciones reales, tanto la confesoria como la negatoria; la confesoria, al que pretende que a él le competen las servidumbres; la negatoria, al dueño que lo niega ("... *in rem actio negatoria competit domino qui negant*"). El dueño demandante debía probar su derecho de dominio, y el demandado por la actio negatoria, que era quien pretendía tener un "*ius in re aliena*" debía también probar la existencia de su derecho. Con esta acción el *dominus* obtenía la cesación de los actos perturbadores del ejercicio de su derecho. En caso necesario, procedía la *cautio de non amplius turbando* la cual imponía una fianza para garantizar en lo sucesivo el libre ejercicio de la *plena potestas* del *dominus*.

3. LA ACTIO PUBLICIANA

Hemos ya observado que la propiedad bonitaria —en caso de desposeimiento— estaba protegida por la acción publiciana, fundada en un cumplimiento ficto de la usucapación de parte del que tenía la cosa "*in bonis*". Gayo en *Institutas*, 4, 36, explica: "(También, en la acción que se llama publiciana se finge una 'usucapio'). Esta acción es dada a aquel que habiéndosele hecho '*traditio*' de una cosa en virtud de una '*iusta causa*', pero que aún no ha usucapido, reclama la misma por haber perdido la posesión. En efecto, como no puede pretender que la cosa sea suya de acuerdo con el derecho de los Quirites, se finge que ha usucapido la cosa y la reclama como si se hubiera hecho propietario '*ex iure Quiritium*'..."

Hemos observado que, después de crearse para defender al propietario "*in bonis*", la *actio publiciana* se extendió en su aplicación a todo poseedor que hubiere adquirido la cosa en virtud de justa causa y buena fe inicial y que hubiere perdido la posesión antes del tiempo necesario para usucapir. Esta última fue la aplicación que tuvo esta acción bajo Justiniano; correspondía al poseedor de buena fe que, habiendo recibido tradición de una cosa *a non domino* con base en una justa causa, no había todavía usucapido.⁶⁸ Sin embargo, el poseedor de buena fe no triunfa

⁶⁸ Di Marzo, *op. cit.*, p. 155.

en contra del legítimo dueño: Paulo (*Digesto*, 6, 2, 16) es terminante: "A la acción publiciana se ha de oponer la excepción de legítimo dueño" (*"Exceptio iusti dominii publicianae obicienda est"*). En efecto, la publiciana si bien protegía al poseedor de buena fe en contra de un poseedor cualquiera, no podía tener eficacia en contra del propio dueño que oponía la referida excepción, precisamente por haber sido desposeído sin su voluntad.

4. OTROS MEDIOS JURÍDICOS DE DEFENSA DEL DOMINIO

Otros medios jurídicos que el propietario tenía contra las amenazas a la integridad de la cosa, fueron la *actio finium regundorum*, la *operis novi nuntiatio*, la *cautio damni infecti*, la *actio aquae pluviae arcendae* y el *interdicto quod vi aut clam*.

La *actio finium regundorum* tenía por finalidad la determinación de la franja de cinco pies que separaba los predios rústicos, y se hacía valer ante un *iudex* o *arbiter*. La *operis novi nuntiatio* era un acto extrajudicial (debía hacerse *in re presenti*) que tenía por objeto impedir que se continuase una construcción, reparación o demolición lesiva para el titular del derecho de propiedad o de un *ius in re aliena*. Esta intimidación, celebrada fuera de la presencia del magistrado, competía tratándose de obras realizadas en terreno público, a todos los ciudadanos.

La oposición del *nuntians* quedaba sin efecto en los siguientes casos: 1º Cuando rehúsa jurar que no actúa maliciosamente; 2º Si no prueba su derecho a oponerse a la obra; 3º Si el que emprende la construcción o demolición da garantías de que indemnizará de todo posible perjuicio.

De no darse ninguna de las circunstancias enumeradas y si el *nuntiatius* prosigue los trabajos se opone al *interdictum demolitorium*.⁶⁹

La *cautio damni infecti* era el medio jurídico destinado a garantizar contra el daño temido por el estado amenazante de obras existentes en un predio o de nuevas obras que se ejecuten en él.⁷⁰ En *Digesto*, 39, 2, 2, Gayo explica (*Comentarios al edicto provincial*, libro XXVIII): "Daño que amenaza es daño aún no hecho, que tememos que sobrevendrá" (*Damnum infectum ets damnum factum, quod futurum veremur*). Como su nombre lo indica, constituye una caución; "por lo

⁶⁹ Vid., Hernández-Tejero Jorge, Francisco, *Derecho romano*, Madrid, Escelicer, 1959, pp. 286-287.

⁷⁰ Di Marzo, *op. cit.*, p. 158.

común, la *cautio* se presta en forma voluntaria, es decir, extrajudicialmente. . . La negativa a prestar caución abre las puertas a un procedimiento ante el magistrado".⁷¹ Si el demandado persiste en su actitud después de la reclamación ante el pretor, éste introduce al reclamante en la posesión (más precisamente detentación) del predio vecino —*missio in possessionem*—. Si esto no basta, en virtud de una segunda resolución magistratual (*ex secundo decreto*), la posesión conferida al reclamante lo habilita para usucapir el inmueble pertinente. En *Digesto*, 39, 2, 15, 16, Ulpiano, refiriéndose a lo escrito por Juliano, expresa: "Escribe Juliano, que el que es puesto en posesión a título de daño que amenaza, no comienza a adquirir el dominio por el transcurso de largo tiempo antes que con segundo decreto del pretor".

La *actio aquae pluviae arcendae* era un medio jurídico para proteger al propietario ya considerado en las XII Tablas. Así da fe el *Digesto* en 40, 7, 21: (Pomponio) "...de este modo interpretaron los antiguos también las palabras de la Ley de las Doce Tablas: 'si perjudicare el agua llovediza', esto es, si pudiere perjudicar. Tenía por objeto restituir las cosas a su estado anterior en los predios vecinos cuando se había alterado el curso natural de las aguas lluvias, las que podían ocasionar daños en la propiedad vecina. Si la alteración no era imputable al demandado, el mismo demandante eliminaba o demolía a su costa la causa del daño (*patientia prestatio*)".

El *interdictum quod vi aut clam tenia* como finalidad demoler una obra ya terminada que se ha construido en un predio que el reclamante tiene como dueño, poseedor, usufructuario e incluso arrendatario, dentro del año. En *Digesto*, 43, 24, 1, 1, señala Ulpiano (*Comentarios al edicto*, libro LXXI); dice el pretor: "Restablece a su primitivo estado la cosa, de que se trata, que se hizo violenta o clandestinamente, cuando hay facultad para ejercitar la acción. Este interdicto es restitutorio; y por medio de él se puso obstáculo a la malicia de los que intentan hacer alguna cosa violenta o clandestinamente; porque se les manda que la vuelvan a su primitivo estado".

⁷¹ Iglesias, *op. cit.*, p. 304.

PRIMERA PARTE. Los bienes

VI. La posesión	73
1. Concepto de posesión	73
2. Orígenes de la posesión	73
3. Tipos de posesión que se distinguen en el derecho romano	74
A. Posesión pretoria	74
B. La posesión civil	79
C. Possessio naturalis	83
D. La quasi possessio	84

VI. LA POSESIÓN

1. CONCEPTO DE POSESIÓN

Posesión (*possessio* o *possidere*), en su sentido más genérico y comprensivo por tanto de las varias clases de posesión que distinguiremos en el ordenamiento jurídico romano, es el *poder de hecho o retención fáctica que se ejercita sobre una cosa corporal, con voluntad de tenerla para sí con exclusividad e independencia, esté o no tal poder de hecho fundado en un derecho.*

La *possessio* está fundada en un derecho cuando la disponibilidad física de la cosa corporal está amparada en el dominio: normalmente el dueño es también poseedor, esto es, que su titularidad jurídica va —por regla general— unida al goce y disposición de la cosa. Pero puede suceder, excepcionalmente, que dicho goce y disposición no lo tenga. Será entonces un dueño no poseedor, por ejemplo si la cosa le ha sido quitada por un tercero. Dice Paulo, en *Digesto*, 43, 17, 1, 2: “... puede suceder que uno sea poseedor, y no sea dueño, y que otro sea ciertamente dueño, y no sea poseedor; y puede suceder que el mismo poseedor sea también dueño”.

2. ORÍGENES DE LA POSESIÓN

Históricamente, la *possessio* no nace en el derecho romano vinculada al *dominium*. El concepto de Paulo responde a una idea ya madurada en la era clásica tardía. El origen de la posesión se remonta a la protección otorgada por el pretor a los asentados en parcelas del suelo público (*ager publicus*), precisamente allí donde no había *dominium* para los particulares por ser dichas tierras de propiedad del estado romano. A los colonos asentados en dichas parcelas —en ausencia de medios procesales de carácter real (*actiones in rem*)— se les protegió en virtud de una orden prohibitiva de violencia, respecto del que estaba en posesión del suelo público, denominada *interdictum*, y este medio jurídico de protección “es, en efecto, el único que menciona la *possessio*

por su propio nombre".⁷² El encabezamiento de esta orden pretoriana, dirigida a los poseedores de las referidas tierras es el siguiente, según expresa Paulo en *Digesto*, 43, 17, 1, 1, en sus *Comentarios al edicto*: "Dice el Pretor: 'Vedo (prohibo) que se haga violencia para que no poseáis (las tierras, casas), como las poseéis': 'Uti... nec vi... possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto'." Este interdicto se denomina por ello "*uti possidetis*" y es retentivo de la posesión. Paulo explica ahí mismo precisamente: "Este interdicto es prohibitorio, para retener la posesión "... *et est prohibitorium ad retinendam possessionem*").

3. TIPOS DE POSESIÓN QUE SE DISTINGUEN EN EL DERECHO ROMANO

A. Posesión pretoria

Por origen histórico, conceptual e incluso semántico⁷³ es preciso distinguir primero la posesión pretoria, la que —conforme a la descripción de Paulo en el *Digesto*— es de naturaleza edictal. Pertenece al *ius honorarium*.⁷⁴

Según ya hemos observado, la institución en análisis no se fundaba en el dominio. Cabe agregar que tampoco conducía a él por el transcurso del tiempo, como sucede con otro tipo de posesión que luego veremos denominada *possessio civilis*. La posesión pretoria entrañaba una cuestión de hecho que producía consecuencias jurídicas, pero sólo dentro de ciertos límites, en esencia, las de *mantener* precisamente al colono en su *possessio*.

La posesión pretoria nace, pues, a raíz de la creación del *interdictum uti possidetis* que, gradualmente, en el derecho clásico, se fue extendiendo a otras situaciones de tenencia de inmuebles. Así, al *preca-*

⁷² D'Ors, *op. cit.*, p. 103.

⁷³ Schulz, *op. cit.*, p. 409, determina que "la palabra *possidere* contiene la palabra *sedere* (*sentarse*) y aunque la primera sílaba (*pos*) lingüísticamente es dudosa, el significado de *possidere* difícilmente puede ser otro que el de "sentarse en una cosa". Consecuentemente, *possessio* significa "asentamiento", *possessor* "una persona asentada en una cosa". Estos términos se refieren originariamente sólo a la tierra y ni las Doce Tablas los aplicaron a las cosas muebles. No podemos entretenernos con la evolución semántica de estos términos..."

⁷⁴ La posesión pretoria contiene dos elementos o requisitos: la tenencia de la cosa (*corpus*) y la voluntad de retenerla con exclusividad e independencia, constituyendo este requisito un "*animus*" que no es "*domini*", sino simplemente *animus possidendi*", "*animus rem sibi habendi*". Dice Iglesias en *op. cit.*, p. 314: "El efecto saliente de esta posesión es la protección interdictal. Por donde le viene el nombre que le han dado los modernos "*possessio ed interdicta*".

rista, esto es, al que había solicitado (por ruegos: *preces*) la cesión —esencialmente revocable— de un predio (*precarium*); también, al que retenía un predio en garantía del cumplimiento de una obligación (acreedor pignoraticio).

También termina siendo utilizado por el propio dueño de un inmueble que, viéndose perturbado en su libre disponibilidad y goce, y si bien podía interponer la *rei vindicatio*, le resultaba menos incómodo y más útil recurrir al interdicto, en particular porque evitaba así la difícil prueba del dominio, bastándole probar el hecho de la posesión.

Por extensión del principio anterior, se termina concediendo también protección interdictal a los que detentaban una cosa mueble en virtud del interdicto "*utrubi*", el que se fundaba en circunstancias similares a los del interdicto *uti possidetis*. "La semejanza de las situaciones protegidas por uno y otro interdicto, dio como resultado que el concepto de *possessio* se extendiese de los inmuebles a los muebles".⁷⁶ Es preciso también destacar que situaciones como la del precarista y el acreedor pignoraticio (además del *sequester*)⁷⁶ que tienen la cosa como *meros detentadores*, esto es con obligación de restituir (aun cuando —es preciso reconocer— la detentan con un cierto grado de independencia) terminaron como hemos visto, bajo protección interdictal,⁷⁷ y por ello fueron calificados como "*possessores*".

a) Aplicación de los interdictos *uti possidetis* y *utrubi* en caso de controversia sobre la propiedad de una cosa

Resultó útil también la protección interdictal, tanto el *uti possidetis* como el *utrubi* para determinar en los juicios reivindicatorios —como cuestión previa— quien era poseedor y asumía, por tanto, la cómoda calidad de demandado. Este conservaba su posesión reconocida por el interdicto si en el posterior pleito de reivindicación el demandante no lograba probar su pretendido derecho de dominio. Es preciso distinguir —por tanto— claramente, el trámite preliminar "*possessorium*" del ulterior "*iudicium petitorium*" en que se pide se declare un derecho interponiendo una *actio* reivindicatoria.⁷⁸

⁷⁶ Samper, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁶ *Sequester* (secuestratario) es el nombre con que se designa a la persona que se encarga de custodiar —recibiéndola— una cosa corporal mueble en litigio.

⁷⁷ Valiño, Emilio, *Instituciones de derecho privado romano*, Valencia, Artes Gráficas Soler, 1978, pp. 201 y ss.

⁷⁸ *Vid.*, Schulz, *op. cit.*, p. 425. En las fuentes, *vid.*, Gayo, *Institutas*, IV, 148-149.

En la era clásica el previo trámite interdictal tiene lugar ante el pretor concretándose en una orden sumaria fundada en su *imperium* y expedida después que este magistrado hacía el análisis de las circunstancias alegadas por los interesados (*causae cognitio*). En la era postclásica se tiende a considerar los interdictos como "acciones posesorias", las que se deducen ante el juez funcionario en litigios breves o "sumarios".

b) Requisitos de fondo de la protección interdictal

Como principio de corte genérico, la protección interdictal se otorga para que retenga o bien recupere la posesión de una cosa mueble o inmueble, quien haya estado en posesión *justa* o *no viciosa*, mirada esta posesión sin vicios respecto del adversario en el juicio interdictal.

Que la posesión era *justa* o *no viciosa* significaba que el poseedor la había adquirido sin violencia ni clandestinidad, ni en precario (*nec vi, nec clam, nec precario*); Ulpiano, en *Digesto*, 43, 16, 1, 28 (*Comentarios al edicto*, libro LXIX) busca una definición de *posesión violenta*: "Se ha de definir que posee por fuerza el que, expulsado el antiguo poseedor, obtiene la posesión adquirida por fuerza, o el que viene dispuesto y preparado de modo que se auxiliara contra las buenas costumbres, para que al entrar en la posesión no se le pueda impedir. Mas dice Labeón, que no posee con fuerza el que por la fuerza retuviera una propia posesión". El mismo Ulpiano en *Digesto*, 41, 2, 6 (*Comentarios al edicto*, libro LXX) da el concepto de *posesión clandestina*: "Decimos que posee clandestinamente el que entró furtivamente en posesión, ignorándolo aquel que él sospechaba que le había de promover controversia, y que él temía que se la promoviese... Y así, dice Pomponio, adquiere clandestinamente la posesión el que, temiéndolo una futura controversia (*v. gr.* de reivindicación) entra furtivamente en posesión ignorándolo aquel a quien temió." También Ulpiano en *Digesto*, 43, 26, 2, 3 (*Instituciones de Ulpiano*, libro I) señala el concepto de *posesión precaria*: "Se considera que tiene en precario el que alcanzó la posesión de una cosa corpórea o de un derecho solamente por esta causa: porque dirigió súplicas (preces) e impetró, que le fuera lícito poseer o usar."

Tratándose de *inmuebles*, la *protección interdictal (uti possidetis)*, se otorgaba a aquél que demostraba ante el pretor (*extraordinem*) haber poseído sin violencia ni clandestinidad ni precario respecto del litigante

contrario. Retiene la *possessio* por tanto, quien la tenía sin vicios frente al adversario en el trámite interdictal.

Tratándose de muebles, el interdicto (*utrubi*) protegía a aquel que demostraba haberla poseído por más tiempo en el último año, contando hacia atrás, desde el momento en que se otorgó protección interdictal debiendo, naturalmente, concurrir también el requisito de posesión no viciosa o justa, Gayo, en *Institutas*, IV, 150, indica: "Cuando el interdicto es respecto de un fundo o de construcciones, el pretor ordena que sea preferido aquel que en el momento en que se otorgue el interdicto posea sin violencia, sin clandestinidad y sin precariedad (*nec vi, nec clam, nec precario*) respecto de su adversario. En cambio, si es respecto de una cosa mueble, ordena que sea preferido aquel que haya estado en posesión de la misma durante la mayor parte de dicho año sin violencia, clandestinidad ni precariedad respecto de su adversario. Esto es lo que queda suficientemente significado por las palabras de los interdictos."

Es preciso enfatizar que la fórmula del interdicto de retención o conservación exige una posesión justa, sin vicios (*nec vi, etc.*), dirigida precisamente a los que se disputan la posesión en el trámite interdictal ("*...alter ab altero*" "el uno respecto del otro..."), y por ello, conservará la posesión el que al momento de entablarse el interdicto estaba poseyendo sin vicios respecto del litigante contrario. No importaba por tanto ser poseedor vicioso —para los efectos de retener la posesión— frente a terceros extraños a la disputa posesoria ("contra extraños suele aprovechar la posesión viciosa"), pero sí importaba si el poseedor vicioso —*v. gr.*, clandestino— pretendía retener la posesión respecto de la víctima de la clandestinidad: en tal caso debía cesar en el ejercicio de su posesión clandestina.

e) Interdictos de recuperación de la posesión (*interdicta recuperanda possessionis*)

Los medios de protección pretoria de la posesión hasta aquí analizados (*uti possidetis* y *utrubi*) constituyen interdictos destinados a retener la posesión, "concedidos al que se considera poseedor actual para repeler actos de turbación, de manera que no pueden ser utilizados por quienes reconozcan haber perdido la detentación de la cosa".⁷⁹

⁷⁹ Samper, *op. cit.*, p. 125.

Para los efectos de recuperar la posesión perdida, y en interdictos *simples* (no de doble destino como son los *retinenda*, dirigidos a los dos litigantes) y *restitutorios* (*interdicta recuperanda possessionis*) se organiza por la vía pretoria la recuperación de la posesión perdida. Sus formas son: el interdicto *de vi* y el interdicto *de vi armata*. “Ambos se refieren al despojo violento de la posesión de inmuebles, se ventilan en proceso simple y cabe utilizarlos dentro de un año”⁸⁰ contado desde que se produjo el despojo.

d) Interdictum de vi

Gayo explica este interdicto en *Institutas*, IV, 154: “Se suele dar un interdicto por causa de recuperación de la posesión cuando alguien es despojado violentamente de la posesión. Se os propone en este caso el interdicto que comienza con estas palabras ‘*unde tu illum vi deiecisti*’ (de donde tú lo has despojado por la violencia), por él cual aquel que os ha despojado violentamente está obligado a restituir la posesión de la cosa.” *Esta regla contiene una excepción*: si el que fue despojado violentamente (y actual reclamante) resultó ser una persona que también había ejercido violencia respecto del antiguo poseedor (habiendo sido éste, precisamente, quien para recuperar su posesión —antes de dirigirse a la justicia— usó la fuerza consiguiendo su propósito), tal despojado vicioso no es repuesto en la posesión. En otros términos, el antiguo poseedor, que para poder volver a su finca se hizo justicia por sí mismo expulsando por la violencia al invasor y recuperando —por un acto de violencia privada— su posesión, es mantenido en ella; al *interdictum unde vi* el antiguo poseedor opone con éxito la “*exceptio vitiosae possessionis*” (excepción de posesión viciosa). Gayo, este principio lo expresa así, a continuación del fragmento anteriormente transcrito: “siempre y cuando el despojado no poseyera... por violencia respecto del otro; en efecto, a quien poseyera a mi respecto por violencia... yo puedo despojarlo impunemente”.

Sin embargo, cabe poner en relieve que el pretor sólo permite esta autoayuda cuando no se utilizan armas; dice Gayo: *Institutas* IV, 155: “A veces, sin embargo, aunque yo despojara a aquel que poseyera por violencia, clandestinidad o precariedad, resulto constreñido a restituirle la posesión, como por ejemplo, si yo lo despojara violentamente empleando armas, ya que a causa de la atrocidad del delito debo soportar la acción, y de todos modos debo restituir la posesión. Entendemos

⁸⁰ Iglesias, *op. cit.*, p. 326.

significar dentro de la denominación 'armas' no solamente los escudos, las espadas y los cascos, sino también las fustas y las piedras".

e) Interdictum de vi armata

Si se utilizaban armas, procedía el *interdictum de vi armata*. No tenía límite para ser intentado (a diferencia del anterior de *vi*, para el que se disponía de un año); y no podía oponerse la excepción de posesión viciosa, lo cual constituye una verdadera sanción para aquél que buscó reponerse en su pérdida *possessio* utilizando los implementos señalados por Gayo.

En la época de Justiniano, tanto el interdicto *de vi* como el *de vi armata* se fusionan en uno solo (*de* o *unde vi*). Se puede interponer este único interdicto sólo dentro del año contado desde que se sufrió el acto de despojo y —para frenar todo tipo de violencia— se eliminó la posibilidad de oponer la excepción de posesión viciosa, aun cuando no se hubieren utilizado armas para recobrar directamente la posesión.

B. La posesión civil

a) Concepto. Distinción de la posesión pretoria. Apariencia del dominio

Así como la posesión pretoria es una resultante de la protección interdictal conferida por el magistrado al colono del *ager publicus* y, por extensión a otras situaciones similares o bien consideradas dignas de tal tutela, que defiende la posesión en sí misma, sin preocuparle el aspecto eventual que la *possessio* pueda conducir al *dominium*, la posesión civil "consiste en la justa apariencia de dominio que habilita para adquirir las cosas por el tiempo (*usucapio*)".⁸¹

El concepto de *possessio civilis* fue especialmente elaborado por los jurisconsultos romanos en relación al *ius civile*, partiendo del concepto de *usus* —una original y amplia concepción antigua, similar en algunos aspectos a la *possessio*. Por tradición, el concepto "usus" se mantuvo en el lenguaje jurídico particularmente en relación al instituto de la *usucapio*.

Desde el ámbito del *ius honorarium*, que había ya elaborado el concepto de *possessio iusta ed iniusta*⁸² toman los jurisconsultos tal

⁸¹ Samper, *op. cit.*, p. 127.

⁸² Recordemos que fue creada por los pretores la distinción entre *possessio iusta ed iniusta* para los efectos de la procedencia de la protección interdictal. Es igual a decir posesión *sin vicios* (*nec vi, nec clam, nec precario*).

base para construir la teoría de la posesión orientada a la adquisición de la propiedad. En efecto, se entiende que hay *possessio civilis* cuando ella se funda en una *iusta causa* (denominada modernamente "título" de la posesión) y también en la *bonae fidei* (buena fe). Precisamente estos son los dos nuevos requisitos de la *usucapio* que desarrolla la jurisprudencia clásica (*vid.*, páginas 53-54 y 56 de este texto). Precisamente, por ser las justas causas de la posesión civil las mismas de la *usucapio*, nos remitimos a lo ya expuesto. "La *possessio civilis*, *possessio bonae fidei*, *possessio ex iusta causa* o '*possessio ad usucapionem*' como la llaman los modernos es una propiedad que se va haciendo, y a ese hacerse se extiende la garantía jurídica."⁸³ La garantía específica de la posesión civil es la acción *publiciana*, cuyos caracteres los hemos ya observado con ocasión de la "propiedad bonitaria" y su ulterior aplicación a las cosas de típica *possessio civilis*⁸⁴ como en el de la adquisición a *non domino*. Esta acción se concede a la posesión civil sin perjuicio de los interdictos posesorios, que constituyen la defensa genérica de la *possessio*, sea ésta pretoriana o civil.

b) Elementos de la *possessio civilis*

La posesión considerada como justa apariencia del dominio se funda en dos elementos: uno material (*corpus*) que consiste en la tenencia material, y otro intencional (*animus*) que consiste en la intención de ser dueño (denominado por los modernos *animus domini*). Tal *animus* no puede sino fundarse en un "*titulus*" (causa) considerado —por su propia naturaleza— idóneo para sentirse precisamente propietario de la cosa.

c) Adquisición

Dos vías, una originaria y otra derivativa es preciso considerar en la *possessio civilis*:

a. Originaria: La *occupatio*; si la cosa es *res nullius* o *res derelictae*, el que la ocupa adquiere la posesión y el dominio de modo inmediato.⁸⁵

⁸³ Iglesias, *op. cit.*, p. 315.

⁸⁴ De Francisci, en *op. cit.*, p. 336, define la posesión civil como "la posesión que tiene su base en una *iusta causa*, que está garantizada casi como un verdadero derecho por una verdadera acción contra cualquier tercero" (*actio publiciana*).

⁸⁵ Salvo el caso de las *res mancipi*, que en la era clásica debían ser usucapidas. *Vid.*, *supra*, p. 56 (*Pro derelicto*...).

Ahora bien, conforme al pensamiento clásico gayano, no es posible adquirir la *possessio ad usucapionem* por la toma de posesión de un predio de otro aun cuando sea sin violencia. Sin embargo, si el que lo ha ocupado lo transfiere a otro, éste inicia una posesión civil si está de buena fe. Gayo dice: "Se puede también tomar posesión del fundo de otro sin violencia, sea que el mismo está vacante por negligencia del dueño, sea que el dueño ha fallecido sin dejar sucesor, o sea, que se haya ausentado por largo tiempo. Entonces si él (el poseedor) lo transmite a un tercero que lo recibe de buena fe, éste podría usucapirlo, puesto que si bien es cierto que aquél que ha entrado en posesión del fundo vacante sabe que éste no es suyo, no lo es menos que esto no daña la 'usucapio' de aquel poseedor que lo ignora, refutada como está la opinión de los que piensan que es posible el 'furtum' de un fundo" (*Institutas II*, 51).⁸⁶

b. Derivativa: La *traditio*: El acto de "tradere", en esencia confiere la disponibilidad material de la cosa; ahora bien, si la tradición se funda en una *iusta causa traditionis*, esto es en un título que haga presumible el *animus domini* en el adquirente, como cuando se entrega a causa de una compraventa o de una dote, la *traditio* ha servido para hacer adquirir la posesión civil de una cosa. Como hemos ya observado, será una *possessio ad usucapionem*, esto es, que conducirá al adquirente que entró en posesión de la cosa en virtud de la *traditio*, al *dominium*. Recordemos una vez más que si el título o *iusta causa* que sirve de fundamento a la *traditio* y por ende a la *possessio* no tiene vicios, el adquirente se hace inmediatamente propietario (propietario-poseedor) y no tendrá por tanto que esperar se cumpla el tiempo para usucapir. En cambio, si el título tiene vicios como a vía de ejemplo, la falta de calidad de dueño en el enajenante (adquisición a *non domino*) se configura entonces claramente la *possessio civilis* que conduce al *dominium* por la vía de la *usucapio*, estando el adquirente de buena fe.

No pueden adquirir la posesión aquellos que no pueden tener intención de dueño como el demente o el infante sin uso de razón. Bajo Justiniano, se admite que el infante pueda adquirir con la asistencia del *auctoritas tutoris*;⁸⁷ también, en general, por cualquier persona libre o por procurador —*per procuratorem*— fundado en mandato especial.

⁸⁶ En relación a las tierras incultas y abandonadas situadas "ora lejos, ora en las lindes" del Imperio (*agri deserti*) *vid., supra*, p. 42.

⁸⁷ *Vid., Tondo, Acquisito del possesso da parte del pupilo*, Studi Betti, pp. 363 y ss. Iglesias, *op. cit.*, p. 320, nota 44.

d) Conservación de la posesión

Para conservar o retener la posesión es preciso mantener el *corpus* y el *animus*, como principio de carácter general.

Se retiene la posesión *animo nostro, corpore alieno*, cuando otra persona, *v. gr.*, un arrendatario o un comodatario detentan la cosa a nombre del *possesor*. Gayo en *Institutas* VI, 153, explica: "Se considera 'poseer' no solamente cuando poseamos por nosotros mismos, sino también cuando alguien esté en posesión en nuestro nombre... por ejemplo... a quienes hemos dado en comodato... se considera que poseemos nosotros mismos. Y esto es lo que vulgarmente se dice que se puede retener la posesión por cualquiera que esté en posesión en nuestro nombre."

Desde Diocleciano se demuestra evidente apertura al elemento *animus* como suficiente para los efectos retentivos de la posesión ("*...tamen solo animo retinere posset*"), aun cuando, tanto las *legges* de Diocleciano como las de Teodosio (I el Grande) —dictadas después de un siglo— son concordantes en que "con la nuda intención no se puede adquirir la posesión" ("*Licet possessio nudo animo adquiri non possit*).⁸⁸

e) Pérdida de la posesión

La posesión se pierde cuando al poseedor se le extravía la cosa mueble o bien cuando se le destruye. Tratándose de inmuebles cuando se hace imposible poder ejecutar actos materiales en él. En los ejemplos propuestos hay sólo pérdida "*corpore*", pero ello es suficiente para perder la posesión, pues, "se pierde la posesión cuando llega a faltar cualquiera de sus elementos".⁸⁹ En otros términos, mientras la posesión se adquiría *corpore et animo* (y no sólo *corpore*, ni sólo ánimo), se perdía, en cambio *aut corpore aut animo*. "Debemos partir de esta regla general y consignar sus excepciones. A pesar de que un importante texto del *Digesto*, 41, 2, 8, establece que la posesión se pierde solamente *corpore et animo*, esta norma no podía ser clásica en modo alguno y el texto original ha sido deliberadamente alterado..."⁹⁰

⁸⁸ Topasio, *La posesión inscrita en el derecho romano, cit.*, p. 53.

⁸⁹ Iglesias, *op. cit.*, p. 322.

⁹⁰ Schulz, *op. cit.*, p. 422: "Así, pues, la posesión clásica se perdía en principio *aut corpore aut animo*. Los juristas clásicos abordaron la cuestión de la pérdida de la *possessio* adoptando la posición propia de su oficio y teniendo siempre en cuenta las consecuencias jurídicas de su decisión. Se entendía que la posesión existía siempre que pareciese justo y equitativo, habida cuenta de los efectos jurídicos de la misma.

De modo que también se produce pérdida de la posesión por defecto del sólo *ánimo*. Ejemplo típico es el *constitutum possessorium*, situación en que el poseedor (*v. gr.*, un *bonae fidei possessor*) enajena la cosa a otro, pero pactando con el adquirente un comodato o un arrendamiento. Retiene el corpus el antiguo poseedor, pero no le basta para seguir en la posesión de la cosa, la que ha perdido sólo *ánimo* y será, precisamente, un instrumento de la posesión del adquirente.

Se entiende que hay pérdida de la posesión *ánimo et corpore* por efecto de la *traditio*. También en el caso de la *res derelicta* (cosa voluntariamente abandonada).

Por último, de conformidad a *Digesto* 41, 2, 25, el que cae en demencia no pierde por ello la posesión. Tampoco se pierde por la muerte del intermediario.

C. *Possessio naturalis*

En concepto de Bonfante⁹¹ "es algo menos que la *possessio*; ella significa la *mera detentación sin animus possidendi* (sin *animus domini* según el concepto savignyano), o sea, según el lenguaje clásico genuino una relación de hecho, privada de tutela posesoria", que se designaba con las expresiones de *possessio naturalis*, *possessio corporis*, *detinere*, *tenere*.⁹² Según Schulz, las dos primeras expresiones se estiman por algunos interpoladas siendo las más seguras las dos últimas "*detinere*", "*tenere*", aunque se afirma también que estos términos los juristas clásicos los emplearon ocasionalmente y no como vocablos técnicos.⁹³

Son poseedores naturales: el arrendatario, el depositario, el comodatario.

Por esta razón, se mostraron menos exigentes en orden a los requisitos precisos, para la continuación de la posesión, que respecto a los necesarios para adquirirla". Por ello, cuando un poseedor entregaba la cosa a su arrendatario, comodatario o depositario, continuaba aquél siendo poseedor, reteniendo la posesión mediante el *detentor*. "Es preciso aclarar también que cuando un poseedor daba la cosa en prenda, el acreedor pignoraticio se hacía poseedor y el pignorante perdía la posesión *ad interdicta*, pero retenía la posesión *quo ad usucapionem*".

⁹¹ Bonfante, *op. cit.*, p. 361.

⁹² Arias Ramos, *op. cit.*, p. 281.

⁹³ Schulz, *op. cit.*, p. 432.

D. *La quasi possessio*

Gradualmente, en el transcurso de la era postclásica, la posesión no tendrá únicamente como objeto las cosas corporales, extendiéndose a todos los otros derechos reales (*res incorporales*).

Tal relación del sujeto con un derecho aparente distinto del dominio recibe la denominación de cuasi posesión (*quasi possessio*). El usufructuario aparente que no es en verdad usufructuario, tiene la *quasi possessio* del derecho de usufructo.

Bajo Justiniano resulta claramente consagrado este principio, que, como corolario, conllevará a la admisión de la usucapión de las *res incorporales*.

Durante la época clásica la posesión sólo consideró las cosas corporales y se excluyó la idea de que se pudieran poseer las cosas incorporales. Pero al comenzar a tratar los interdictos, Gayo enseña que con ellos el pretor intervenía principalmente en las controversias a la *posesión* y a la *cuasi posesión*. Y en realidad, junto a los interdictos que tutelaban la posesión habían en el edicto pretorio interdictos especiales para tutela del usufructo que concebían como relación con la cosa similar a la posesión. Después, Justiniano, sobre la base de la distinción *in res* y *iura*, que prefería a aquella de *res corporales e incorporales*, consideró la *quasi possessio* como ejercicio de hecho de un derecho, vale decir, como *possessio iuris*, junto a la *possessio rei*, esto es al ejercicio de hecho de un poder pleno sobre la cosa.

Se reconoció, no obstante que ciertos derechos reales como las servidumbres, particularmente de algunos tipos que ofrecían incerteza y discontinuidad en su ejercicio, no podía adquirirse mediante la posesión (cuasi posesión) del derecho por un tiempo determinado; es por ello que se terminó por admitir la *longi temporis praescriptio* sólo para el usufructo y para algunas servidumbres (continuas).

Bajo Justiniano, consagrada y aceptada definitivamente la noción de *possessio iuris*, no se retuvieron más los límites: ésta, con un retorno no insólito, tuvo así una proyección tan vasta como aquella del antiquísimo *usus*.⁹⁴

La *quasi possessio* se denomina también *possessio iuris*.

Dice D'Ors: la posesión es, en la última fase del derecho romano, la apariencia de un derecho, sea el derecho de propiedad, sea otro derecho cualquiera (*quasi possessio* o *possessio iuris*). Con ello, ella misma tiende a convertirse en un derecho (*ius possessionis*).

⁹⁴ Di Marzo, *op. cit.*, p. 187.

PRIMERA PARTE. Los bienes

VII. Derechos reales en cosa ajena	85
1. Servidumbres. Concepto	85
A. Servitus	85
B. Caracteres de las servidumbres prediales	86
C. Algunos tipos de servidumbres prediales rústicas	88
D. Algunos tipos de servidumbres prediales urbanas	89
E. Constitución de las servidumbres	89
2. El usufructo	93
A. Derecho del usufructuario	94
B. Origen y constitución del usufructo	95
3. Usus y habitatio	97
A. Otros derechos reales en cosa ajena. Enfiteusis, superficie	98

VII. DERECHOS REALES EN COSA AJENA

I. SERVIDUMBRES. CONCEPTO

Las servidumbres prediales (*servitutes* para los juristas clásicos y *servitutes rerum* para Justiniano) constituyen servicios voluntariamente⁹⁵ establecidos para el beneficio de un predio (dominante) y que los presta o soporta otro predio (sirviente), de distinto dueño.

Este concepto admite implícitamente en el derecho romano la existencia de derechos establecidos en una cosa que pertenece a otro denominados escolásticamente con la terminología genérica de "*ius in re aliena*". En el ámbito de los derechos reales en cosa ajena "de goce" (*vid. supra*, página 29 de este texto) además de las servidumbres (*servitus*) en el derecho clásico se distingue también el usufructo (*usus fructus*). Observaremos que este último se constituía sobre una cosa corporal mueble o inmueble en beneficio de una persona determinada, por lo que llegó a calificarse bajo Justiniano como "servidumbre personal", distinguiéndolo así de las servidumbres prediales (o reales) constituidas sobre un fundo en beneficio de otro fundo.

A. *Servitus*

La *servitus* es todavía en el derecho clásico una categoría independiente, autónoma de derecho real sobre la cosa de otro. En la misma medida lo es también el *usus fructus*.

De modo que la *servitus originaria* es coincidente con lo que después se denominó "servidumbre predial", y el *usus fructus* con el término "servidumbre personal", consecuencia de teorizaciones clásicas y post-clásicas, admitidas en la compilación de Justiniano, que encontraron ciertas bases comunes en ambos institutos (*servitus* y *usus fructus*).⁹⁶

⁹⁵ La regla en el derecho romano es la "voluntariedad" en la constitución de las servidumbres. El principio de la "legalidad" es moderno.

⁹⁶ No obstante que desde el punto de vista de la función socioeconómica la diferencia entre uno y otro instituto era profunda, pues en esencia el usufructo nace en el derecho romano para asegurar —por el uso y percepción de frutos de una

B. Caracteres de las servidumbres prediales

Se consideraban como una "cualidad" inherente al predio beneficiado y como una carga del predio gravado (*praedium serviens*), que se transmitía o transfería de un propietario a otro. Lo demuestra la interrogante de Celso (*Digesto* 50, 16, 86): "¿Qué otra cosa son los 'derechos de los predios' (*iura praediorum*) más que los predios tales como se hallan, con su bondad, salubridad y amplitud?"

No existe un concepto genérico de las servidumbres del cual puedan desglosarse sus caracteres. Los jurisconsultos romanos fueron perfilando caso a caso diversos tipos de servicios —pocos en su origen— que gradualmente fueron aumentando conforme las necesidades de la vida agrícola o las exigencias de la urbe. De allí que tales tipos resultaron, unos, caracterizados como *servitutes rusticorum* y otros como *servitutes urbanorum*, si bien el criterio de esta distinción tampoco lo enuncian las fuentes.

Caracteres claramente enunciados en las fuentes son el de vecindad (*vicinitas*) y utilidad (*utilitas*). En *Digesto*, 8, 3, 5, 1. Ulpiano, en *Comentarios al edicto*, libro XVII, hace referencia a lo dicho por Neracio: "Dice Neracio en los libros sobre Plaucio, que ni la servidumbre de sacar agua, ni la de llevar a beber el ganado, ni el derecho de extraer greda y de cocer cal pueden existir en el ajeno, si no tuviera otro fundo vecino; y dice que esto opinaron Próculo y Atilicino. Pero dice él mismo, que para que pueda constituirse especialmente la servidumbre de cocer cal y de extraer greda, no puede constituirse para más que para cuanto sea necesario al mismo fundo". Este último punto

cosa ajena— la subsistencia de una familia (por lo común mediante un legado), y la servidumbre para asegurarse a un predio, una ventaja a cargo de un predio ajeno, *v. gr.*, permitiendo utilizar sus aguas de regadío, los jurisconsultos establecieron ciertas normas en relación específica con una u otra institución que se entienden —no obstante— de común aplicación: A) La regla establecida en *Digesto* 8, 2, 26, para las servidumbres prediales en el sentido que no podía existir servidumbre constituida sobre el propio fundo (*nulli res sua servit*). B) La regla *servitus in faciendo consistere nequit* (*Digesto*, 8, 15, 1) dirigida a poner en relieve que la servidumbre predial requería que el propietario *tolerare* que otro usara de la cosa o se *abstuviese* de ciertas facultades respecto de ella (*non facere*), y no en la obligación de hacer positivamente alguna cosa. Lo contrario habría significado constituir una relación de carácter obligacional y no jurídico-real. C) La regla *servitus servitutis esse non potest* (*Digesto*, 33, 2, 1), que expresaba "*fructus servitutis esse non potest*", y afirmaba la imposibilidad de constituir un derecho de usufructo sobre una servidumbre. Los compiladores del *Digesto* generalizaron la fórmula mediante la sustitución del vocablo *fructus* por el de *servitus* para abarcar también en esta regla, en el concepto genérico de *servitus*, tanto a las prediales como a las personales.

lo aclara Paulo en *Digesto*, 8, 3, 6: "como si tuviese (el sirviente) alfarerías en que se hiciesen tinajas en las que se exportase el fruto de este fundo (dominante)... o tejas para edificar la casería. Pero si se mantuviesen las alfarerías para vender las vasijas, será usufructo".

Se requería también que las servidumbres prediales tuviesen *causa perpetua*. Paulo, refiriéndose a las aguas lluvias y a su conducción por el predio vecino entiende que "lo que cae del cielo, aunque no se hace asiduamente, se hace sin embargo por causa natural, y por lo tanto se estima que se hace perpetuamente... todas las servidumbres de los predios deben tener causas perpetuas...".

Esta circunstancia objetiva a que hace referencia Paulo, en el sentido de que el ejercicio de la servidumbre debe tener carácter permanente, permite conforme a tal criterio constituir la servidumbre de aguas lluvias; aun cuando éstas no caen ininterrumpidamente, constituyen un fenómeno natural y por tanto perpetuo. De aquí el origen de la máxima "*toda servidumbre debe tener una causa perpetua*". Sin embargo, este axioma elevó a requisito general de las servidumbres prediales un elemento de hecho que sólo pudo tener —en verdad— aplicación respecto de algunos tipos de servidumbre. El texto citado (*Digesto*, 8, 2, 28) constituye un glosema o interpolación que sienta como principio de carácter general un requisito que los romanos indicaron —en sentido estricto— sólo para la *servitus* de conducción de aguas lluvias por el predio vecino.⁹⁷

Otra característica de la servidumbre predial es su *indivisibilidad*: "*Et servitutes dividi non possunt*".... (*Sexti Pomponii Regula, in Fontes*, parte II).⁹⁸ En el caso del condominio, no se podía constituir *por partes*, y en el supuesto que fuese concedida por los condóminos en sucesivos actos individuales, se entendía constituida, en el momento en que la cedía el último de los condóminos. Celso señala: "Puede concedérseme separadamente el derecho de paso y el de conducción por un fundo *que es de muchos*; por estricto rigor no se hará mío este derecho de otro modo que si todos lo cedieran, y al fin de la última cesión se confirmarán todas las anteriores..." (*Digesto*, 8, 3, 11).

En fin, las servidumbres prediales *no se podían enajenar separadamente* del fundo en que se encontraban establecidas. Paulo: "Cuando

⁹⁷ Perozzi, *Istituzioni*, I, p. 767, 1; además, Scritti II, p. 87. Respecto de la misma materia, también Biondi, *Le servitù prediali*, pp. 186 y ss.

⁹⁸ Di Marzo, *op. cit.*, p. 169. La referencia a las Reglas de Sexto Pomponio, corresponde al texto referido en su parte II, p. 449.

un fundo presta servidumbre a otro fundo, aun vendido el fundo *le siguen las servidumbres*" (*Digesto*, 8, 4, 12).

C. Algunos tipos de servidumbre prediales rústicas

Provenientes de la época más antigua y consideradas en su origen dentro de la categoría de las *res mancipi*, están las servidumbres de pasaje (*iura itinerum*) y de acueducto (*aquae ductus*).

La servidumbre de pasaje tenía tres variantes: *Via, iter y actus*. La *servitus via* constituía —materialmente— una verdadera calle construída en el fundo sirvente por donde podían transitar personas, animales y realizar el transporte de mercadería. Es la más amplia. Ordinariamente cumplía con el ancho establecido en la Ley de las XII Tablas: ocho pies en las rectas y el doble (dieciséis) en las curvas o vueltas. Gayo, en *Comentarios al edicto provincial*, libro VII (*Digesto*, 8, 3, 8) dice: "La anchura del camino tiene según la Ley de las Doce Tablas ocho pies en la parte recta, y diez y seis en las vueltas, esto es, donde hay recodo."

La *servitus iter* era la más simple, pues, admitía pasar a pie o a caballo a través del fundo sirvente. La de *actus* permitía la conducción de animales y carros por el fundo ajeno. Señala Ulpiano en *Digesto* 8, 3, 1: "Las servidumbres de los predios rústicos son éstas: paso, conducción, camino, acueducto. Paso (*iter*) es el derecho de ir, de pasear, para un hombre... Conducción (*actus*) es el derecho de conducir o una caballería, o un vehículo. Y así, el que tiene paso no tiene conducción... Camino (*via*) es el derecho de ir (*iter*) y de conducir (*actus*)... porque el camino contiene en sí tanto el paso como la conducción".

La servidumbre de acueducto, según los términos de Ulpiano: "Es el derecho de conducir agua por un fundo ajeno".⁹⁹

Ulpiano, en relación a otros tipos de servidumbre rústica, entiende que también se deben contar entre ellas: la de sacar agua (*aquae hauftus*), *v. gr.*, de una noria del fundo sirvente; la de llevar a abrevar el ganado (*pecoris ad aquam appulsus*); el derecho de apacentar el ganado en el fundo sirvente (*pecoris pascendi*).

⁹⁹ Un acertado tratamiento de las servidumbres de agua se encuentra en *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, de Capograssi Colognesi, Milano, 1966.

D. Algunos tipos de servidumbre prediales urbanas

Las servidumbres urbanas son de aparición posterior. Destaca la *servitus stillicidii* o *fluminis*, consistente en permitir la caída de las aguas lluvias desde el techo de la edificación vecina dentro del fundo sirviente, bien sea la caída directa desde las tejas o recogida en canales. La *servitus oneris ferendi*, que permitía apoyar una construcción en el muro o pilares del vecino. La *servitus tigni immittendi*, que permitía introducir una viga en el edificio vecino para sostén del propio.

En general, las urbanas tenían relación con servicios establecidos en beneficio de las edificaciones (*aedes*), y su contenido ordinariamente inmaterial, condujo a la jurisprudencia clásica a considerarlas como derechos (*iura*). Se supera así la antigua concepción que confunde el derecho de servidumbre con una propiedad limitada sobre el predio sirviente, propiedad que, por añadidura, se confunde con el derecho y es, por tanto, dentro del antiguo concepto una *res* (*mancipi* las rústicas y *nec mancipi* las urbanas). La conceptualización de las servidumbres como *iura* (derechos) o *res incorporales* es expuesta en el siglo II d. C. —con claridad— por Gayo: “Se cuentan igualmente en el número de las cosas incorporales los derechos sobre los predios urbanos y rústicos... Estos derechos, tanto los ejercidos sobre los predios rústicos como sobre los predios urbanos son llamados servidumbres”.¹⁰⁰

E. Constitución de las servidumbres

a) Por acto inter vivos

Procedía la *in iure cessio* para todas las servidumbres. Las cuatro más antiguas, consideradas desde su origen como *res mancipi* podían además constituirse en virtud de la *mancipatio*. Así, Gayo: “mientras las servidumbres de los predios urbanos pueden ser cedidas ‘*in iure*’, las de los predios rústicos, en cambio, pueden también ser mancipadas” (*Institutas*, II, 29).

Sin embargo, la *mancipatio* y la *in iure cessio* sólo tenían aplicación para los predios situados en suelo itálico. Para la constitución de las servidumbres en el suelo provincial se recurría a *pactos* seguidos de *estipulaciones*. Dice Gayo: “Por el contrario, si en los predios provin-

¹⁰⁰ Krueger, en concepto de Di Pietro, ha reconstruido este último párrafo (*Institutas* II, 14), del cual se conservan muy pocas palabras; sin embargo, tal reconstrucción se ciñe al sentido del texto. *Vid.*, Di Pietro, *op. cit.*, p. 86.

ciales se quiere constituir... un derecho de paso, de llevar agua... u otros derechos similares, se les puede constituir, por ejemplo, por medio de pactos y de estipulaciones, puesto que dichos predios no admiten ni la 'mancipatio' ni la 'in iure cessio' ".¹⁰¹

Bajo Justiniano no tiene ya lugar la *mancipatio* ni la *in iure cessio*, por lo que el modo de constitución *pactionibus et stipulationibus* se generaliza para el establecimiento —*inter vivos*— de las servidumbres prediales. En *Instituciones* de Justiniano, 2, 3, 4, se ordena: "Si alguno quisiere constituir a favor del vecino algún derecho, debe hacerlo mediante pactos y estipulaciones". Aún más; se llega a no requerir forma alguna específica, bastando el consentimiento —incluso tácito— (*patientia*) que permitiese el ejercicio de la servidumbre.¹⁰²

b) Establecimiento de la servidumbre en el acto mismo de enajenación de un predio (*deductio*)

Si alguien es dueño de dos predios que admitan la constitución de servidumbres prediales y enajena uno, puede en el acto de la *mancipatio*, de la *in iure cessio* o bien de la *traditio* reservar (*deductio*) alguna *servitus* en beneficio del predio que retiene. Por ejemplo la de *aquae haustus*, esto es, de sacar agua del predio que se enajena, en beneficio del predio cuya propiedad retiene. También puede, el dueño inversamente, en el acto de la enajenación, expresar que aquella propiedad que no es entregada (*non traduntur*), sea sirviente de aquella que se entrega" (Ulpiano, *Digesto*, 8, 4, 6. *Comentarios a Sabino*, libro XXVIII).¹⁰³

c) Por adjudicación

"El juez de la partición de herencia (*familiae erciscundae iudex*) puede adjudicar a muchos una misma cosa... cuando adjudica podrá

¹⁰¹ "La forma usual era la del *pactus*, seguida por una *stipulatio*, en la cual el que había prometido la servidumbre se obligaba a observar la convención y a pagarle una indemnización en el caso de que después se opusiera al real ejercicio de la servidumbre. *De estas convenciones y estipulaciones nacen las acciones respectivas*". Di Pietro, *op. cit.*, p. 94, cita 29 *infine*.

¹⁰² Arangio-Ruiz, estima que la "*patientia*" (en esencia una *quasi traditio*) debe fundarse, en un documento que sirva de título a la *servitus* (*Istituzioni*, p. 244). De otro modo, como bien señala Iglesias, la mera tolerancia abre puertas a una prescripción adquisitiva, y no a una constitución inmediata de la servidumbre. Es un caso semejo al de la *traditio ficta* justiniana.

¹⁰³ El texto de Ulpiano ha sido evidentemente interpolado. Donde se hacía referencia a la *mancipatio* o a la *in iure cessio* figura la *traditio*.

imponer alguna servidumbre, de suerte que para el uno (predio dominante) haga sirviente el otro de los fundos que adjudica..." (Ulpiano, *Digesto*, 10, 2, 22, 3).

El juez de la partición hereditaria puede establecer la servidumbre entre dos predios diferentes que están en la misma herencia o bien entre las partes de un predio común que por la *adjudicatio* resulta subdividido y adjudicado así a los coherederos.

d) Por disposición directa de última voluntad

Las servidumbres prediales también se constituían por disposición directa de última voluntad. Así, *v. gr.*, respecto de un predio dejado a un heredero, se imponía una servidumbre en beneficio de otro predio dejado a otro heredero.

En este sentido se afirma por la doctrina romanista que bajo Justiniano llegó a tener valor incluso la voluntad presunta del testador, porque en variadas ocasiones parece reconocida en las fuentes, como título constitutivo de la servidumbre, la situación de hecho preexistente entre dos predios establecida por quien había sido su único propietario, ahora por vía hereditaria pertenecientes a distintos dueños. "Y sobre la base de algunos textos variadamente interpolados los intérpretes construyeron la doctrina de la constitución de la servidumbre como hoy se dice, 'por destinación del padre de familia'. Pero es cierto que ella fue desconocida en el derecho clásico y es también dudoso que Justiniano haya querido reconocerla como constitución tácita de la servidumbre".¹⁰⁴

e) Adquisición de las servidumbres por usucapio

En la época quiritaria era posible la adquisición de las cuatro primitivas *servitus* rústicas (las tres de paso, *iter*, *actus via* y la de *aqueductus*) por usucapio.¹⁰⁵ Ubicadas entre las "*res mancipi*", se admitía a su respecto el ejercicio de un poder de uso —"*usus*"— que permitía su adquisición por *usucapio*. Pero en la era clásica, ubicadas todas las servidumbres entre las cosas incorporales (*res incorporales*) no fue admisible el *usus* sobre ellas; tampoco el del nuevo concepto de la *possessio* que sucede al de *usus*, pues en rigor la posesión clásica se vincula a la de las cosas corporales. Es por ello que en esencia, durante la era clásica no es posible la adquisición de las servidumbres por *usucapio*.

¹⁰⁴ Di Marzo, *op. cit.*, p. 171.

¹⁰⁵ Tal situación, según Paulo, subsiste hasta que la *lex Scribonia* lo prohíbe (*Digesto*, XLI, 3, 4, 29).

En la época de Justiniano se admite la prescripción adquisitiva de las servidumbres en los siguientes términos (*Digesto*, 7, 33, 12, 4): "Como para los antiguos surgían... dudas respecto a la prescripción de largo tiempo (bajo Justiniano de 10 o 20 años, respectivamente)... (respecto de) los bienes por que se cuestiona (*res, pro quibus certatur*)... (4) Debiéndose observar lo mismo también (la prescripción adquisitiva) si los bienes no fueran raíces, sino incorpóreos, que consisten en un derecho, como el usufructo, y las demás servidumbres." (Obsérvese la insistencia justiniana de identificar los *res soli* —bienes raíces— con el dominio, considerando *res incorporales* sólo los otros derechos reales.) En todo caso la prescripción de la servidumbre se basa en su ejercicio aparente por el plazo legal.¹⁰⁶

f) Extinción de las servidumbres

Las servidumbres prediales se extinguen principalmente por alguna de las causas siguientes:

a. *Por renuncia* de quien tenía una justa posición para ejercitarla. Debía adoptar la forma de la *in iure cessio*, siendo aquí la imagen ficticia de la *actio negatoria*. Quien tenía el derecho, confesaba *in iure* que no le correspondía tal *servitus*. Progresivamente, en la era post-clásica se va aceptando la renuncia no solemne.

b. *Por confusio*, vale decir, cuando el predio dominante y el sirviente pasan a ser de un mismo dueño. En el título VI ("De qué modo se pierden las servidumbres") del libro VIII del *Digesto*, Gayo, en *Comentarios al edicto provincial*, libro VII, señala: "Confúndense las servidumbres de los predios, si uno mismo hubiere comenzado a ser dueño de ambos predios."

c. *El no uso (non usus)* se constituye también en causa de extinción de las servidumbres. Dice Gayo en *Digesto*, 8, 2, 6: "Pero estas servidumbres (urbanas) del mismo modo que también las de los predios rústicos, se extinguen no usándolas por cierto tiempo." Las rústicas se extinguen —simplemente— no ejercitándolas por el plazo de dos años en la era clásica y de 10 o 20 bajo Justiniano. Las urbanas, en cambio, se extinguían transcurrido igual periodo de tiempo, pero contado desde el día en que el propietario del fundo sirviente hubiere comenzado a poseer de modo incompatible con la existencia de la servidumbre. Se

¹⁰⁶ Topasio, "El concepto corporal del dominio", en *Estudios de derecho romano*, cit. En relación con la prescripción adquisitiva de la servidumbre, *vid., supra*, nota 102.

requería por tanto que con el *non usus* concurriese la *usucapio libertatis* de parte del propietario del predio sirviente. Dice Gayo: “por ejemplo. . . si tus casas deben la servidumbre de cargar sobre ellas una viga, pierdo mi derecho únicamente si tú hubieres tapiado el forado de donde se sacó la viga, y así lo hubieres tenido durante el tiempo establecido; de otra manera, si no hubiese hecho nada nuevo, permanece íntegro mi derecho”.

g) Protección de las servidumbres

Las servidumbres prediales eran tuteladas por la *vindicatio servitutis*, denominada por Justiniano *actio confessoria*. Correspondía al propietario del predio dominante en contra del propietario del fundo sirviente. Más que al restablecimiento de la servidumbre, o el resarcimiento de daños, tenía por finalidad servir de garantía en contra de futuras perturbaciones, solicitando, conjuntamente con la *actio*, la *cautio de non amplius turbando*. Dice Paulo (*Digesto*, 8, 5, 7): “El resultado de estas acciones es este, que al vencedor se le dé o la cosa, o caución, por ministerio del juez. La cosa misma es esto, que el juez mande que el adversario repare el desperfecto de la pared, y la preste arreglada convenientemente. La caución es esto, que mande que aquél dé caución de reparar la pared. . . y si diere caución será absuelto, pero si no da ni la cosa, ni la caución, condénelo en tanto, cuanto el actor hubiere jurado por el pleito” (*Comentarios al edicto*, libro XXI).

2. EL USUFRUCTO

El usufructo (*usus fructus* en el concepto clásico y *servitutes personarum en el justiniano*) era el derecho de usar la cosa de otro y de percibir sus frutos sin destruirla. Por esta razón y en sentido estricto, en el derecho romano el usufructo sólo podía tener por objeto cosas inconsumibles. Dice Paulo: “El usufructo es el derecho de usar y disfrutar de cosas ajenas, quedando salva la naturaleza de las cosas” (*Digesto*, 7, 7, 1). Y Celso señala: “Es en realidad el usufructo un derecho sobre cosa corpórea (*ius in corpore*), suprimida la cual, es necesario que se extinga también el usufructo” (*Digesto*, 1, 2).

A. Derecho del usufructuario

El usufructuario tenía el pleno goce de la cosa (*uti frui*), sin embargo, no podía alterar la forma o la función económico-social de la misma. Este criterio tiende a hacer compatible dos derechos reales sobre una misma cosa: el del propietario (en este caso *nudum dominus*) y el del usufructuario. Por ejemplo, el usufructuario de un predio rural no podía transformar una arboleda en un huerto o bien, en uno urbano, readecuar la estructura de una casa derribando muros. Ulpiano en *Comentarios a Sabino (Digesto, 7, 13, 4)* indica: "El usufructuario... no debe ni cortar los árboles frutales, ni demoler los edificios, ni hacer cosa alguna en perjuicio de la propiedad. Y si acaso el predio fue de recreo, teniendo vergeles, o alamedas, o paseos cubiertos de sombra y aún con árboles infructíferos, no deberá arrancarlos, acaso para hacer huertas u otra cosa de la que se espere réditos."

Sin embargo, puede hacer algunas limitadas innovaciones: (Ulpiano) "¿Podría acaso él (usufructuario) abrir canteras o gredales o minas...? Y opino que puede abrirlas, si para este objeto no ha de ocupar una parte necesaria del campo agrícola..." (*Digesto, 13, 5*).

No obstante, el mismo Ulpiano advierte: "Pero si las cosas que innova el usufructuario, o vician la atmósfera del campo (*aut coelum corrumpant agri*), o hubieran de requerir un grande aparato, acaso de operarios o de recolectores... no parecerá que (el usufructuario) usufructúa a arbitrio de buen varón..." (*Digesto, 7, 13, 6*). Obsérvese que en el derecho romano ya existen claros principios de protección del medio ambiente, materia que sólo después de dos milenios ha sido reconsiderada por el derecho.

a) Percepción de frutos

Una de las facultades más importantes concedidas al usufructuario por el ordenamiento romano es aquella que le permite apropiarse de los frutos que rinde la cosa, sean éstos naturales o civiles. Los frutos naturales los adquiría por la percepción, que implica un acto de apoderamiento personal; no es suficiente la sola separación, como cuando caen por el viento (*vid. supra, página 49 de este texto*). Ulpiano afirma: "...los frutos no se hacen del usufructuario, si por él no son percibidos..." (*Digesto, 7, 1, 12, E*). Los frutos civiles los hace suyos día por día (*Digesto, 7, 1, 25, 2 y 19, 11, 9*).

B. Origen y constitución del usufructo

En esencia, el usufructo nace en el derecho romano para asegurar —en virtud del uso y percepción de frutos de una cosa ajena— la subsistencia de una familia. Por esta razón, se constituye en su origen, ordinariamente, por medio de un legado, que constituye una disposición directa de última voluntad.

Inter vivos, el acto o modo formal admitido es la *in iure cessio*; dice Gayo en *Institutas* III, 30: “El usufructo no admite sino la *in iure cessio*; en efecto, el dueño de una propiedad puede ceder ‘*in iure*’ el usufructo, de tal modo que este último tenga dicho derecho y aquél retenga la nuda propiedad.” Esta formalidad es admisible tratándose de suelo itálico. En los predios provinciales en cambio si “se quiere constituir un usufructo... se puede por medio de pactos y estipulaciones” (Gayo, *Institutas*, II, 31).¹⁰⁷

El usufructo también se puede constituir por adjudicación, al igual que las servidumbres prediales.

En el derecho Justiniano quedan sólo el legado, la adjudicación y la *traditio* fundados en un simple pacto. A la *traditio* se equipara la *patientia* que es la actitud permisiva del nudo propietario de ejercicio del usufructo pactado o convenido.

a) Cesación del usufructo

La finalidad original de este derecho, su función económico-social, hemos observado que consiste en asegurar a una persona determinada medios de subsistencia; es, por tanto, un derecho estrictamente personal. Por esta razón cesa con la muerte del usufructuario. De manera que se puede constituir de por vida. También, por un tiempo determinado: *Fragmenta vaticana* 48: “(*usus fructus*) *ad certum tempus et in iure cedi et legari et officio iudicis constitui potest*”. Pero extinguida la vida o expirado el plazo, cesa el usufructo.

Mediante la *in iure cessio*, el usufructuario podía renunciar a su derecho; Gayo señala en *Institutas* II, 30: “El mismo usufructuario puede

¹⁰⁷ El modo formal *mancipatio* es admitido para constituir un usufructo transmitiendo el dominio y reservando el derecho (*deductio*) Gayo señala en *Institutas*, II, 33: “al manciparse la propiedad puede reservarse el usufructo (y en este acto) se ve que no es el usufructo mismo el que ha sido mancipado, sino que a consecuencia de la *mancipatio* de la propiedad es retenido el mismo, y de aquí que uno sea el titular del usufructo y el otro el titular de la propiedad”.

ceder *'in iure'* su usufructo al propietario produciendo este efecto: que el usufructo se acaba y se confunde con la propiedad". Gayo esclarece, en esguida, que si tal cesión se realiza en favor de un tercero, ella no produce efecto alguno; el usufructuario conserva su derecho.

También se extingue el derecho en análisis por consolidación, esto es, por reunirse en un solo titular las calidades de *dominus* y *usufructuarius*, como cuando este último adquiere el dominio de la cosa fructuaria.

En la época postclásica se admite el usufructo en beneficio de un ente colectivo (persona jurídica). Bajo Justiniano se limitó la máxima duración del usufructo —en esta situación— a cien años.¹⁰⁸

Extinguía también el usufructo por transformación (*reimutatione*) o destrucción de la cosa; también por el *non usus*, siendo este término en la era clásica de dos años para los inmuebles y de uno para los muebles. En la era justiniana el plazo para los inmuebles es de 10 años entre presentes y de veinte entre ausentes.

b) Facultades que conserva el propietario

El constituyente del usufructo (propietario) no queda en verdad, totalmente extraño a la cosa. Conserva todas aquellas facultades que no resultan incompatibles con el ejercicio del derecho de usufructo. El propietario conserva el "*ius abutendi*"; puede por tanto enajenar la cosa fructuaria a un tercero. El derecho de usufructo —como derecho real que se entiende ejercido respecto de una cosa corporal— persistirá para el usufructuario no obstante el cambio de dueño, hasta la expiración del término primitivamente convenido o dispuesto por legado.

c) Cautio fructuaria

Al convenirse un usufructo, el beneficiario está obligado a prestar una caución (*cautio fructuaria*) por la cual queda constreñido a usar y disfrutar la cosa *diligentemente*, y a su restitución una vez cesado el derecho de usufructo. Si la caución no se otorgaba, el propietario se podía rehusar a la entrega de la cosa; en caso de haberla entregado, podía reivindicarla.

¹⁰⁸ *Digesto* 7, 1, 56 y, en otro lugar, 33, 2, 8, textos muy discutidos. *Vid.*, Di Marzo, *op. cit.*, p. 164, nota 12.

d) Protección del derecho de usufructo

El titular del derecho tiene la *vindicatio usufructus* denominada *actio confessoria* en la época postclásica. Por otra parte, del mismo modo que las servidumbres, el libre ejercicio del derecho de usufructo resulta también protegido *utilitatis causa* por el pretor en virtud de los interdictos posesorios *uti possidetis* y *unde vi*.

e) El cuasi usufructo

En el concepto del derecho de usufructo dejamos establecido que procede sólo respecto de cosas inconsumibles. No obstante, con la finalidad de hacer eficaces en su totalidad ciertos legados en los que se dejaban cosas inconsumibles y también consumibles comprendidas todas en un determinado patrimonio, un senado consulto de comienzos del Imperio, de fecha incierta, admitió el usufructo sobre cosas consumibles, disponiendo que el legatario recibía del heredero las cosas en propiedad y dando caución de restituir otras tantas del mismo género y calidad al fin del usufructo. Ese es el origen de la institución del *quasi usufructus*. En *Instituciones* de Justiniano, 2, 4, 2, se dispone: "Porque tales cosas ni por la razón natural ni por el derecho civil admiten el usufructo: en cuyo número están el vino, el aceite, los granos y los vestidos: a los que se aproxima el dinero contante; porque en cierto modo se extingue por el mismo uso en el cambio continuo. Pero por causa de utilidad decretó el senado que también pudiera constituirse el usufructo de estas cosas, con tal de que por tal título se dé al heredero suficiente caución. . . Así, pues, el senado no creó verdaderamente el usufructo de estas cosas (ni lo podía), sino que por la caución constituyó un cuasi usufructo".

3. USUS Y HABITATIO¹⁰⁹

Constituye el *usus* un derecho que confiere el poder de usar la cosa de otro más sin percibir los frutos. Dice Gayo (*Digesto* 7, 8, 1): "Constitúyese también el nudo uso, esto es sin el usufructo, el cual también se suele constituir de los mismos modos que el usufructo." Y Ulpiano (*Digesto* 7, 8, 2): "Aquel a quien se dejó el uso puede usar, pero no

¹⁰⁹ Además del *usus* y la *habitatio*, las *operae servorum* (servicio de los esclavos) son consideradas en la época de Justiniano como derecho real con perfiles autónomos, aunque similares al *usus*.

puede usufructuar." Sin embargo, se admite que el usuario de un predio agrícola —limitadamente— consume los frutos necesarios para su subsistencia y los de su familia, haciendo así compatibles el derecho real de uso con el del propietario, el cual "puede ir para percibir los frutos" (el mismo Ulpiano, *Digesto* 7, 8, 12).

En cuanto a la *habitatio*, durante la época clásica se discute su naturaleza jurídica; no se esclarece si es negocio jurídico significativo de uso, usufructo y aún de derecho de crédito. Bajo Justiniano se consagra como derecho real específico, diferente del uso y del usufructo que confiere el poder de habitar la casa de otro. El habitador (*habitor*) está facultado para arrendar la casa. En *Código* de Justiniano, 3, 33, 13 se indica: "Si, pues, no hubiere dejado el derecho de habitación, nos ha parecido conveniente inclinarnos al parecer más favorable, y dar el legatario también la facultad de arrendarla. Porque, ¿qué diferencia hay entre que el mismo legatario permanezca en ella, o la ceda a otro para percibir la renta?"

A. Otros derechos reales en cosa ajena. *Enfiteusis*, *superficie*

Otro derecho que se configura con las características de *real* en la época de Justiniano es la *enfiteusis* (del griego: hacer plantaciones). Es un instituto jurídico que proviene del mundo helénico, pero que se combina con antecedentes de concesiones de tierras hechas por el Estado romano a particulares (*ius in agro vectigalis*). Consistía en el derecho al pleno goce de un predio de otro mediante el pago de un canon anual (*canon*). Originariamente son los municipios (*municipia*) quienes conceden tierras a los particulares, obligándose éstos al pago de una renta anual denominada *vectigal*. Para tutela de este derecho, se concede una acción real (*actio vectigali*), similar a la *rei vindicatio*.

Después, se hizo usual tal concesión de tierras, por largo tiempo, por parte de la corona imperial misma, obligando al concesionario también al pago de un canon. El Estado romano acoge aquí un antiguo instituto griego relativo a tierras incultas o mal cultivadas de comunidades públicas, que el concesionario se obligaba a mejorar, terminando por prevalecer el concepto de *ius perpetuum*, esto es, otorgando al concesionario la facultad de transmitir el derecho a sus herederos. Ya a fines del siglo V d. C., la concesión de bienes de los municipios y de bienes de la corona se observan fundidos en el concepto "*ius emphiteuticum*"

o "*emphiteusis*" que también se extendió a los predios de los particulares.¹¹⁰

En el sistema justiniano el enfiteuta tiene el pleno disfrute del predio. Los frutos los hace suyos por simple separación (igual que un *dominus*). Su derecho de enfiteusis puede enajenarlo por acto entre vivos o disponer de él *mortis causa*. Sus facultades se extienden —naturalmente— a la constitución de servidumbres e hipotecas.

La tutela de la enfiteusis se realiza en virtud de las acciones que protegen el dominio, concediéndolas como *útiles*.

El derecho de *superficie*, también se ubica entre los derechos reales. Nació en Roma para satisfacer nuevas exigencias edilicias, a las cuales la concesión romana del derecho de propiedad no era idónea para el fin perseguido, adquiriendo, lentamente, un perfil propio. Supone —como la enfiteusis— más que una limitación al dominio del propietario, un verdadero señorío que prevalece sobre el dominio. Así como la enfiteusis operó sobre los fundos rústicos, la superficie se aplica en el régimen de los predios urbanos.

Para los romanos era principio "*iure gentium*" aquel que entendía como perteneciente al dueño todo aquello plantado o edificado en el predio. No se concedía una propiedad de estas últimas cosas separada del suelo mismo. Gayo en *Institutas* 2, 73, dice: "Además, lo que otro ha edificado en su nombre, se hace nuestro por derecho natural, porque la superficie accede al suelo (*superficies solo cedit*).

Sin embargo, se comenzó —primero en el suelo público— a conceder a los particulares el derecho de edificar, de tener para sí y de transferir el goce mediante un pago. Después, necesidades edilicias hicieron surgir frecuentes relaciones de este tipo con los particulares. El contrato que establecía este derecho era generalmente la locación (arrendamiento), en virtud del cual el superficiario podía hacer valer su derecho contra el concedente y sus herederos, interponiendo la *actio conducti*. Gayo, en *Comentarios al edicto provincial*, libro XXV, dice: "Llamamos cosas superficiarias a las que se levantaron en solar tomado en arrendamiento; cuya propiedad es por derecho civil y natural de aquél de quien también es el suelo" (*Digesto*, libro XLIII, título VIII, 2). El pretor protegió al superficiario contra terceros mediante un interdicto especial, llamado de *superficiebus* y análogo al interdicto *uti possidetis*, que prohibía toda molestia respecto de aquél que en virtud de un contrato

¹¹⁰ Cfr., Riccobono, *Legges*, 100, 102, 103. Arangio-Ruiz, *Epigraffa giurídica*, SDHI, 2 (1936), pp. 504 y ss; 5 (1939) pp. 617 y ss. Iglesias, p. 351, nota 6. *Vid.*, Di Marzo, p. 175.

de arrendamiento (*locatio*) tenía el goce de la edificación. En *Digesto* 43, 18, 1, Ulpiano comenta: "Dice el pretor: Vedo (*prohibeo*) que se haga violencia para que no disfrutéis a la ley de la locación o de conducción de la superficie de que se trata... y si al respecto, a la superficie se pidiere alguna otra acción, la dará con conocimiento de causa".

Bajo Justiniano, finalmente, se encuentra consagrada para el superficiario una acción real, una *quasi in rem actio*. Dice Ulpiano en *Digesto* 43, 18, 1, 1: "Mas como también era incierto si existiría la acción, y es mejor poseer que ejercitar la acción personal, pareció muy útil proponer este interdicto, y prometer una como acción real".

La superficie se perfiló así como un derecho real que otorgó la facultad de gozar de modo estable una edificación construida en suelo ajeno mediante el pago de un canon que se denominó *solarium*. Juliano confiere validez a la disposición *mortis causa* de este derecho en *Digesto* 30, 86, 4: "Es válido el legado, si se hubiere legado la superficie..."

PRIMERA PARTE. Los bienes

VIII. Derechos reales de garantía	101
1. Caracteres, evolución general y clases de derechos reales de garantía	101
2. Fiducia. Concepto. Caracteres. Constitución	102
3. La prenda	102
A. Contenido del derecho de prenda	103
4. La hipoteca	104
5. La distinción entre prenda e hipoteca en el derecho romano	105
A. Derechos del acreedor pignoraticio	105
B. Modos de constitución del pignus	106
C. La prenda legal. Evolución	107
D. Cosas susceptibles de pignus	107
E. Pluralidad de hipotecas	108
F. Acciones y excepciones. Síntesis	110
G. Extinción del pignus	111

VIII. DERECHOS REALES DE GARANTÍA

I. CARACTERES, EVOLUCIÓN GENERAL Y CLASES DE DERECHOS REALES DE GARANTÍA

En el derecho romano, de un modo gradual se desarrollan varias instituciones que confieren un poder directo sobre una cosa corporal de propiedad ajena que, perteneciendo a la categoría "*iura in re aliena*" tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de una obligación.

A diferencia de los derechos de servidumbre y usufructo, no confieren el goce de la cosa; ésta, objeto del derecho, queda tan sólo en garantía del cumplimiento de una obligación, *v. gr.*, la nacida del *mutuum*. Ordinariamente, anexo al préstamo de dinero, el acreedor exige una *garantía real*, un derecho sobre una cosa mueble o inmueble perteneciente al deudor para pagarse con ella (apropiándose o enajenándola) en caso de incumplimiento.¹¹¹

Pignus, es en el derecho romano la nomenclatura genérica comprensiva de tres formas de garantías reales: la *fiducia* o prenda de la propiedad, el *pignus* o prenda en sentido estricto y la *hypoteca* o prenda sin posesión. Dice Ulpiano: "Propiamente llamamos prenda lo que pasa al acreedor, e hipoteca, cuando no pasa, ni aun la posesión, al acreedor" (*Digesto* 13, 7, 9, 2). Esta expresión de Ulpiano ha sido interpolada, y se reconstruye así: "Propiamente llamamos prenda lo que pasa al acreedor, fiducia, lo que por *mancipatio* damos al acreedor, hipoteca cuando no pasa ni el dominio *quiritario* ni la posesión".¹¹²

¹¹¹ Cabe advertir que el romano no se vale sólo de las garantías reales para la seguridad de su crédito. Dice Iglesias: "Para el amigo, el hacerse *fiador* es algo que forma parte del *officium*", en *op. cit.*, p. 354. Se utilizan, por tanto, frecuentemente también las garantías "*personales*", como el *fiador* y el *codudor* solidario.

¹¹² La expresión latina original sería, según Di Marzo, la siguiente: "*Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, fiduciam, quae mancipio datur creditori, hypothecam, cum non transit nec dominium ex iure Quiritium nec possessio*". La reconstrucción pertenece a Keller, *formula fiduciae und Pfauedikt*, ZSS, 62 (1942) pp. 160 y ss.

2. FIDUCIA. CONCEPTO. CARACTERES. CONSTITUCIÓN

Se basa en la enajenación de una cosa corporal en virtud de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, con el fin de otorgar al acreedor una garantía real. El acreedor quedaba obligado a restituir la cosa al mancipante o al cedente cuando su crédito hubiere sido satisfecho por el deudor, y para para que éste pudiera exigir restitución de la cosa dada en fiducia se sancionó la *actio fiduciae*. Además, mediante un pacto (*pactum fiduciae*) se solían regular las modalidades de la restitución misma.

La *fiducia* va gradualmente perdiendo vigencia en el derecho romano, en la medida que se van superando las antiguas formas solemnes de transferencia (*mancipatio e in iure cessio*) a las cuales estaba íntimamente vinculada. En la obra justiniana, la institución de la fiducia es objeto de interpolaciones cuya finalidad es poner en relieve institutos en vigor en la época, particularmente la prenda.

3. LA PRENDA

En la *fiducia*, la situación del deudor era desfavorable, pues, la *actio fiduciae* es una acción de carácter personal que sólo obliga al acreedor a restituir la cosa una vez pagada la deuda; no es *rei persecutoria*. Por ello, si el que recibió la cosa en garantía (acreedor) la enajena en virtud de su calidad de dueño, la *actio fiduciae* sólo le da derecho al deudor a solicitar indemnización por falta de cumplimiento del deber de fidelidad nacido del *pactum fiduciae*, pero la cosa queda irrevocablemente de propiedad del tercero a quien se enajenó.

Estas facilidades para el acreedor e inconveniencias para el deudor, dieron origen a otro instituto jurídico organizado como garantía real: la prenda (*pignus*) que constituye una modalidad de garantía real "creada por un negocio ('contrato real') no formal y que confería al acreedor la mera posesión de una cosa (no el dominio)".¹¹³

Si bien la *fiducia* fue un negocio jurídico perteneciente al *ius civile*, la prenda (y también la hipoteca) constituye creación pretoriana; pertenece al *ius honorarium*.

Respecto a la terminología "prenda" (*pignus*), las *Instituciones* de Justiniano señalan: "...en el nombre de prenda decimos que se contiene propiamente aquella cosa que, desde luego, se entrega también

¹¹³ Vid., Schulz, *op. cit.*, p. 389.

al acreedor, sobre todo si es mueble; mas decimos que con propiedad se comprende en la denominación de hipoteca, la que sin tradición queda obligada por el solo convenio”.

En verdad, desde antiguo estaba en uso la entrega de una cosa mueble o inmueble al acreedor para que éste la retuviera mientras no se le pagara lo que se le debía. Sin embargo, este negocio se perfila jurídicamente sólo cuando el acreedor fue resguardado y protegido como poseedor interdicial, en circunstancias que el dominio o bien la *possessio ad usucapionem* de la cosa pignorada seguían perteneciendo al deudor que la entregó en garantía. Dice el jurisconsulto Florentino: “La prenda transfiere al acreedor la sola posesión (entendiéndose interdicial), quedando del deudor la propiedad.”

A. Contenido del derecho de prenda

En la prenda, el acreedor puede llegar a convertirse en propietario de la cosa que se le ha entregado en garantía del crédito. Pero para que ello suceda es necesario que previamente haya convenido con el deudor precisamente ese efecto, para el caso de no pago de la deuda (*lex comisoría*). De manera que tal apropiación es una situación que se configura eventualmente, después de constituida la prenda, y siempre que así se haya pactado.

En caso de haberse celebrado un pacto de “*vendendo*” o “*distrahendo*”, el acreedor tenía derecho a vender la cosa, y con el precio de venta pagarse de la deuda restituyendo al deudor lo que sobrase (*superfluum*).

La *lex commisoría* se declaró nula por Constantino, en circunstancias que el *pactum de vendendo* pasa a constituirse en elemento natural del contrato de prenda, para después adquirir la categoría de elemento esencial.

Una vez pagada la deuda, el acreedor debía devolver la prenda al deudor.¹¹⁴

¹¹⁴ El emperador Gordiano III, por virtud de rescripto, dispuso que el acreedor que tuviera créditos quirografarios (constatados por escrito en documento único en poder del acreedor) contra el deudor que le entregó una cosa en prenda, “tiene derecho a conservarla hasta tanto le sean pagados, además del débito garantizado los otros que no fueron objeto de garantía. No se trata de una retención convencional (en cuyo caso no sería en sentido propio y técnico retención), sino basada en la presunta voluntad de las partes, y, por otro lado, Gordiano no enuncia un principio nuevo y sin precedentes en el derecho romano, como lo prueba el texto del “rescripto”. *Vid.*, Hernández-Tejero, *op. cit.*, p. 315.

El hecho de que la prenda, como garantía real, mantuviera aún ciertos inconvenientes para el deudor como la pérdida de la posesión (interdictal) y —consecuencialmente— del uso de la cosa y, además, la circunstancia de admitir un solo acreedor, aun cuando fuese valiosa, sirvió en alguna medida, junto a otros factores, de base para la creación de la institución denominada *hipoteca*.

4. LA HIPOTECA

No tardó mucho, por tanto, en formarse otro tipo de garantía que no exigía la transmisión material o desplazamiento posesorio de la cosa a manos del acreedor. A esta nueva categoría se llegó por la vía de ciertos negocios caucionales realizados entre arrendadores y arrendatarios de predios rústicos. Usualmente se convenía que el arrendatario (*conductor*) constituía en prenda y garantía del pago de la renta debida al arrendador (*locator*) todas aquellas cosas útiles a las labores agrícolas, como animales de labranza, etc., que el primero llevaba e introducía en el predio, y que se conocían con la denominación genérica de *invecta et illata*.¹¹⁵

Ahora bien, considerando la importancia de la garantía constituida, accesoria al arrendamiento de predios rústicos, el pretor terminó por proteger al *dominus fundi*. Primero le concedió el *interdictum Salvianum* que le permitía tomar posesión de las cosas constituidas en garantía en el caso de no pagarse la renta por el arrendatario. Dice Gayo: "También el interdicto '*Salvianum*' es acordado por causa de adquisición de la posesión; el mismo es usado por el propietario de un fundo respecto de los bienes del colono que este último ha establecido como garantía de los alquileres a pagar del fundo" (*Institutas*, 4, 147).

Sin embargo, tal interdicto tenía utilidad sólo para el caso de que las cosas dadas en garantía estuvieran en poder del arrendatario. Por esta razón otro pretor confirió una acción de carácter *real* denominada *actio Serviana*, la que se podía ejercitar no sólo contra el arrendatario; se podía hacer valer en contra de cualquier persona que estuviese en poder de los *invecta et illata*.

Fue así como en la historia jurídica romana se configuró una garantía real, "en la cual las cosas afectadas no pasaban a la posesión del acreedor arrendador inmediatamente de constituirse la garantía, sino

¹¹⁵ El significado de "*invecta et illata*" es "*llevada y puesta*", referida a las cosas que el inquilino (*conductor*) ha conducido y colocado en el predio arrendado.

cuando la obligación quedaba incumplida. Tal modalidad, limitada, por un parte, a los *invecta et illata*, y por otra, a la obligación del arrendatario de pagar la merced del arriendo, se extendió a cualesquiera otras cosas y a cualesquiera otras obligaciones respecto a las cuales se hubiese hecho un convenio análogo, en cuyo caso se otorgaba como 'utilis' la *actio Serviana*. Y a esta forma de garantía se la designó —con terminología tomada del griego, no sabemos si por Justiniano o antes de él— *hypotheca*, y la acción se denominó también, indistintamente, *actio hypothecaria, quasi serviana o Serviana utilis*".¹¹⁶

5. LA DISTINCIÓN ENTRE PRENDA E HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

La distinción se funda en la posesión de la cosa que garantiza una determinada obligación. Lo ha expresado Ulpiano: "...llamamos prenda lo que pasa al acreedor, e hipoteca, cuando no pasa..." (*Digesto* 13, 7, 9, 2). Sin embargo, considerando que el régimen jurídico de ambos institutos —particularmente en lo relativo a las consecuencias que producen— son similares, se ha sostenido por la jurisprudencia romana que "entre la prenda y la hipoteca hay diferencia tan sólo en el sonido de la palabra" (Marciano, *Digesto* 20, 1, 5, 1). Utilizaremos en adelante la terminología genérica "*pignus*" a objeto de referirnos a uno y otro instituto, sin perjuicio de precisar distingos, cuando ello fuere necesario.

A. Derechos del acreedor pignoraticio

En caso que la obligación garantizada en virtud de *pignus* no se cumpla, es preciso distinguir:

- a. Si el acreedor pignoraticio está en posesión de la cosa (prenda propiamente tal) tiene, en su caso, los derechos que le confiere la *lex commisoria* y el *pactum de vendendo* o *distrahendo* ya analizados.
- b. Si no está en posesión de la cosa (hipoteca), queda facultado para posesionarse de ella con el fin de venderla, y con el precio obtenido

¹¹⁶ Arias Ramos, *op. cit.*, p. 319. La hipoteca recibe también la denominación de "*pignus conventium*" para distinguirla de la "*pignoris datio*" o prenda con desplazamiento.

pagarse de lo que se le adeuda en caso que la obligación garantizada no se cumpla.¹¹⁷

En los comienzos de la era clásica se consagra el principio de que el acreedor pignoraticio puede perseguir la cosa (por la *actio in rem*) en manos de cualquiera que la tuviere, sin dirigirse previa y directamente en contra del deudor en virtud de la acción crediticia o personal.¹¹⁸

B. *Modos de constitución del pignus*

Puede constituirse en virtud de actos de variada naturaleza, así, por negocio entre vivos, por disposición de última voluntad, por ley y por orden del magistrado.

Inter vivos. Desde el momento que es una institución pretoria, basta la convención (con o sin desplazamiento, según sea prenda o hipoteca). No se precisa por tanto forma alguna del *ius civile*.

Es preciso que la cosa sea de propiedad del constituyente o al menos que le pertenezca *in bonis*. También puede hacerlo el titular de un derecho real sobre cosa ajena, con facultad para gravar la cosa, como el enfiteuta y el superficiario.

Mortis causa se constituía por legado y fideicomiso.

Se constituía prenda e hipoteca por disposición del magistrado en caso de ejecución forzosa de sentencia (*pignus in causa indicatum captum*). Precisamente la *missio in possessionem*, utilizada en la era clásica por el pretor como medio coactivo, en la fase postclásica se le atribuye función de garantía. Es así como nace el instituto del *pretorium pignus* conocido después como "*prenda judicial*" conforme a las palabras "*quod ad iudicibus datur*" con que lo define Justiniano en *Código* 8, 21, 2: "Al resolver una duda del derecho antiguo, hemos atendido a las dos clases de hipotecas, una, que nace de las convenciones y de los pactos de los hombres, y otra, *que se da por los jueces y se llama pretoria*". En *Código* 8, 21, 1, dispone: "Si cualesquiera jueces hubieren visto que se le debía a alguien prenda pretoria, mandamos

¹¹⁷ En el evento de que el acreedor hipotecario no tuviere interesados en comprar la prenda, le estaba permitido pedir al emperador que le concediese quedarse con la cosa entregada en garantía, por su justo valor o precio (*imperatio dominii*).

¹¹⁸ Este principio evoluciona hacia fines de la era clásica: "una constitución de fines del siglo III exigió que los deudores presentes fuesen citados (*Código* 8, 13, 10) para, de no satisfacer la deuda, poder ejercitar la acción hipotecaria, y en el derecho justinianeo se requería que el acreedor se dirigiese primero a los fiadores personales (si los hubiere. . .) *Novelas* 4, c.2. *Cfr.*, Hernández-Tejero, *op. cit.*, p. 316.

que le sea lícita decretarla no sólo sobre los bienes muebles e inmuebles y semovientes, sino también sobre las acciones, que le competen al deudor”.

C. La prenda legal. Evolución

La prenda *legal* en la fase clásica existe respecto de algunas situaciones concretas, como la establecida en beneficio del arrendador (*locator*) de un predio urbano respecto de los objetos del inquilino. Dice Neracio en *Digesto* 20, 2, 4: “. . .que las cosas que han sido introducidas y puestas en los predios urbanos se estime que están en prenda, como si tácitamente se hubiere convenido esto”. El arrendador de un predio rústico tiene el mismo derecho sobre los frutos del mismo: Pomponio en *Digesto* 20, 2, 7, expresa: “En los predios rústicos los frutos que en ellos nacen se entiende que tácitamente los tiene en prenda el dueño del fundo arrendado, aunque expresamente no se hubiere convenido esto.

En virtud de un edicto de Marco Aurelio “tenía prenda legal sobre el edificio quien había dado en mutuo una suma de dinero para reconstruirlo, y por un sucesivo senadoconsulto también quien hubiese suministrado el mutuo por encargo del dueño del edificio, directamente al constructor”.¹¹⁹

La prenda tácita gradualmente se generaliza bajo la forma de las “hipotecas generales” —muy gravosas— pues abarcaban el patrimonio íntegro del deudor; de este tipo de garantía gozó el fisco, ya sea por razones impositivas o contractuales.

D. Cosas susceptibles de *pignus*

En relación a las cosas susceptibles de *pignus*, se admite la prenda y la hipoteca respecto de cosas pertenecientes a un tercero no obligado por relación jurídico personal que se busca garantizar. Dice Marciano: “Pero cualquiera puede dar hipoteca, o por obligación suya, o por la ajena” (*Digesto* 20, 1, 5, 2).

En cuanto a las cosas mismas objeto de garantía real, podían ser solamente cosas enajenables, corporales e incorporeales. Se admitía inclusive la prenda de un crédito (*pignus nominis*) y también el *pignus pignoris*; en esta institución lo que se da en garantía es la cosa misma

¹¹⁹ Di Marzo, *op. cit.*, p. 179.

recibida en prenda. En esencia, se cede el derecho real de prenda. Esta situación se produce cuando al acreedor resguardado por una prenda contrae a su vez una deuda, y utiliza la misma garantía real (sin desplazarla) para asegurar con ella el cumplimiento de su propia deuda. Dice Marciano: "Habiéndose determinado que puede recibirse en prenda una cosa pignorada, mientras se debe una y otra deuda, queda obligada la prenda al segundo acreedor, y se le ha de dar así excepción, como acción útil".

En esencia, el *pignus nominis* y el *pignus pignoris* o *subpignus* constituyen, respectivamente, cesiones del crédito y del derecho real de prenda.¹²⁰

Tanto la prenda manual como la hipoteca (prenda sin desplazamiento) pueden incidir sobre una universalidad de cosas (*universitas rerum*), v. gr., un rebaño: dice Marciano: "Obligado en prenda un rebaño quedan obligadas las crías... etcétera."

a) La prenda general de los acreedores

Sin perjuicio de la prenda específica, todo el patrimonio del deudor puede convenirse quede afectado de modo "general" al contraer una deuda, quedando excluidos solamente aquellos objetos útiles para sustentar la vida. El principio está expuesto por Ulpiano en sus *Comentarios al edicto*, libro LXXIII: "En la obligación general de los bienes que cualquiera tuvo, o que haya de tener, no se comprenderán aquellos que es verosímil que alguno no habría de haber obligado especialmente, por ejemplo, al ajuar; asimismo se ha de dejar al deudor la vestimenta", etcétera.

E. Pluralidad de hipotecas

No obstante que en el derecho de occidente se ha establecido claramente —desde la época moderna— la diferencia entre prenda e hipo-

¹²⁰ El *subpignus* presenta la inconveniencia de su necesaria restitución al primer constituyente al pagar éste la deuda, lo que deja al segundo acreedor (hipotecario) sin garantía de su crédito. Según la expresión de Marciano, la prenda queda obligada al segundo acreedor "mientras se debe una u otra deuda", de modo que si deja de estar pendiente la primera deuda, la garantía se extingue; no sería procedente "dar así excepción, como acción útil" al segundo acreedor. En todo caso, esta situación es anómala, pues siendo la acción hipotecaria de naturaleza real no debiera importar —en principio— la circunstancia del desplazamiento restitutorio al primer constituyente para los efectos persecutorios.

teca, fundando la distinción en esencia, en la falta de desplazamiento posesorio en el caso de esta última, en el derecho romano —hemos ya observado— ambos institutos son considerados por algunos jurisconsultos como básicamente iguales —“entre la prenda y la hipoteca tan sólo hay diferencia en el sonido del nombre” (“...*tantum sonus nominis differt*”) afirma Marciano en *Digesto*, 20, 1, 5, 1. Es por ello que en los textos de enseñanza del derecho romano suelen exponerse ambos institutos con la terminología *pignus* como *nomen* genérico.

Sin embargo, hay ciertas situaciones como el de *pluralidad de hipotecas* sobre una misma cosa que sólo pueden concebirse claramente respecto de la prenda sin desplazamiento, es decir, de la hipoteca.

Así, en caso de que el dueño hubiere dado la cosa en garantía a varios acreedores, permaneciendo él en posesión de la misma, rige el principio del *Código* de Justiniano “*prior tempore potior iure*” (al anterior en el tiempo lo prefiere el derecho). El texto de la constitución imperial es de los emperadores Severo y Antonino, del año 213 d. C., y ordena: “Si recibiste en prenda [entiéndase más bien hipoteca] el fundo antes que fuese obligado a favor de la república, *así como eres anterior en el tiempo, así eres preferido en el derecho*”.¹²¹ De manera que el acreedor posterior sólo podía hacer valer su crédito una vez satisfecho el del anterior.

El acreedor posterior podía hacer valer el *ius offerendi*, esto es, el derecho de ofrecer al acreedor anterior (al que con precedencia recibió garantía hipotecaria sobre la misma cosa) pagarle su crédito, en cuya virtud, entraba en el grado del acreedor precedente.¹²²

Distinta del *ius offerendi* es la *successio in locum* que ocurría, particularmente, cuando un tercero pagaba la deuda y convenía garantía hipotecaria, específicamente, ocupando el grado del acreedor satisfecho con el pago (*Digesto*, 20, 3, 3).¹²³

¹²¹ La cita en la edición del *Corpus* de García del Corral, corresponde a *Código* 8, 18, 4.

¹²² Pagado el crédito o rechazada la oferta, igualmente el acreedor posterior entraba en el grado del anterior. Cfr., Di Marzo, *op. cit.*, p. 181. En razón de particulares consideraciones, algunas veces éstas primaban sobre el principio general. Así, en el caso de una hipoteca sucesiva (posterior), concedida en favor de quien había concedido los medios para la reparación de una cosa; en tal caso, la hipoteca posterior era preferente (*potior iure*) porque el crédito había salvado la cosa. Dice Ulpiano en *Digesto*, 20, 4, 5: “A veces el posterior es preferido al anterior, como por ejemplo, si para conservar la cosa misma se gastó lo que el siguiente prestó, como si se obligó una nave, y yo hubiere prestado para armarla, o repararla.”

¹²³ Otros casos de “sucesión en lugar” del acreedor: *Digesto* 20, 5, 3, 1 y, en otro lugar, 18, 4, 6.

a) Principio de la publicidad hipotecaria. Excepciones al principio de la prioridad temporal

En la época imperial, por una constitución de León (Oriente, 457-474), se regula la publicidad de la realción hipotecaria. Si la hipoteca constaba en documento público o bien sólo en instrumento privado, pero suscrito por tres testigos a lo menos, prefería a aquella constituida privadamente, aunque esta última fuere anterior. En *Código* de Justiniano, 8, 18, 11, 1 (constitución imperial del año 472) se establece: "...mandamos que sea preferido el que se apoya en instrumentos hechos en forma pública, aunque éste sea expresado como posterior, a no ser acaso que en las mismas escrituras privadas se contengan las firmas de tres o más individuos de buena e íntegra reputación; porque en este caso son admitidas como si hubieran sido hechas en forma pública".

Bajo Justiniano se establecieron preferencias especiales, como aquella de la hipoteca tácita (legal) establecida en beneficio de la mujer respecto de los bienes del marido, en garantía de la dote por ella aportada.

F. Acciones y excepciones. Síntesis

La protección originaria nace con ocasión de la prenda propiamente tal en la evolución jurídica romana. Mediante el *interdictum Salvianum* es posible retener los objetos puestos en el predio por el arrendatario (instrumental, etcétera). Este interdicto evoluciona después como adquisitivo de la posesión.¹²⁴

Una acción real específica, creada posteriormente, la *actio Serviana*, permite la persecución del objeto pignorado en manos de terceros, no sólo respecto del arrendatario. Esta misma *actio*, después se extiende con el nombre de *actio quasi Serviana*, *hypothecaria* o *pignoratitia in rem* en beneficio de todo acreedor (no sólo del arrendador por el pago de la renta) que haya garantizado su crédito mediante una garantía real. Tiene algunas semejanzas con la *rei vindicatio*, particularmente en razón de que en la fórmula redactada *in factum*, admite el *arbitrium* de restitución de la cosa pignorada o, en su defecto, la *condemnatio pecuniaria*.¹²⁵

¹²⁴ *Interdictum adipiscendae possessionis*. Iglesias, *cfr.*, Manigk PW, v. *Hypotheca*.

¹²⁵ Kaser, *Die Interesseberechnung bei der "vindicatio pignoris"*, Estudios Sánchez del Río, pp. 203 y ss. En *Digesto*, 20, 1, 21, 3 y 20, 1, 16, 6 se regula la *condemnatio pecuniaria*.

Si un deudor, respecto de un mismo acreedor, ha convenido hipoteca general sobre sus bienes, además de una especial, tiene la facultad de pedir que se demande primero esta última en virtud de la *exceptio excussionis realis*. Y el poseedor de la cosa dada en prenda tiene el *beneficium excussionis personalis*, por el que puede exigir que primero se demande al deudor principal y a sus fiadores.

G. Extinción del *pignus*

Tanto la prenda propiamente tal como la hipoteca se extinguen por las siguientes causas:

a. Por destrucción de la cosa. Marciano indica: "perece la prenda o la hipoteca, extinguida la cosa corporal" (*Digesto* 20, 6, 8). Sin embargo, si la cosa corporal era una casa y destruida ésta por incendio u otro motivo, se procedía a reconstruir después en el mismo predio, se entiende que la garantía real se hace extensiva al edificio nuevo. Dice Paulo: "Se quemó la casa dada en prenda, y Lucio Ticio compró su solar, y edificó en él; se preguntó sobre el derecho de prenda; Paulo respondió, que subsistía la persecución de la prenda, y que por esto parece que la superficie (lo construido) siguió el derecho del suelo, esto es, con el derecho de prenda".¹²⁶

La prenda también se extinguía por "confusión". Ello se produce cuando el acreedor que recibió una cosa en prenda, se hace dueño de la misma. Señala Ulpiano: "No puede haber ni prenda, ni depósito, ni precario, ni compra, ni locación de cosa propia" (*Digesto*, 50, 17, 45).

Se extingue también tanto la prenda como la hipoteca cuando la obligación que garantizan es satisfecha ("*satisfactum est*"). Señala Ulpiano: "También se libera la prenda, ya si se pagó el débito, ya si por tal motivo se dio fianza" (*Digesto* 20, 6, 6). Sin embargo, si la satisfacción era sólo parcial, persistía la prenda, dice Paulo: "no aprovecha para liberar una prenda pagarle una parte al acreedor" (*Digesto* 45, 1, 85, 6). En caso que varias cosas hubiesen sido dadas en garantía prendaria por una sola obligación, no se liberaban sino hasta la extinción total del crédito: Ulpiano: "El que recibió en prenda muchas

¹²⁶ Agrega Paulo a continuación "que los poseedores de buena fe (del predio incendiado) no han de ser obligados a restituir el edificio (nuevo) a los acreedores de otro modo, que si recibiesen los gastos hechos en la edificación, en cuanto la cosa se hizo de mayor precio".

cosas, no es obligado a liberar una, sino habiendo recibido todo cuanto se le debe" (*Digesto* 20, 1, 19).

El tercer poseedor de buena fe, puede también provocar la extinción de la prenda por haber poseído la cosa corporal pignorada con justo título por el tiempo de diez o veinte años, bien se trate de presentes o ausentes, esto es, *por prescripción adquisitiva*.

La venta hecha por el primer acreedor hipotecario extingue la hipoteca, no sólo a su respecto sino también en relación a los acreedores de grado inferior. A estos últimos sólo les queda pagarse de su crédito con el excedente, en el supuesto que el precio pagado por la cosa lo permita. En *Código* de Justiniano 8, 20, dice Alejandro Augusto a Atenion "Si el que recibió antes la prenda la hubiese vendido, no te podría quedar la acción persecutoria de la hipoteca".¹²⁷

¹²⁷ Vid., "De si el acreedor más antiguo hubiere vendido la prenda". Título 20; *Código* de Justiniano.

SEGUNDA PARTE. <i>Las obligaciones</i>	113
I. Concepto y evolución histórica	115
1. Concepto y definición	115
2. Orígenes y evolución histórica	118
A. Los criterios antiguos	118
B. Los criterios clásicos; evaluación de la obligatio	122
C. Delito y "obligatio"	125

SEGUNDA PARTE
LAS OBLIGACIONES

I. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

I. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Cuando estudiamos los derechos en las cosas (los bienes), observamos que el tipo de relación jurídica que en ese ámbito domina es de naturaleza *real*, es decir, que se tiene con respecto a una determinada cosa corporal (*res*), y que los poderes o facultades que el sujeto ejerce sobre la cosa, son protegidos en el derecho romano por una *acción real* ejercitable en contra de cualquier sujeto que impida o menoscabe el libre ejercicio de esos poderes o facultades sobre las cosas. Así sucede con la *rei vindicatio* y la *actio negatoria* para la defensa del dominio y la *actio confessoria* para proteger un derecho en la cosa de otro, como en el caso de las servidumbres y el usufructo.

Nos corresponde estudiar ahora *las obligaciones* o derechos de crédito, los cuales se ubican en el ámbito de los *derechos personales* pues no se ejercen sobre una cosa corporal. Se trata de una relación jurídica existente sólo entre personas, y en la que una de ellas denominada *creditor* tiene el derecho de exigir de otra llamada *debitor*, el cumplimiento de un determinado deber de orden patrimonial que ha sido amparado por el ordenamiento jurídico en atención a su trascendencia eticomoral o socioeconómica, y susceptible —atendido el amparo jurídico— de reclamarse judicialmente, si no es cumplido, en virtud de una acción personal (*actio in personam*).

En el periodo clásico, la jurisprudencia utiliza el término "*oportere*" para expresar un deber protegido —más allá de las normas morales o éticas— por las normas del derecho civil y sancionado en consecuencia por una acción personal. Gayo, en *Institutas*, IV, 2, nos dice que "entendemos que obligado está el que debe dar, hacer, prestar" conforme al *ius civile* (*Obligatus... id est, cum intendimus dare, facere praestare oportere*). Explica además, que la institución de la obligación está sancionada por una *acción personal*, en cuya virtud "accionamos contra alguien que está obligado hacia nosotros" (*In personam actio est, qua agimus cum aliquo... qui nobis obligatus est...*).

No obstante, en el ámbito de la jurisprudencia práctica clásica, las relaciones de crédito amparadas por el pretor en virtud de acciones honorarias o pretorianas, aunque en sustancia protejan una relación esencialmente similar en su estructura a una "*obligatio*" del *ius civile*, no se dicen tuteladas con la terminología "actio in personam" sino con la de "*actione teneri*" que significa "estar sujeto por una acción"; una distinción más bien formal que de fondo, efecto de la coexistencia —durante el periodo clásico— de la antigua corriente jurídica del *ius civile* con la nueva del *ius honorarium*, con sus propias creaciones y términos.

Tal distingo termina, en la época de Justiniano, por tener un mero interés didáctico, pues los juristas posclásicos, gradualmente, insertan ambas categorías de "*actiones*" en el vocablo conceptualmente amplio de "*obligationes*".

Ahora bien, en cuanto a definiciones de obligación, no obstante que los juristas romanoclásicos no fueron especialmente proclives a conceptualizar, las *Instituciones* de Justiniano recogen una —muy citada por la literatura romanista pero también bastante criticada— atribuida al jurisconsulto Florentino. El referido texto en 3, 13 expresa: "La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad" ("*Obligatio est iuris vinculum, quod necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*"). El término "pagar alguna cosa" debe entenderse en sentido amplio, en el explicado por Gayo, que lo hace extensivo a todo deber jurídico patrimonial (dar, hacer o no hacer y prestar). Y los términos "conforme al derecho de nuestra ciudad" son restrictivos, pues evocan la época en que todavía es sólo el *ius civile* (derecho de la *civitas*) y no el *ius gentium* —sancionado por vía honoraria— el que determina la existencia de la obligación romana.

Si una persona, según la definición de Florentino, "está constreñida a pagar alguna cosa conforme al derecho civil", se está mirando la *obligatio* desde el punto de vista del deudor (*debitor*). En caso de incumplimiento de dicho pago, y mirando ahora el interés del otro sujeto vinculado por la *obligatio*, el acreedor (*creditor*), será procedente la acción personal (*actio in personam*) para interponerla judicialmente en contra del deudor. Dice Gayo al respecto, en *Institutas* IV, 2: "*La actio in personam* es aquella por la cual accionamos contra alguien que está obligado hacia nosotros ya en virtud de un contrato, ya en virtud de un delito, es decir, cuando reclamamos que se nos deba dar, hacer o prestar algo". Observemos que en este claro concepto están insertas las

dos causas, motivos o "fuentes" generadores fundamentales de las obligaciones: el contrato y el delito, cuestión de fondo que analizaremos en su oportunidad.

El concepto de la obligación y de la acción personal expuestos, es el predicado de una larga evolución. Expresa categóricamente la existencia de un vínculo jurídico que si bien enlaza a dos personas que estructuran la relación personal (*debitor y creditor*), no sujeta física o corporalmente al deudor respecto del acreedor como lo fue en los orígenes de la institución en estudio, y conforme explicaremos en el párrafo siguiente; en la era clásica la obligación se presenta ya como un ligamen jurídico o nexo que comprende la deuda o deber de pagar algo (*débito*) por parte del deudor, y la *responsabilidad* del mismo, pero entendida ésta como necesidad de responder *con sus bienes* y no con su persona en caso de incumplimiento del deber jurídico y frente a la *actio in personam* que le entabla el acreedor.

La circunstancia de que la *actio* se dirija hacia el patrimonio del deudor, hace que el objeto de la obligación (dar, hacer, prestar) deba, necesariamente, expresar un valor en dinero o, a lo menos, ser susceptible de reducirse a términos pecuniarios. Es oportuno precisar en este punto que, más que el cumplimiento mismo de la prestación debida, con la *responsabilidad patrimonial del deudor*, el ordenamiento jurídico romano se orienta a asegurar el interés pecuniario que para el acreedor representa el dar, hacer o prestar *incumplido*.

En síntesis la obligación es, en la era clásica, una relación de crédito, donde uno de los sujetos (*debitor*) debe dar, hacer o prestar algo en favor del otro (*creditor*) para la satisfacción de un interés de éste, interés protegido por una acción personal que la interpondrá en contra del deudor en el evento de incumplimiento, y destinada a obtener el pago de lo debido si ello es posible, y si no lo es, obtener el interés pecuniario que la "*obligatio*" representa para el acreedor.

Desglosando los elementos ínsitos en el concepto de obligación, distinguimos:

a. *El vínculo o nexo*, cuyo carácter *jurídico* y no puramente moral lo determina su protección por una *actio*. Este vínculo jurídico al enlazar o relacionar a los sujetos bajo el amparo del derecho, le imprime el carácter de *débito* o deber jurídico de prestación al compromiso contraído por el deudor y configura su *responsabilidad patrimonial*.

b. *Los sujetos*: son las personas enlazadas por el vínculo. No es concebible una obligación sin, a lo menos, un *sujeto activo* o acreedor (ac-

tivo en el sentido que el crédito se cuenta en el activo de su patrimonio) y otro *sujeto pasivo* o deudor (pasivo en el sentido que su deuda se cuenta en el pasivo de su patrimonio).

c. *La prestación*: está constituida por la conducta que debe observar el obligado y que, conforme lo describe Gayo puede consistir en *dare, facere o praestare*. En todo caso, debe ser valorable en dinero, esto es, susceptible de reducirse a términos pecuniarios.

d. *La causa* (causae obligationum). Responde a la interrogante del porqué de la existencia de las obligaciones en el ámbito del derecho. Observaremos este punto con mayor detenimiento al analizar luego las "fuentes" de las obligaciones, pero anticipemos al respecto la opinión de Gayo en sus *Institutas* describe en verdad, las esencias del derecho romano clásico. En 3, 88 explica: "Toda obligación nace, o de contrato o de delito" ("*Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*").

2. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A. Los criterios antiguos

El desarrollo y evolución de una sociedad conlleva un gradual alejamiento de sus formas primarias de vida y crece la necesidad del intercambio, tanto entre los miembros de la misma comunidad, como entre ésta y otras con las cuales se establecen nuevos vínculos o nexos, por lo común culturales y comerciales.

En la época quiritaria, las relaciones de este carácter son aún escasas. Entre las diversas *familiae*, que viven autárquicamente, cada *pater familias*, por principio, debe ser libre respecto a los demás; no debe llevar sobre sí obligación alguna fuera de aquellas propias del ámbito familiar, a menos que sea por causa realmente necesaria; y en el supuesto caso de obligarse, es decir, de imponerse un deber jurídico en beneficio de otro *pater familias*, se entenderá realmente reconocido por el *ius civile* y exigible por tanto —en caso de incumplimiento— por una *actio in personam*, cuando ha sido contraído observando las ritualidades y formalismos previstos por las antiguas costumbres y luego por la Ley de las XII Tablas.

En aquella época, en que el crédito no se había desarrollado aún, era en verdad excepcional y a la vez muy duro ser un "*obligatus*". En una estructura socioeconómica autárquica, endeudarse era considerado

extraordinario y poco aceptable, más aún en la *forma mentis* de aquellos primeros romanos, agricultores y guerreros, extraños al comercio y a la industria.

Por lo común, el cambio o trueque bajo sus diferentes formas era el único negocio que bastaba para la satisfacción de sus necesidades. Pero en ocasiones se hacía imprescindible para algún *pater familias* un préstamo en dinero o de cosas fungibles como aceite o trigo. Gran parte de la doctrina romanista acepta que ésta es la más antigua relación de crédito y de deuda, es decir, el mutuo (*mutuum*) o préstamo de consumo en cuya virtud, la entrega de dinero o de cosas fungibles se hace bajo el compromiso de restituir en un tiempo determinado.

Esta actividad era mirada por la conciencia social de la época antigua como lícita, aunque con reticencia, razón por la cual las costumbres antiguas concibieron y admitieron un riguroso tratamiento de la persona del endeudado por parte del acreedor desde el momento mismo en que se realizara el préstamo.

Para que se entendiera realizado el préstamo bajo el amparo del *ius civile*, debía cumplirse con la formalidad o rito denominado *nexum*, que implicaba una verdadera *mancipatio* (venta ritual) que hace el deudor de su propia persona, en garantía del crédito que le ha sido otorgado. De allí entonces que el deudor entre, desde el momento mismo de realizarse el *nexum* (y no desde el incumplimiento), en un estado de pérdida de libertad personal que durará hasta que pague lo que debe, normalmente con su propio trabajo, realizado en estado de semiesclavitud.

En el derecho antiguo, la obligación o deber jurídico de hacer algo en favor de otro, así configurada, no consiste exactamente en el simple deber, libremente asumido, de cumplir con una determinada prestación o pago; más bien consiste en la sujeción al poder doméstico (*manus*) del acreedor, sujeción que tiene especial relevancia en la conciencia social de la época como constitutiva de la obligación, a tal punto que en el *nexum*, aparece como desplazada a un segundo plano el *débito* mismo. Es entonces, la *responsabilidad*, que se hace efectiva en el *corpus* del deudor y desde el momento mismo del *nexum*; el elemento que perfila con mayor nitidez la estructura de la antigua *obligatio*.¹

El romanista Michel Villey explica: "Es el caso, por ejemplo, de un padre de familia que se ha comprometido personalmente contra entrega de un préstamo en dinero, mediante la operación formal del *nexum* —similar a la *mancipatio*. En presencia de cinco testigos y de un 'libri-

¹ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 286.

pens' o portador de la balanza, usando gestos y palabras solemnes, el padre de familia 'endeudado' se vende, en cierto modo, al prestamista. Observemos que la *actio* nacida del *nexum* no es una verdadera acción personal, puesto que el prestatario, en lugar de ser una persona obligada pero libre se ha convertido casi en un esclavo o cosa del prestamista." ²

En caso de incumplimiento de la obligación contraída por el deudor "*nexi*", su situación, desde luego se agravaba aún más. Quedaba sometido a la "*manus iniectio*" (literalmente, "puesta la mano encima") por parte del acreedor, que permitía a éste disponer definitivamente de la persona del deudor, como por ejemplo, venderlo como esclavo. En todo caso, para ello se requería al autorización del magistrado, previo juicio ante el *iudex* y previa sentencia condenatoria, en la que se reconocía la obligación incumplida y se autorizaba proceder a la ejecución de la sentencia en el *corpus* del deudor.³

Otra forma solemne que obliga jurídicamente desde la época antigua es la "*sponsio*" o promesa solemne de cumplir una prestación, considerada algo posterior en la evolución del derecho de Roma.⁴

Aparte de la formalidad —que se funda sólo en una *promesa solemne* de cumplir con una prestación, promesa estructurada por una pregunta seguida de una respuesta: *¿spondes?*, *Spondeo*, esto es, ¿prometes? (cumplir determinada prestación) Prometo— se distingue del *nexum* en relación a la *responsabilidad*, pues sólo se hace efectiva en caso de incumplimiento del deudor y no desde el momento en que solemnemente se obliga. "La *sponsio* da vida a una responsabilidad que sólo se hará efectiva en el caso de incumplir la prestación. (No somete al deudor a la *manus* del acreedor desde la promesa misma.) Institución de carácter religioso-jurídico, la *sponsio* tiene el alto valor que una vieja civilización atribuye a la palabra dada." ⁵ En este punto es de interés apreciar lo indicado por el romanista De Francisci: "Preciso es poner atención en dos rasgos característicos del más antiguo derecho romano: el formalismo y el verbalismo. Como en el campo religioso para obtener el favor de los dioses, así en el jurídico, también el acto, para que produzca el efecto querido, es necesario que se haga en *rito*, esto es, que se observen determinadas formas solemnes. Y así, uno y otro ámbito, está dominado por convicciones que entrelazan concepciones religiosas y mágicas primitivas y que conducen a la creencia de que no

² Villey, Michel, *El derecho romano*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 51.

³ Valiño, Emilio, *op. cit.*, p. 166.

⁴ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 286.

⁵ Iglesias, *op. cit.*, p. 372.

sólo los efectos religiosos sino también los jurídicos se alcanzan solamente pronunciando determinadas frases o palabras sacramentales o rituales (nuncupaciones, concepta, verba), las cuales, mecánicamente y por su propia virtud intrínseca producen un determinado resultado. . . La conexión entre religión y derecho se manifiesta *en todas las normas primitivas*, sea que ellas se designen con el término *fas* (lo religioso) sea que se indiquen con el término *ius* (lo jurídico).⁶

De modo que frente al nexo corporal, la *sponsio* representa la atadura de la palabra, el sentirse ligados a la propia declaración. Y además de este significado espiritual que mejora la primitiva relación de crédito, “se da el hecho efectivo de que evita la sumisión actual (antes del incumplimiento del cuerpo del deudor”).⁷

Con la evolución, la *sponsio* se denominará “*stipulatio*” cuando hubo de hacerse extensiva —con menor rigor formal en las palabras— a los peregrinos.⁸

No obstante la presencia de la *sponsio* y, después, de la “*stipulatio*” en el ámbito de los derechos de crédito sancionados por el *ius civile*, el *nexum* sigue utilizándose. Además, la ejecución final en el cuerpo del deudor (*manus iniectio*) en caso de incumplimiento, representa un procedimiento ejecutivo común aplicable tanto al *nexum* como a la *sponsio*. Esta situación comenzará —lentamente— a disolverse a partir de la segunda mitad del siglo IV a. C.

En efecto, la condición de nexi en que se encontraban sojuzgados numerosos individuos (particularmente plebeyos) llevó a un estado de agitación social, y tal se cuenta como uno de los capítulos de la lucha patricio-plebeya.⁹ Una *Lex Poetelia Papiria* —326 a. C.—¹⁰ abolió el *nexum* y sustituyó así la inmediata sumisión o sujeción de la persona del deudor a la *manus* o potestad del acreedor, y estableció el principio de que la responsabilidad del deudor debe hacerse efectiva en sus bienes y no en su cuerpo. Pero esta *lex* no produjo un efecto inmediato en la práctica judicial.

El procedimiento ejecutivo de la *manus iniectio* —para el caso de incumplimiento definitivo del deudor— persistirá en el proceso civil

⁶ De Francisci, *op. cit.*, p. 139. Según este autor, en los orígenes no existió una neta distinción entre *ius* y *fas*. La diferencia surgió cuando el Estado comenzó la labor de creación normativa: desde entonces se inició también la laicización del derecho.

⁷ Iglesias, *op. cit.*, p. 372.

⁸ Schulz, *op. cit.*, p. 453.

⁹ Iglesias, *op. cit.*, p. 373.

¹⁰ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 321.

romano hasta fines de la era republicana, donde finalmente es sustituido por un procedimiento de ejecución *patrimonial*: la *bonorum venditio* ("venta de bienes") consistente en la subasta pública de la totalidad de los bienes ("*bona*") del deudor con el fin de satisfacer el interés pecuniario que el acreedor tiene en la *obligatio*.

"Las primeras manifestaciones de ejecución en el patrimonio del deudor se tienen en el derecho pretorio, a fines del periodo republicano a través de la *missio in bona*, o entrada en los bienes por y a solicitud del acreedor favorecido en sentencia".¹¹ La *missio in bona* es el primer trámite del procedimiento de ejecución patrimonial, que conduce a la venta en pública subasta *del entero patrimonio* del deudor en la referida *bonorum venditio*.

La desproporción entre el valor de la prestación debida y el de los bienes subastados por entero del deudor, causados por la *bonorum venditio*, condujo a un nuevo progreso: al establecimiento de un régimen más *equitativo*, de ejecución patrimonial específico, es decir, en objetos concretos, no en la entera masa de los bienes. Tal es la *distractio bonorum* por la que se autorizaba separar, "distraer", la venta de cosas determinadas, hasta alcanzar un precio estimado como suficiente para pagar la justa exigencia del acreedor.¹²

B. Los criterios clásicos; evolución de la *obligatio*

El cambio de mentalidad de la comunidad romana en los aspectos jurídicos reseñados, observados al final de la era republicana, son consecuencia de la evolución general que ha tenido dicha sociedad, particularmente desde la expansión extratálica (siglo III a. C.), y son preludio de un definitivo alejamiento de sus formas arcaicas de vida, de aquellas propias de la primitiva ciudad-estado, orientándose ahora a una clara liberación de los rígidos conceptos quirritarios en el tratamiento del *debitor* u *obligatus*.

Por otra parte, hacia el siglo I a. C., el siglo de César, el progreso del derecho romano ya es notable, particularmente en el ámbito de los derechos de crédito y obligaciones, el que se ensancha incorporando nuevos negocios que brotan al amparo de las nuevas circunstancias, desconocidos por tanto en la sociedad quirritaria, tutelados por acciones

¹¹ Iglesias, *op. cit.*, p. 214.

¹² *Ibid.*, p. 215.

personales, consecuencia de la actividad jurisprudencial del pretor que va protegiendo, en atención a su trascendencia eticomoral o bien socio-económica, nuevos negocios y compromisos que no estaban todavía en el "catálogo" de los negocios y convenios amparados por el antiguo derecho de Roma. Antes de la sanción pretoriana, los nuevos negocios se habían mantenido bajo el amparo de un mundo normativo que no tiene medios compulsivos de ejecución para el caso de incumplimiento: nos referimos al mundo normativo eticomoral. Ahora, esas relaciones de crédito se consideran dignas de tutela jurídica y, en consecuencia, pasan *también* a formar parte del mundo normativo del *derecho*.

Observemos al respecto lo que enseña el jurista Michel Villey: "En la época clásica, las relaciones económicas entre familias se han multiplicado. Los griegos y asiáticos que pululan en Roma han introducido el uso del comercio y sin duda también sus costumbres comerciales. El derecho de gentes, común a todas las naciones ¿no tiene acaso valor en Roma? ¿No debe acaso ser la guía del pretor en sus creaciones jurídicas? El pretor utiliza incluso las normas del derecho natural. ¿Acaso la naturaleza (la conciencia eticomoral del individuo) no impone que toda promesa sea respetada y que también sea guardada la buena fe entre los que negocian?"¹³

Así, se crean acciones para proteger, por ejemplo, el hecho nuevo de que una persona se comprometa a concederle a otra el uso de una casa y la otra persona a pagar por ello un canon o renta periódica. La terminología contemporánea de esta figura es "arrendamiento"; los romanos la denominaron "locación" (que viene de *locare*, *locus*: lugar). Veamos otros ejemplos. En el tráfico acelerado de fines de la era republicana, se hizo frecuente que un habitante del mundo romano necesitara dejar una cosa en custodia; cuando lo hace, "deposita" el objeto en casa de un amigo; en otras circunstancias, le *presta* una herramienta, un esclavo o una villa. Son situaciones de la vida cotidiana, particularmente frecuentes en Roma, donde la amistad obliga a la mutua prestación de servicios gratuitos.

Pues bien, la amistad y la buena fe —en este último tipo de compromisos— exigen que la cosa sea restituida a su propietario cuando éste la pida.¹⁴

¹³ Villey, *op. cit.*, p. 52.

¹⁴ *Ibid.*, p. 53.

Pero, como dice Andrea Torrente, "si todos fuésemos gentilhombres".¹⁵ En caso que la cosa no fuere restituida, el derecho tendrá que acudir en ayuda del que prestó o depositó, actuando aquí la norma jurídica como un sustituto de la norma de "*amicizia*" que no resultó suficiente, o quizás, verdadera.

Para tales situaciones el pretor creará acciones basadas en los hechos ("acciones") denominándolas acciones de "*deposito*", acciones de "comodato" (*commodatum* es préstamo de uso), términos que todavía permanecen en uso en el derecho civil contemporáneo. También dará acción para quien ha puesto o "aportado" una o más cosas o dinero, asociándose con otros, para realizar una actividad o negocio y repartirse las eventuales utilidades. Nace así el contrato de sociedad y la acción personal que ampara los compromisos contraídos por los "*socii*" entre sí y respecto de terceros. El pretor creará además, acciones para amparar jurídicamente el encargo que una persona hace a otra de que realice determinada gestión, por ejemplo, que adquiera un determinado bien raíz (a nombre de quien le confía el encargo). Este compromiso, que nace en su origen en medio de relaciones familiares y de amistad, por su trascendencia en el plano moral y económico, es también sancionado por el derecho pretorio en virtud de acciones personales y se le reconoce con el nombre de *mandato* ("*mandatum*"); y las obligaciones que genera el pretor las protege por la *actio mandati* u otra forma.

Desde el punto de vista de su nacimiento a la vida del derecho —de su "perfeccionamiento"— tales relaciones y figuras contractuales típicamente clásicas (arrendamiento, sociedad, mandato, incluyamos también la compraventa clásica), se sancionarán por el pretor sin exigencia de formas o solemnidades; en otros términos, se considerará realizado un contrato de arrendamiento o de mandato, de compraventa o de sociedad por haber expresado los contratantes libremente su voluntad de comprometerse u obligarse. Ejemplo: como vendedor, a entregar la cosa, y como comprador, el precio convenido, realizar una determinada gestión en caso de mandato, etcétera. Se denominan por ello contratos "*solo consensu*" (consensuales), representan el triunfo de la *buena fe* (*bona fidei*) por sobre el *rito* de la era antigua. Es una época del derecho de Roma donde la confianza ilimitada en la buena fe del individuo, hace que ni la palabra sacramental ni la constancia escrita en los

¹⁵ Torrente, Andrea, *Manuale di diritto privato*, 4a. ed., Milano, Giuffrè, 1960, p. 804.

principales contratos se requiera para su validez o para probarlos en juicio.

En síntesis, todo ese quehacer humano, desenvuelto en el ámbito de los actos o conductas *lícitas*, esto es, no contrapuestas al común sentimiento de justicia y equidad (*equitas*) de la comunidad romana de la era clásica va, gradualmente, en esta importante fase del desarrollo del sistema jurídico de Roma, obteniendo reconocimiento y protección (“sanción”) por el derecho. Todo ese mundo de nuevos negocios y convenios surgidos en una comunidad expandida y abierta, muy distante ya de aquella primitiva ciudad-estado de economía esencialmente agrícola, cerrada en sí misma, de la época quiritaria, es amparado por el ordenamiento romano, lo cual significa en otras palabras que se disciplina por la *norma jurídica* la realización y los efectos de los nuevos negocios realizados por los particulares en la nueva sociedad clásica, concediéndoles a éstos la posibilidad de reclamar ante la justicia romana en virtud de “*actiones*” (personales) si los deberes y compromisos que fluyen de esa multiplicidad de convenios y transacciones provocan conflictos de intereses entre los que en ellos han participado: entre un mandante y un mandatario que no ha cumplido el encargo; entre un arrendador y un arrendatario que no paga la renta convenida; entre un socio y otro que han formado una “*societas*” y que no cumple con los estatutos sociales, etcétera. Todos, conflictos que se producen, en esencia, por el *compromiso no cumplido*, compromiso que ya no está solamente en el plano moral: por la tutela concedida por el pretor —más precisamente por la *actio* creada al efecto— se ha elevado el deber o compromiso contraído en el plano puramente moral, al plano jurídico, a la esfera del *derecho*. Es por tanto, tal deber, una “*obligatio*”.

C. Delito y “obligatio”

También hacia fines de la era republicana, se produce otra importante evolución: la idea de *obligatio* se extiende de las obligaciones contractuales a aquellas provenientes de delito.¹⁶

Esta evolución tuvo en verdad sus propios caminos. El delito privado, esto es, aquel cuya sanción depende de la iniciativa del ofendido, era objeto, en sus orígenes, de una venganza ejecutada en la persona del ofensor. Sólo después se evitó la venganza con el pago de dinero a título de “*composición*” o *indemnización*. La indemnización fue a su vez, en un primer tiempo, convencional, esto es, dejada al libre acuerdo entre

¹⁶ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 287 y ss.

ofensor y ofendido. Pero la evolución sigue, y en una siguiente fase la indemnización fue legal, esto es, impuesta por el Estado, ya sea que fuera determinado *a priori* el monto a pagar, ya sea que la determinación correspondiese al juez (*arbiter*).¹⁷

Legalizado el sistema de indemnización pecuniaria o “composición”, la situación del delincuente vino a coincidir con aquella de quien había contraído una deuda: “a la *obligatio ex contractu* (obligación nacida de contrato) se yuxtapone la *obligatio ex delicto* (obligación nacida de delito).

En todo caso, la subsunción de las obligaciones nacidas de contrato y de delito bajo el nombre común de “*obligatio*” son el resultado de un esfuerzo del pensamiento de la jurisprudencia clásica de avanzada, y ello resulta evidente —entre otros factores— a propósito “de la posición que las obligaciones nacidas de delito ocupan en el sistema gayano: de ellas se habla solamente en el apéndice (de las *Institutas*) después que la obligación ha sido estudiada en sus fuentes, en sus efectos, en sus modos de extinción, con exclusiva referencia a las obligaciones contractuales”.¹⁸

El ilustre romanista Bonfante —para quien el origen histórico de la obligación romana se halla en la responsabilidad penal— entiende que, en todo caso, el momento culminante de la transformación de la obligación penal en patrimonial está representado por la *lex poetelia papiria*, cuyos alcances hemos ya observado en el ámbito contractual.

Los mismos efectos producirá en el ámbito delictual desde el punto de vista civil: la obligación de indemnizar, generada por el delito, no deberá satisfacerse en el *corpus* del delincuente sino en sus bienes.¹⁹ Desde entonces, si el delincuente ha de sufrir una pena corporal, además de su responsabilidad patrimonial, tal expiación será consecuencia de haberse subsumido algún antiguo tipo o figura de *delicto* (privado) en la zona de los “*crimina*” lesivos al interés de la colectividad toda y que dan lugar a una pena corporal aplicada por el Estado (pena pública).²⁰

El acontecer jurídico suscitadamente expuesto, es históricamente la base que sustenta el nacimiento de un “derecho de obligaciones” disciplinador o regulador de la diversidad de deberes y compromisos que resultan de contratos, pactos y otras diversas relaciones de orden pa-

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibid.*, p. 288.

¹⁹ Bonfante, P., *Instituciones de derecho romano*, citado, pp. 376-377.

²⁰ Argüello, *op. cit.*

rimonial que surgen en la vida romano clásica, incluidos los actos ilícitos, como el delito.

Preciso es recordar aquí, que tal regulación no se hizo en la era clásica —esencialmente— por vía legislativa. Sabemos ya que el derecho romano clásico se desarrolla más por vía jurisprudencial —teórica y práctica— que por ley. Es por ello que el *negocio lícito* realizado por el ciudadano (o por ciudadanos y peregrinos) será un negocio “*jurídico*” en la sociedad romanoclásica cuando la jurisprudencia le dispense su atención y protección. Más derechamente: cuando el pretor conceda al reclamante una acción (*actio*) que le permita obtener ante el *iudex privatus* (juez) el reconocimiento de su derecho y el consecuencial apremio al incumplidor.

Lo mismo sucederá con relación a los hechos considerados ilícitos por el pretor, y que de modo similar a los antiguos “*delicta*”, sancione con una “*actio*” destinada a la obtención de una reparación patrimonial.

Recordemos también que esta labor, el Estado romano la cumple mediante sus órganos encargados de administrar justicia (pretores), pero ayudado con la inapreciable colaboración de los ciudadanos versados en la *iurisprudentia*, arte de emitir respuestas o criterios de solución ante los conflictos de intereses que le son propuestos (respuesta u opinión de los jurisconsultos o jurisprudentes).

La elaboración de los criterios jurisprudenciales encontrará, en definitiva, su concreción en una *actio*, manifestación jurídica que no expresa el derecho en estado de pacífico goce sino de dinámica controversia, surgida con ocasión de alguna forma de incumplimiento de la “*obligatio*”.

No es indiferente que el derecho romano se haya desarrollado en sus aspectos medulares, y particularmente en el ámbito obligacional, más por vía jurisprudencial que legislativa: el resultado fue un ordenamiento íntimamente vinculado con su realidad espacio-temporal, congruente con la vida de la época.

No obstante, no debemos perder de vista que la esencia de tales principios y criterios de solución que tuvieron —atendida la “*forma mentis*” romanoclásica— una primera presencia jurisprudencial, se desplazaron en el devenir jurídico romano desde el ámbito propiamente jurisprudencial al legislativo; los criterios de solución ínsitos en la respuesta del jurisprudente y en el edicto del magistrado pasan a ser, en la evolución milenaria del derecho romano, contenido de otras expresiones formales del derecho, siendo su última “envoltura” la ley. En particular sabemos, con ocasión del trabajo legislativo de Justiniano, que se recopilan y

“legalizan” tales principios y criterios propios del derecho privado patrimonial cuyo primer origen fue jurisprudencial, sin perjuicio, desde luego, de otros antecedentes ordenadores de los contenidos jurisprudenciales anteriores a Justiniano como es el caso de la Ley de Citas de Teodosio II y Valentiniano III (año 426 d. C.).

SEGUNDA PARTE. Las obligaciones

II. Clasificación de las obligaciones	129
1. Según sus fuentes. Obligaciones nacidas de contrato, de delito o de otras varias figuras causales (<i>variae causarum figurae</i>)	129
2. Clasificación de las obligaciones atendiendo a su eficacia	131
A. Civiles y naturales	131
B. Civiles y honorarias	133
3. Las obligaciones según su objeto	134
A. Dare	134
B. Facere	136
C. Praestare	136
D. Otras divisiones según su objeto	136
4. Clasificación de las obligaciones según si están o no sujetas a modalidad	142
A. Otras modalidades distintas de la condición: el plazo y el modo	143
5. Las obligaciones desde el punto de vista de los sujetos vinculados	144
A. De sujeto variable o “ambulatorias”	144
B. Obligaciones con pluralidad de sujetos	144
C. Obligaciones contraídas en favor de terceros	149
D. Obligaciones estipuladas a cargo de terceros	149

II. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

I. SEGÚN SUS FUENTES. OBLIGACIONES NACIDAS DE CONTRATO, DE DELITO O DE OTRAS VARIAS FIGURAS CAUSALES (VARIÆ CAUSARUM FIGURÆ)

Cuando estudiamos los derechos reales, observamos que éstos nacen a consecuencia de ciertos hechos que el ordenamiento romano considera idóneos para configurar una titularidad real, sea de dueño, de usufructuario, etcétera. La romanística moderna los denomina "modos de adquirir" aunque las fuentes romanas no utilizan dicho término, y sólo distinguen entre aquellos actos en cuya virtud "la propiedad se puede transferir, ya por el derecho natural, como sucede con la *traditio*, ya por el derecho civil, como en efecto ocurre con la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *usucapio*" según señala Gayo en *Institutas*, II, 65.

En el ámbito obligacional, también existen determinados hechos jurídicos a los cuales —específicamente— el ordenamiento romano atribuye la fuerza o eficacia de hacer nacer obligaciones. Se llaman causas de las obligaciones (*causae obligationes*) y en la terminología moderna "fuentes de las obligaciones". La piedra angular en este punto se encuentra en *Institutas* de Gayo, III, 88, cuando, a modo de invitación al tema señala textualmente: "Y ahora, pasemos a las obligaciones, cuya división fundamental se reduce a dos especies, pues toda obligación, o nace de un contrato o nace de un delito" ("*obligatio ex contractu nascitur. . . ex delicto nascitur*").

Ahora bien; en cuanto al desarrollo de esta idea fundamental digamos desde ya que su fase epigonal se encuentra en las *Instituciones* de Justiniano, que amplía la original y clásica bipartición gayana (contrato, delito) a una cuadripartición: "Las obligaciones o nacen de un contrato o de un cuasi contrato o de un delito o de un cuasi delito" ("*Sequens divisio in quator species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio*") (*Instituciones*, 3, 13, 2).

En la doctrina romanística, no hay uniformidad acerca de los aspectos evolutivos que condujeron a la cuadripartición justiniana.

En sí, la clasificación bipartita de Gayo había resultado insuficiente porque marginaba una serie de hechos generadores de obligaciones que no podían encajar en la categoría de los contratos, sustancialmente por falta de acuerdo o *convenio* entre los sujetos que resultaban obligados; tampoco podían subsumirse en la categoría de los delitos aquellos hechos ilícitos que el tradicional *ius civile* no catalogaba como tales, aun cuando hubieren tenido en la era clásica sanción pretoria; para Gayo, en sus *Institutas*, esta circunstancia no fue suficiente para “ampliar” el catálogo.

Una parte de la doctrina romanista estima, no obstante, que el mismo Gayo, en una obra suya ulterior a las *Institutas* conocida como *Res cottidiane* le añade a su primera división bipartita una tercera fuente, compleja y difusa: las “varias figuras causales” (de obligaciones): “*Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex varii causarum figuris*”, recogido en *Digesto*, 44, 7, 1.

Si bien la investigación romanística de esta segunda mitad del siglo xx ha demostrado que este agregado no es atribuible a Gayo sino a un jurista (indeterminado) del periodo posclásico, autor de una nueva versión de sus *Institutas* denominadas *Res cottidiane*,²¹ lo cierto es que de todos modos, quienquiera que fuere su autor, la división tripartita de las fuentes de las obligaciones (contrato, delito y varias figuras causales) influyó decididamente en la compilación de Justiniano. Los compiladores bizantinos en el ámbito de las *variae causarum figuris* insertaron todos aquellos actos y hechos *lícitos* generadores de obligaciones que en común tenían el solo carácter negativo de no ser contratos por *no ser acuerdos de voluntades (conventiones)* y los denominaron en conjunto bajo el rótulo de “*quasi ex contractus*”, es decir, hechos productivos de obligaciones que nacen “como de contrato”.²² Nuestro lenguaje jurídico los llama “cuasicontratos”.

También en el ámbito de las *variae causarum figuris*, los compiladores bizantinos insertaron todos aquellos hechos *ilícitos* que por vía pretoriana habían sido sancionados con una *actio* que obligaba a su autor a pagar una pena pecuniaria; hechos ilícitos que hasta entonces no habían sido considerados en el tradicional catálogo de los “*delictos o maleficii*”.

Desde un punto de vista general, y considerando los caracteres esenciales del contrato y del delito perfilados en la fase posclásica justiniana, es del máximo interés anotar lo investigado por el insigne roma-

²¹ Iglesias, *op. cit.*, p. 398.

²² Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 294.

nista Emilio Albertario,²³ quien afirma que en esta etapa epigonal, se generalizó y distinguió en forma clara y separada el concepto del contrato y del delito “poniendo como elemento esencial del primero el acuerdo de los contratantes y como elemento esencial del segundo el *dolo del culpable*”.

Señala enseguida que en la referida etapa evolutiva, se colocó el “cuasicontrato” cerca del contrato “para indicar con la nueva terminología (que sustituye la compleja de ‘varias figuras causales’) los actos lícitos productivos de obligaciones en los cuales falta el consentimiento o acuerdo de las partes (*conventio*); y se colocó el ‘cuasidelito’ cerca del delito, para indicar con la nueva terminología los *actos ilícitos culpables*”.²⁴

2. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ATENDIENDO A SU EFICACIA

A. Civiles y naturales

Obligación civil es aquella que está amparada por una acción, la que permite al acreedor reclamar judicialmente, en caso necesario, del eventual incumplimiento del deudor.

Obligación natural, en cambio, es aquella que no otorga acción alguna al acreedor para exigir su cumplimiento. No obstante, tiene un amparo jurídico que podría calificarse de limitado o parcial: en caso de cumplimiento voluntario de la obligación por el deudor natural, permite al acreedor de esta misma especie retener el pago o *solutio* en caso que después, el deudor, quisiera obtener restitución, alegando que no estaba civilmente obligado.

En términos procesales, ante la acción personal interpuesta por el deudor para obtener devolución alegando pago de lo no debido (*con-*

²³ Albertario, Emilio, *Studi di diritto romano*, volume terzo, “Obbligazioni”, Milano, Giuffrè, 1936, p. 98.

²⁴ La opinión de Albertario no coincide con la de Arangio-Ruiz particularmente en la distinción *delito-cuasidelito*. Señala que en el derecho justiniano, no se alcanzó a cualificar el delito como acto doloso (intencional) y al cuasidelito como acto culpable (derivante de negligencia), pues *v. gr.* el *damnum iniuria datum* está comprendido claramente entre los delitos y se funda en el daño causado culpablemente en una cosa ajena. Y todo ello, aun cuando —reconoce— existió una tendencia entre los compiladores justinianos orientada a la identificación delito-dolo y cuasidelito-culpa. Para Arangio-Ruiz, en esencia, el *quasi ex delicto* es el hecho ilícito tutelado por una acción pretoria y no por la antigua corriente del *ius civile*, es decir, su existencia se aferra a una cuestión de carácter histórico y no a una específica diferencia estructural con el *delicto*. *Cfr.*, Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 295.

dictio indebiti) el acreedor le opone una *excepción* o defensa que le permite retener el pago (*solutio retentio*).

El origen de esta institución se encuentra en la era romanoclásica, donde ciertas personas sometidas a potestad como los *filii familias* y los *servi*, no obstante su falta de capacidad para realizar por sí y para sí negocios jurídicos, solían de hecho hacerlo con terceras personas; por ejemplo un mutuo, una compraventa.²⁵

En tal caso, el ordenamiento romano clásico entiende que estos contratos no generan precisamente *obligationes*, sino tan sólo *deberes naturales* o morales, admitiendo el principio de que tal especie de relación crediticia no es tutelable por una *actio*.

Atendida la incapacidad de las personas sometidas a potestad, es nula toda acción dirigida en su contra ("*nulla actio est*")²⁶ lo cual puede interpretarse como una medida de protección dirigida en beneficio de quienes no están habilitados por el derecho para ser *debitores* atendida su sujeción a la potestad del *pater* o bien del *dominus*.

Lo expuesto, desde luego, atañe a la protección que dispensa el derecho romano clásico a la parte deudora en las referidas circunstancias. Pero todo esto exige, para la otra parte, o sea el *creditor*, una reciprocidad que restablezca el equilibrio del criterio de solución. Y tal equilibrio se obtiene permitiendo al acreedor retener lo que voluntariamente le hayan pagado las personas sometidas a potestad, oponiendo en caso necesario, la *solutio retentio* antes referida.

Además de las obligaciones contraídas por personas incapaces, en concepto del romanista Bonfante son también *naturales* las obligaciones del *ius civile* extinguidas por la prescripción, esto es, no reclamadas judicialmente, en caso de incumplimiento, dentro del plazo que el ordenamiento jurídico otorga al acreedor para hacerlo.²⁷

También se incluyen en la categoría de obligaciones naturales, aquellas que proceden de negocios a los que faltan las solemnidades o formas del *ius civile*, esto es, en el concepto comúnmente entendido "cualquier acuerdo no formal".²⁸ "El acuerdo puro y simple es decir, el *pactum*, se caracteriza esencialmente por su eficacia procesal negativa, y bajo esta consideración es puesto de relieve, las más de las veces, por los juristas. Afirmase que '*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*'; también se dice que '*ex nudo pacto actio non nascitur*'.

²⁵ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 411.

²⁶ Di Marzo, *op. cit.*, p. 227.

²⁷ Bonfante, *op. cit.*, p. 402.

²⁸ Iglesias, *op. cit.*, p. 457.

Justamente así, en estos términos, se contraponen el *nudum pactum*, incapaz de producir acción, a la *stipulatio*,²⁹ forma contractual típicamente productiva de obligaciones civiles provistas por tanto de *actio*.

Bajo Justiniano, se busca identificar la esencia de la obligación natural con el *ius naturale* (derecho natural), entendido como el conjunto de principios "siempre buenos y equitativos" (*ius semper aequum ac bonum*). Albertario, citando a Perozzi, explica que allí se encuentra la razón del tratamiento justiniano de la obligación natural, que resulta tutelada casi como *obligatio civilis*, salvo la carencia de acción: "Para Justiniano la obligación natural no era una *nulla obligatio* como era para los clásicos la obligación servil, sino una obligación que tenía existencia efectiva, si bien frente al ámbito natural.

"Es por ello que él creyó procedente atribuir a la obligación natural todos los efectos propios de una obligación civil, salvo... la *actio*. De allí entonces que Justiniano haya establecido que cualquier obligación natural puede ser *novada* (cambiarse a obligación civil por el acto de la 'novación' cuyos alcances generales luego observaremos); puede también oponerse en compensación a un crédito civil, o bien *garantizarse* con una fianza o con una prenda".³⁰

También en el derecho de Justiniano se reconocen ciertos tipos de deberes identificados como "obligaciones naturales impropias" que no se fundan tanto en un "*ius naturale*" como en motivos religiosos. Tales obligaciones tienen un tratamiento similar a las propiamente naturales, pero su causa no tiene asidero en un *ius* (ni natural ni menos civil) sino en la piedad (*pietas*) u otro principio religioso: *v. gr.* la prestación de alimentos, cuando no se está jurídicamente obligado a prestarlos. Si son suministrados *pietatis causa* no se puede pedir después su devolución.³¹

B. Civiles y honorarias

Se trata de obligaciones que están ambas provistas de acción. Su distinción se funda en atención a los órganos de que deriva su sanción o tutela. Así, las civiles "eran las obligaciones establecidas por los órganos legislativos del pueblo romano".³² Las *honorarias* o *pretorias* aque-

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Albertario, *op. cit.*, volume terzo, "Obbligazioni", y también, del mismo autor, *Corso di diritto romano*, "Le obbligazioni", Milano, Giuffrè, 1947, pp. 110-112.

³¹ Bonfante, *op. cit.*, p. 404, e Iglesias, *op. cit.*, p. 396.

³² Bonfante, *op. cit.*, p. 397.

llas introducidas poco a poco por el pretor".³³ Si bien este distingo tuvo significativa trascendencia en la era clásica, bajo Justiniano sólo tiene una mera importancia histórica.

3. LAS OBLIGACIONES SEGÚN SU OBJETO

El contenido de la obligación, entendido como el compromiso o deber del deudor de realizar un hecho en favor del acreedor (a consecuencia de haberse configurado una causa o "fuente" de obligación como un contrato o un delito), podía tener diferentes objetivos.

Así, contenido u objeto de la obligación podía ser un "*dare*", un "*facere*" o un "*praestare*" (Gayo, *Institutas*, IV, 2).

A. *Dare*

Con este término, *dare*, la jurisprudencia romanoclásica identifica una especie muy particular de obligación: aquella que tiene por objeto transferir al acreedor la *propiedad civil* de una cosa corporal u otro derecho real reconocido también por el *ius civile*, como un usufructo.

Así, el donante se obliga a *dar* en propiedad la cosa al donatario; también se obliga así quien debe *dar* una cosa por causa de dote, etcétera. La donación, la dote —entre otras— constituyen actos lícitos de naturaleza contractual, que la doctrina moderna ha denominado "*títulos traslaticios*",³⁴ pues causan o generan la obligación de transferir la propiedad de una cosa, obligación que al ser *cumplida*, configura el modo de transferir (o de "adquirir") denominado "*traditio*".

En estas especies contractuales orientadas a la transferencia de derechos reales, y que según hemos observado se denominan "justas causas" por la jurisprudencia clásica y, modernamente, "justos títulos",³⁵ la pretensión u objetivo jurídico de las partes es transferir, adquirir, correlativamente, la cosa corporal. Y teniendo presente a ese fin, el ordenamiento jurídico le atribuye a tales actos la fuerza de servir de *causa* o fundamento a una transferencia, negocios en cuya esencia, el acuerdo

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Vid., supra*, pp. 46-47. *Vid.*, también el opúsculo "*Contrato y titularidad real*" del mismo autor, expuesto en el curso de posgrado "La contratación", en octubre-noviembre de 1983 en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso.

³⁵ *Ibidem*.

de voluntades lleva implícito el *animus* de transferir (y de adquirir) el que encontrará su concreción en la *consecuencial* entrega de la cosa hecha por el *debitor* (digamos un donante), al acreedor donativo. (Para obligarse a dar alguna cosa a título de donación, en el derecho clásico era menester recurrir a la formalidad de la *stipulatio*. En el derecho justinianeo bastaba el simple pacto.) De modo que el acto de cumplimiento de la deuda contraída, si se ha generado en un negocio "traslaticio", se identifica con la *traditio*.

En esencia y en ese caso son, pues, una misma cosa, la *traditio* y el cumplimiento de la obligación de "*dare*" nacida de "*justa causa*".³⁶

De modo que quien *da* lo que se obligó a "*dare*" transfiere el dominio de la cosa (u otro derecho real según sea el negocio jurídico de que se trata, *v. gr.*, un usufructo) y además, con ello se libera de su condición de deudor. Este efecto normal del cumplimiento de la obligación de dar sólo se frustrará cuando el deudor *da* una cosa que no le pertenece, pues "nadie puede transferir a otro más derechos que los que tiene" ("*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*") Ulpiano, *Digesto*, 50, 17, 54.

Deliberadamente, no hemos ejemplificado como "*dare*" la obligación contraída en la compraventa por el vendedor. A todas luces aparece como una omisión. Pero en verdad, los jurisconsultos insisten en la Roma clásica, con singular energía, en excluir al vendedor como obligado a transferir la propiedad de la cosa. Incluso niegan el carácter de venta a una convención en la cual se haya obligado expresamente el vendedor a transferirla (*Cfr.*, Celso, *Digesto*, 12, 4, 16). La obligación del vendedor es más bien la de conferirle al comprador *la posesión*, y de asumir *con un contrato aparte* ("*estipulación*") la obligación de asistirlo y eventualmente indemnizarlo en caso que un tercero extraño a la compraventa reivindique con éxito la cosa de manos del comprador ("*evicción*"). En consecuencia la venta de cosa ajena *vale* en derecho romano.³⁷

Por singular que parezca, la explicación de este régimen no es difícil. La venta es un contrato del *ius gentium*, nacido de relaciones entre comerciantes romanos y peregrinos; ahora bien, a estos últimos no eran accesibles los actos solemnes requeridos en Roma para la transferencia de la propiedad sobre las *res mancipi*, y habían de contentarse entonces con recibir *la pacífica posesión de la cosa*. Y cuando el nuevo contrato fue acogido en las relaciones entre ciudadanos romanos, nada imponía

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 349-340.

mudar su estructura. En efecto, ellos, si querían, podían recurrir a sus actos solemnes (mancipatio, etcétera) con los cuales se transfería la propiedad y respondían si ello no ocurría (recordemos la *actio auctoritatis*);³⁸ no obstante, si recurrían a la compraventa consensual del *ius gentium* y a la sucesiva *traditio*, la usucapión servía para la rápida adquisición de la propiedad”.³⁹

En síntesis, la obligación del vendedor en la compraventa romano-clásica no tiene por objeto transferir el dominio; por tanto, *strictu sensu* su obligación no es un “*dare*”.

B. *Facere*

Las obligaciones cuyo contenido es *facere*, tienen por objeto cualquier conducta distinta del *dare*, como es el caso de quien se obliga a entregar una cosa pero sin el deber de transferir el dominio.⁴⁰ Caso típico es el del arrendador que entrega la cosa al arrendatario sin transferirle derecho real alguno sobre la cosa. Considerando lo expuesto sobre la estructura de la compraventa consensual romano-clásica, la obligación del vendedor también cabe en la categoría de “*facere*”.

C. *Praestare*

Con el término *praestare* se suele significar el contenido u objeto de la obligación *de modo general*. Para De Francisci, “con *praestare* se indican tanto el *dare* cuanto el *facere*”.⁴¹ Tiene también este término “el significado de constituir una garantía (inclusive en el lenguaje moderno: *prestar una fianza*)”.⁴²

D. *Otras divisiones según su objeto*

a) Posibles o imposibles

En el momento mismo en que la obligación era contraída, la prestación debía ser *posible*. “Si era imposible física o jurídicamente, la obli-

³⁸ *Vid., supra*, p. 52.

³⁹ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 340.

⁴⁰ Samper, *op. cit.*, p. 268.

⁴¹ De Francisci, *op. cit.*, p. 338.

⁴² Samper, *op. cit.*, p. 268.

gación era nula, como en el caso de la compraventa de una casa ya destruida o de una cosa sagrada".⁴³ Paulo, en *Comentarios a Plaucio*, libro V, expresa: "Compré una casa, ignorando tanto yo como el vendedor que se había quemado; dicen Nerva, Sabino y Cassio, que no se vendió nada..." (recogido en *Digesto*, 18, 1, 57). Gayo, en *Institutas*, III, 97, indica: "Si la cosa que hemos estipulado dar es de tal naturaleza que no pueda ser dada, la *'stipulatio'* es inútil, como si por ejemplo alguno estipulase dar... un lugar sagrado o religioso del cual pensaba que era de derecho humano (*humani iuris*)".⁴⁴

La prestación, además, no debía ser prohibida por el derecho ni ser contra las buenas costumbres (*contra bonos mores*). Dice Paulo: "respecto a lo que las leyes prohíben que se haga... deja de haber obligación", en *Digesto*, 45, 135, 1. Ahora bien, contraria a las buenas costumbres no es la prestación en sí, sino el fin por el cual ella se prometía; así lo señala Paulo, con relación a la obligación contraída por uno de propugnar el matrimonio entre dos personas bajo pena pecuniaria si no lo lograba. Respondió Paulo "que al que ejercita la acción en virtud de una tal estipulación se exponía, como quiera que no habría sido interpuesta conforme a las buenas costumbres, y le habría de obstar la excepción de dolo malo, porque se consideró deshonesto que los matrimonios, o futuros, o ya contraídos, fuesen ligados con el vínculo de una pena" (*Digesto*, 45, 1, 134).

b) Determinantes e indeterminadas

El objeto de la obligación debía ser determinado o al menos, establecer los elementos objetivos para su determinación. Esto no sólo podían hacerlo las partes vinculadas; también se consentía que la determinación del objeto o prestación fuese dejada a la decisión de un tercero. No se permitía, eso sí, dejar la determinación del objeto a la sola voluntad del deudor o del acreedor (*Digesto*, 45, 1, 108, 1), aunque, excepcionalmente se admitía que una sola de las partes lo hiciera invocando criterios de equidad o "arbitrios de hombre bueno", como señala Pomponio en *Digesto*, 17, 2, 6.

⁴³ Di Marzo, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁴ Si la imposibilidad era relativa a la persona del deudor, la obligación se contraía válidamente, como en el caso que alguno hubiere prometido una cosa, de la cual él no tenía el *commercium*, mientras el *creditor* lo tenía... si alguno prometiera aquella (cosa) cuyo comercio no tiene, esto le perjudica a él y no a mí" (Ulpiano, en *Digesto*, 45, 1, 34).

c) Carácter patrimonial de la prestación

Normalmente se entiende que el objeto de la obligación debe tener un contenido pecuniario, en particular si se considera que el ordenamiento jurídico —en caso de incumplimiento— busca asegurar al *creditor* el *interés pecuniario* que para él representaba la obligación si se hubiere cumplido íntegra y oportunamente.⁴⁵

d) Obligaciones divisibles e indivisibles

Una obligación es divisible cuando puede ser *cumplida por partes iguales*, mediante la división o fraccionamiento del objeto o prestación total en varias porciones o fracciones menores, pero de igual contenido y valor proporcional.

Será indivisible cuando tal cumplimiento por partes iguales no sea posible.

La clasificación de las obligaciones en divisibles o indivisibles tuvo especial trascendencia en caso que hubiere varios acreedores o deudores de una misma obligación, lo que ordinariamente ocurría en caso de herencia y en relación a la posibilidad de fraccionar los créditos y las deudas entre varios coherederos.

Así, en caso de que tres herederos debían pagar una deuda hereditaria consistente en una suma de dinero como, *v. gr.*, 600 sextercios, la obligación era divisible, y cada uno de ellos se liberaba cumpliendo *pro parte* la prestación, es decir, pagando 200 sextercios; y en caso de que los *creditores* también fuesen varios, ninguno de ellos podía exigir al heredero más allá de su cuota en la deuda. Pero si la obligación era indivisible, como cuando los tres herederos debían pagar un legado consistente en constituir una servidumbre de paso en beneficio del predio vecino cualquiera de ellos podía ser requerido para el cumplimiento del total de la prestación debida: *la actio*,⁴⁶ se intenta "*in solidum*" en contra de cualquiera de los herederos, a raíz de que la servidumbre es un derecho que no puede dividirse: no puede fraccionarse la cosa (la parte del predio) sobre la que recae la servidumbre que tiene un destino considerado en su integridad (de paso, de acueducto); tampoco podría frag-

⁴⁵ Di Marzo, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁶ El legado en cuestión es *per damnationem*, en que se lega una cosa incorporal que sólo existirá si se cumple con la obligación de constituirla. Confiere al legatario un derecho de crédito, por virtud del cual en este caso puede pretender el "*dare*". Para ello dispone de una *actio in personam: la actio ex testamento*. *Vid.*, Iglesias, *op. cit.*, p. 682.

mentarse en cuotas ideales el derecho mismo de servidumbre. En caso de reclamación, Arangio-Ruiz explica que “el proceso no podría encauzarse acerca de la existencia de un cuarto o de un tercio de la servidumbre, sino siempre, sobre toda ella entera”.⁴⁷

Como principio de carácter general, se puede afirmar que las obligaciones de “*dare*” son divisibles, salvo el caso de las servidumbres. Si la obligación consiste en transferir el dominio de una cosa, siempre existe la posibilidad de ceder en favor del acreedor una cuota de condominio, aunque la cosa corporal sea indivisible, como es el caso de una escultura en mármol. Y si la obligación consiste en transferir el dominio de cantidades fungibles, no hay obstáculo en dar fracciones de la cantidad total debida.

Las obligaciones de *facere* podían ser divisibles o indivisibles: si se trataba de una actividad uniforme, la obligación era divisible (como una labor ejecutada por días); pero la construcción de un *opus* (obra) por ejemplo un teatro, no era una prestación ejecutable por partes.⁴⁸

También las obligaciones de *non facere* podían ser divisibles o indivisibles según que la abstención parcial producía o no —proporcionalmente— su efecto.

Por último, cabe tener presente que el incumplimiento de lo debido —en el orden lícito civil— convertía en divisible la obligación, atendido que en tal caso el acreedor podía pedir *pro parte* a cada uno de los deudores el resarcimiento del daño expresado *pecuniariamente*.⁴⁹

e) De género y de especie o cuerpo cierto

Cuando el objeto de una obligación no se especifica en sus cualidades singulares o individuales para distinguirlo de otros de su misma categoría, la obligación es de género (*genus*). No obstante, aun así, debía determinarse a lo menos su cantidad, su número o bien su peso y —desde luego— su pertenencia en la vida práctica a una cierta categoría o *género*. Así a vía de ejemplo, dos arrobas de vino.

⁴⁷ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 228.

⁴⁸ Di Marzo, *op. cit.*, p. 195.

⁴⁹ Ulpiano, en *Comentarios al edicto*, libro XX, señala el principio de la *división por incumplimiento*: “...cuando estipulamos que se haga una cosa, conviene que se dé cierta cantidad (indemnizatoria), si no hubiere sido hecha, y que por lo tanto, también en este caso se dividía la estipulación (entiéndase prestación debida); y conforme con él dice Celso que se puede decir, que se ha de conceder la petición por la justa estimación del hecho (del hecho debido y no cumplido)”, (*Digesto*, 10, 2, 25, 9, interpolado, *Digesto*, 45, 1, 72 pr. interpolado).

En el derecho clásico la elección del objeto entre los varios del género, y su calidad, si nada se determinaba, pertenecía al deudor, quien podía cumplir dando cualquiera de las cosas comprendidas en el género. Si la elección se ha convenido la haga el acreedor, puede elegir que se le dé la calidad óptima. Bajo Justiniano el objeto elegido debe ser de calidad mediana (*mediae estimationis*) de modo que si nada se ha acordado al respecto, el deudor no se libera dando cosas pésimas del género previsto, ni el acreedor puede pretender la calidad óptima.⁵⁰

La extinción de las obligaciones genéricas por perecimiento fortuito fue concebida como imposible por los intérpretes, que formularon la regla "*la especie perece para quien se debe, el género no se concibe que perezca* (*species perit ei cui debetur, genus perire non consetur*). Pero esta regla no es en verdad aplicable para el caso de un género muy limitado, en el cual podía en realidad tener lugar la extinción de la obligación por perecimiento de todas las cosas comprendidas en el género".⁵¹

Cuando las obligaciones tenían por objeto una prestación que consistía en dar una cosa individualmente determinada, como tal inmueble, que tiene una señalada ubicación y deslindes, o tal objeto mueble, singularizado de manera que no exista duda alguna acerca de su identidad específica, se denominaban en las fuentes obligaciones de especies (*specie*) o también de cuerpo cierto (*corpora*).⁵² Esta clase de relaciones obligacionales tenían la característica de que si la cosa que constituía la prestación llegaba a perecer por caso fortuito, la obligación se extinguía por aplicación del principio la "*especie perece para quien se debe*" ("*species perit ei cui debetur*", *Instituciones* de Justiniano, 3, 23, 3).

f) Obligaciones alternativas y facultativas

Los jurisconsultos romanos no expresaron con un nombre determinado la obligación cuyo objeto no es único, sino varias cosas o prestaciones, de modo que dando o cumpliendo con cualquiera de ellas el deudor se libera. Fueron los intérpretes medievales del derecho romano que las llamaron "alternativas". En esta especie de obligación, la elección del objeto corresponde al deudor, quien podía cambiar su decisión

⁵⁰ Iglesias, *op. cit.*, p. 380.

⁵¹ Di Marzo, *op. cit.*, p. 193.

⁵² Ulpiano, *Digesto*, 30, 30. "...*ad corpora pertinent... non ad quae pondere, numero, mensura continentur...*".

antes de indicarla al acreedor. Ahora bien, el acreedor en virtud de disposición expresa, también podía elegir, pudiendo cambiar su decisión en el derecho clásico hasta antes de la contestación de la demanda, si se hubiere suscitado *litis*. En el derecho justiniano hasta antes de pedir judicialmente una de las cosas objeto de la obligación alternativa.

Si perecía por caso fortuito una de dos cosas alternativamente debidas o se hacía imposible una prestación, el deudor se liberaba dando la cosa que quedaba.

Diferentes de las alternativas eran las obligaciones "facultativas" pues en ellas *hay un objeto determinado que se debe*, aun cuando se confiere al deudor, *la facultad de pagar con otra cosa*, que no se entiende "*in obligatione*", es decir, no está en el contenido mismo de la obligación, sino en la sola esfera del cumplimiento o *solutio*. Por esta razón, si la cosa determinada "*in obligatione*" peca por caso fortuito, el deudor se libera de toda obligación (*Digesto*, 36, 2, 19).

g) Obligaciones con cláusula penal

La cláusula penal constituye una obligación accesoria a otra principal y su objeto es por lo general una suma de dinero. Nace a consecuencia de una promesa formal (*stipulatio penae*) de pagar la suma estipulada en concepto de pena para el caso de incumplimiento de la obligación principal. Puede también nacer de un simple pacto, cuando se añade a un contrato de buena fe.

Cabe precisar que normalmente se estableció la cláusula penal en las obligaciones de *hacer* y que la transformación de la obligación de realizar una determinada conducta, en obligación de pagar una suma de dinero a causa del incumplimiento tenía siempre lugar, por efecto del mecanismo procesal de la *condemnatio* pecuniaria. Pero la cláusula penal ofrecía la ventaja de eliminar, desde el momento de la formación del contrato, la incertidumbre acerca del monto de la indemnización que fijaría el juez (*litis estimatio*).⁵³ Por la obligación accesoria "*stipulatio penae*", eran las mismas partes las que fijaban de antemano la indemnización pecuniaria, procedente en caso de incumplimiento.⁵⁴

⁵³ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 404-405.

⁵⁴ En las *Instituciones* de Justiniano, 3, 15, 7: "y en tales estipulaciones será lo mejor agregar una pena, a fin de que no quede incierta la cuantía de la estipulación, y sea necesario al actor probar en cuanto le interese...".

4. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES SEGÚN SI ESTÁN O NO SUJETAS A MODALIDAD

Como principio de carácter general la obligación nacida de contrato genera de inmediato sus efectos. La voluntad de los contratantes es obtener de inmediato el beneficio que se persigue con su realización. Así, en una compraventa, el vendedor quiere normalmente el inmediato pago del precio. Se dice entonces que la obligación es pura y simple.

No obstante, estos efectos normales pueden no producirse pues las partes tienen autonomía para introducir al contrato determinadas cláusulas que modifican el efecto inmediato de la obligación. Así, pueden suspender el nacimiento de una determinada obligación mientras no suceda un hecho futuro e incierto. Así, si se conviene: "Te donaré cien si viene una nave de Asia", la obligación de donar queda en suspenso mientras no se verifica el hecho descrito. Verificado, *se cumple la condición* o hecho futuro e incierto considerado y se genera entonces la obligación de donar cien.

Hay otro tipo de condición que modernamente se denomina "resolutoria" y que produce la cesación o extinción de la obligación. Es la situación inversa de la suspensiva: "Te daré cien al mes hasta que llegue una nave de Asia". Verificado el hecho cesa o se extingue la obligación de dar cien al mes; se ha cumplido la condición que esta vez es "resolutoria" en el sentido que disuelve el negocio jurídico y extingue la obligación que generó desde un comienzo. Como podemos apreciar, en la suspensiva la obligación no nace hasta que se produce el hecho futuro e incierto considerado como condición (*condicio*). En la resolutoria, en cambio, la situación es precisamente inversa: la obligación, nacida desde que se formó la relación contractual, se extingue con el cumplimiento de la condición. Es preciso advertir que "el concepto romano de condición sólo se acerca al concepto moderno de condición suspensiva. Cuando se sentía la necesidad de establecer una condición resolutoria, el efecto práctico de la misma podía alcanzarse añadiendo al negocio principal, concebido puro —*pure*—, un pacto "*pactum adiectum*" (pacto agregado, unido a un contrato).⁵⁵

Particular interés tiene la "*lege-commisoria*" o "pacto comisorio" propio del contrato de compraventa del que trata el libro 18, título 3 del *Digesto*. Constituye en esencia una condición resolutoria, establecida

⁵⁵ Iglesias, *op. cit.*, p. 174.

en el contrato de compraventa cuando se estipula que "si no se hubiere pagado el precio hasta tal día" ("... *si ad diem pecunia solutum non sit*", *Digesto*, 18, 3, 2) quedará como no realizada la venta, esto es, se resolverá el contrato. Tratándose de un predio, el mismo texto indica "*ut fundus inemptus sit*" ("quede como no comprado el fundo").

Obsérvese que el pacto comisorio a diferencia de la condición resolutoria ordinaria, depende de un hecho futuro e incierto que es el *incumplimiento de la obligación* del comprador de pagar precio en la forma convenida. En la condición resolutoria ordinaria la condición no es el hecho futuro e incierto del incumplimiento sino otro cualquiera "externo" al cumplimiento del contrato.

El efecto del pacto comisorio es que, sucedido el incumplimiento, el vendedor dispone de una *actio in personam* para disolver o "resolver" la venta, aun cuando esta acción no tiene específicamente en derecho romano el calificativo de "resolutoria".

De modo genérico, Ulpiano en *Digesto* 18, 3, 4 explica que en tal caso procede la genérica acción de venta: "*Et quidem, finita est emptio... ex vendito actione competere*" ("Y verdaderamente se disolvió la compra... y compete la acción de venta").

A. Otras modalidades distintas de la condición: el plazo y el modo

Pueden también las partes introducir cláusulas que suspendan la ejecución de la obligación perfectamente nacida como sucede con el establecimiento de un *plazo o término*. En tal caso la obligación se "dilata o retrasa" mirando a su ejecución o cumplimiento. "A diferencia de la condición, el plazo o término presupone un hecho cierto, es decir un hecho que ocurrirá".⁵⁶

Otra variedad de cláusula accidental es el modo. Así, puede un testador establecer una carga o gravamen a la persona beneficiada con un legado, obligándolo a cumplir con una determinada prestación, *v. gr.*: dar una parte de lo recibido en beneficio de un tercero; *nace* así una *obligación modal*, que en el caso propuesto no surge de contrato sino de *quasi ex contractu* ("como de contrato" o, como se dice modernamente, de "cuasicontrato") como lo es la aceptación de una herencia o legado.

Todas estas cláusulas, contengan ya una condición, un plazo o un modo, reciben el nombre de "elementos accidentales del acto jurídico,

⁵⁶ Iglesias, *op. cit.*, p. 178.

pero es preciso tener muy en cuenta que, *una vez acordadas*, pasan a formar parte de su estructura esencial.

5. LAS OBLIGACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS SUJETOS VINCULADOS

A. De sujeto variable o "ambulatorias"

En el ámbito obligacional, la situación corriente es que el vínculo se establezca entre dos sujetos (acreedor y deudor) que se determinan desde un comienzo; son sujetos *fixos*. Sin embargo, las fuentes recogen algunas situaciones donde el obligado o bien el acreedor o ambos al mismo tiempo no figuran determinados en origen, siendo individualizados *a posteriori* atendidos ciertos hechos o circunstancias. Especialmente expresiva es la obligación que pesa sobre un heredero de dar o prestar algo en beneficio de personas (que serán los acreedores) cuya determinación el testador ha encomendado a un tercero (*Instituciones de Justiniano*, 2, 20, 25, 27). En cuanto a deudor indeterminado es ejemplo típico el del actual dueño de un animal que ha causado daño antes que lo adquiriera y que —no obstante— debe resarcir el daño. La regla es que la obligación atañe al *dominus* que tiene la propiedad del animal en el momento de intentar la *actio* el perjudicado (Gayo, *Institutas*, IV, 75-77).

Es precisamente en el ámbito del resarcimiento de daños por razones extracontractuales donde la terminología romana a este tipo de obligaciones las denomina "ambulatorias", "*cum capite ambulans*" (*Digesto*, 4, 5, 7, 1).

B. Obligaciones con pluralidad de sujetos

a) Obligaciones parciarias o pro parte

Si en una relación obligatoria intervienen *varios acreedores*, como cuando Mevio *debe* a Ticio, Flavio y Claudio 6 000 sextercios, *precio* de una finca que estos tres —coherederos de la misma— le vendieron; o bien cuando en la relación obligatoria intervienen *varios deudores* como sí, en el caso anterior, Mevio es el vendedor y Ticio, Flavio y Claudio los compradores; en ambas situaciones estamos frente a *obligaciones con pluralidad de sujetos*, activa en el primer ejemplo, pasiva en el segundo.

Ahora bien, se dice en las fuentes romanas que hay *obligatio plurium, pro parte* o, como se les calificó después, “obligaciones parciarias” cuando cada deudor debe y cada acreedor puede exigir sólo una parte —proporcional a su cuota— de la prestación total. Por tal razón se puede afirmar que en tales situaciones hay, en realidad, varias obligaciones autónomas que recaen sobre un objeto consistente en una fracción de la prestación total. En el primer ejemplo, Mevio debe a cada uno de sus tres acreedores, separadamente considerados la suma de 2 000 sextercios, de modo que cualquiera de ellos puede, independientemente de los demás, accionar en contra de Mevio para exigir la referida suma parcial.

Y en el segundo ejemplo, Ticio, Flavio y Claudio —ahora deudores del precio— pueden ser separadamente requeridos por Mevio por la suma parcial de 2 000 sextercios.

b) Obligaciones solidarias

Cuando existe siempre pluralidad de sujetos, acreedores o deudores como en los ejemplos puestos para el tipo de obligaciones parciarias, puede suceder, no obstante, que cualquiera de los acreedores o deudores puedan exigir o deban realizar la prestación íntegra, *el pago total*. En tal caso la obligación deja de ser *pro parte* y se habla entonces de *solidaridad*.

“Característica esencial de la obligación solidaria es la unidad de la relación: la obligación es *única*, porque única es la prestación. La pluralidad de los sujetos no niega en lo más mínimo tal concepto de unidad”.⁵⁷ Además, tal característica tiene claro fundamento en las fuentes. Dice Ulpiano en *Digesto*, 45, 2, 3, 1: “Cuando se constituyeron dos obligados, aun a uno de ellos *se puede pedir la totalidad* (in solidum obligatus), y se le puede pedir al uno o al otro... porque ciertamente siendo una la obligación es también *una la suma* (*una sit obligatio, una et summa est*), de suerte que si uno pagara se libren todos”.

Importante es destacar entonces que en este tipo de relación obligacional, el pago hecho a uno de los acreedores libera el deudor respecto de los restantes acreedores, y que el pago hecho por el deudor solidario libera —además— a los otros codeudores. Es decir, ejecutada una vez la obligación, ésta *se extingue*.

Motivos de variada índole van perfilando desde la era clásica el instituto de obligación solidaria, destacando en el ámbito contractual el propósito del acreedor de asegurar el cumplimiento de la deuda obli-

⁵⁷ Iglesias, *op. cit.*, p. 385.

gando a más de un deudor, indistintamente, por el total. Si bien en el frecuente contrato de mutuo la solidaridad no fue admitida en la era clásica, terminó siendo aceptada bajo Justiniano. Por su propia naturaleza, cuando se pacta solidaridad en el mutuo será, por lo común, *pasiva*, esto es, de una parte un acreedor y de otra, varios deudores solidarizando cada uno por el entero de la deuda.

En la era clásica, en los contratos en que se admitía el modo normal de establecer la solidaridad era mediante la formalidad de la *stipulatio*; no obstante, se admitió *pactarla* —sin *stipulatio*— en los contratos consensuales, como en la compraventa (ejemplo: varios compradores de una cosa se constituyen deudores solidarios del precio). Atendida la naturaleza del contrato de venta se dan en él normalmente tanto la solidaridad pasiva como la activa: la activa se compone de varios acreedores y un deudor, como cuando varios comuneros venden la cosa común a un solo comprador, estipulándose que éste puede pagar a cualquiera de los vendedores el precio total; habrá solidaridad pasiva en la compraventa cuando un solo vendedor, vende una cosa a varios compradores los cuales —aparte del hecho de formar un condominio o comunidad— acuerdan que serán codeudores solidarios para los efectos del pago del precio. En consecuencia, el vendedor podrá exigir el total del precio a cualquiera de los compradores. Sin el pacto de solidaridad, la obligación habría sido simplemente parciaria o “*pro parte*”.

La solidaridad, además de activa y pasiva, también puede ser *mixta*. Existe cuando hay pluralidad de sujetos tanto activos como pasivos. Por ejemplo, cuando una cosa que se tiene en copropiedad por tres condueños se vende por éstos a dos compradores y se pacta que cualquiera de los condueños vendedores (acreedores del precio) puede exigir, independientemente, el pago a cualquiera de los compradores (deudores del precio). Tal acuerdo implica constituir una solidaridad *mixta* pues la pluralidad de sujetos está tanto en la parte acreedora como deudora.

Además de los contratos, son también fuente de solidaridad el testamento y la ley.

El testamento es, a vía de ejemplo, fuente de solidaridad pasiva, cuando el testador ordena un legado *per damnationem*⁵⁸ imponiendo

⁵⁸ Tal tipo de disposición testamentaria *damna* (daña o disminuye) la porción del heredero, pues el legatario es sujeto distinto de los “*heres*”. Ahora bien, este legado es, además de aquellos que no transferían por el solo efecto del testamento, la propiedad de lo que se legaba. Sólo originaba un crédito contra los herederos que permitía interponer en contra de cualquiera de ellas la *actio in personam* “*ex testamento*” por el total de lo legado.

a varios coherederos el deber de dar una única y misma prestación en favor de un legatario.

La ley es fuente de solidaridad en el ámbito de los delitos. Bajo Justiniano, surge de los delitos cometidos por varios (solidaridad pasiva) o en caso que los ofendidos o dañados sean también varios (solidaridad activa).

En síntesis, las fuentes de la solidaridad en el ordenamiento romano son: el contrato, el testamento y la ley.

c) Relaciones internas entre codeudores

Si son varios los codeudores y, conforme los principios de la solidaridad pasiva, uno solo es exigido por el entero de la prestación y paga efectivamente el total de la deuda, es justo que pida a los demás reembolso en la parte que les corresponda. En otros términos, en la *relación interna* entre los codeudores solidarios, se forma una relación obligacional similar a la *pro parte*.

Pero este principio no se desarrolló en la era clásica con carácter general. Sólo se admitió acción de reembolso siempre y cuando existiera entre los codeudores una vinculación jurídica por causa de *societas*, *de comunidad o de mandato*. "Si, por ejemplo, los coobligados están unidos en sociedad, o tienen una herencia en común, o una propiedad indivisa, y contraen una deuda o responsabilidad por razón de tales situaciones, el deudor que pagó dispondrá de la *actio pro socio*, la *actio familiae erciscundae*, la *actio communi dividundo*".⁵⁹

Y si el deudor que pagaba era nada más que un mandatario de los codeudores para que realizara precisamente el pago, el mandatario podía ejercer contra los coobligados la *actio mandati contraria* para el reembolso de lo pagado.⁶⁰

No obstante, para aquellos casos en que no existen esas relaciones entre los sujetos coobligados se admitió, antes de extinguir la acción con el pago, desde luego, el *beneficio de la cesión de acciones* (*beneficium cedendarum actionum*) hecha por el acreedor al deudor que paga.⁶¹

En el derecho justiniano, existen claros fundamentos en las fuentes para estimar que el derecho de reembolso (o "acción de regreso") es admitida con carácter general.

⁵⁹ Iglesias, *op. cit.*, p. 387.

⁶⁰ Argüello, *op. cit.*, p. 306.

⁶¹ Bonfante, *op. cit.*, p. 392.

d) Relaciones internas entre coacreedores

Para el caso de coacreedores solidarios se aplican los mismos principios; esto es, cuando uno solo de ellos ha recibido la totalidad del pago, en la era clásica y en principio, los demás no tienen derecho a exigirle participación a menos que existan relaciones por causa de sociedad, comunidad o mandato.

Para los coacreedores la acción de reembolso adquiere también carácter general en el derecho de Justiniano.⁶²

e) Efectos del incumplimiento por los codeudores solidarios

Es preciso distinguir si alguno de los deudores por su culpa ha retardado nada más el cumplimiento o, en cambio, ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación. Pues bien, la mora o retardo en el pago imputable al deudor de uno solo de los coobligados no produce responsabilidad para el resto, pues se entiende que la mora perjudica a cada uno de ellos en forma independiente. En consecuencia, los demás que no han incurrido en mora no están obligados a indemnizarla.

Ahora bien, en caso que no sólo haya habido un retardo sino que además se haya hecho imposible el cumplimiento en la obligación y por culpa de uno solo de los codeudores solidarios, todos los coobligados responden, pues la responsabilidad individual sólo alcanza a la mora y en este caso, se trata de una prestación cuyo cumplimiento se ha hecho imposible.

Por último, en lo relativo a la extinción de las obligaciones solidarias, es preciso diferenciar los motivos que se relacionaban con el *objeto* de la prestación, de aquellas causas que atañen en forma exclusiva sólo a algunos sujetos. En la primera situación, ocurrida con ocasión del *pago* o de otra causa extintiva relacionada *con el objeto o prestación debida* (novación, pacto de no pedir la cosa, etcétera), desde luego que la obligación se extinguía para todos los deudores solidarios, pues resulta lógico que en la solidaridad las causas extintivas vinculadas con el objeto, liberen de la obligación a la totalidad de los codeudores.

Si en cambio, se presentaba alguna causa de extinción que es posible hacer valer solamente por la persona a quien beneficia, como el pacto de no pedir la prestación a determinada persona (*pactum de non petendo in personam*), sólo beneficiaba la extinción de la deuda al coobligado pertinente.⁶³

⁶² Bonfante, *op. cit.*, p. 393.

⁶³ Argüello, *op. cit.*, p. 307.

C. *Obligaciones contraídas en favor de terceros*

Entendida la *obligatio* como un vínculo entre dos sujetos (acreedor y deudor), en el ámbito contractual no se concibe —en la era clásica— estipular a favor de un tercero, es decir, a favor de un sujeto que es extraño al negocio jurídico que se está realizando entre sujetos presentes y cuya declaración de voluntad es concurrente y expresa. El objeto o prestación debida, no puede ser, por tanto, más que para el sujeto activo (acreedor) estipulante. La fórmula clásica es irredarguible: *inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur* [entre estipulante (acreedor) y prominente (deudor) se contrae el negocio (jurídico)].

Dice Schulz: “Los autores modernos, acostumbrados largamente al concepto de ‘contrato en favor (en beneficio) de una tercera persona’, se preguntaban si tal contrato fue válido en derecho romano y, en caso afirmativo, con qué extensión lo fue. El concepto general de estos contratos comprensivos de casos muy heterogéneos fue desconocido de los juristas clásicos.”⁶⁴

Bonfante confirma: “Los contratos a favor de terceros son en principio nulos. *Alteri stipulari nemo potest* (No se puede estipular para otros). El fundamento de la obligatoriedad del *contractus* era más bien el *negotium* o la *causa* (la forma externa) más que la voluntad.”⁶⁵

Pero el derecho romano es un ordenamiento en evolución, y en la época de Justiniano, aun cuando restrictivamente referida a situaciones específicas, se admite la estipulación en favor de terceras personas. Entre estos casos puede mencionarse el del arrendador que, habiendo dado en arrendamiento un predio, después lo vende pero pacta con el comprador que respetará al arrendatario (*Código de Justiniano*, 4, 65, 9). También el caso del comodante (en que presta una especie o cuerpo cierto) ajeno; en estipulación a favor de otro, se hace prometer del comodatorio que le restituirá la cosa al propietario (*Código*, 3, 42, 8, 1).

Lo esencial de todo esto es que, en su caso, el reconocimiento de la estipulación en favor de otro le confiere al tercero *acción* para pedir el cumplimiento de la prestación estipulada en su favor.

D. *Obligaciones estipuladas a cargo de terceros*

El principio clásico dominante respecto de la estipulación en favor de otro, es igualmente válido respecto de una estipulación a cargo de

⁶⁴ Schulz, *op. cit.*, p. 465.

⁶⁵ Bonfante, *op. cit.*, p. 465.

tercera persona. Los términos del contrato verbal —*stipulatio*— sólo permiten prometer un hecho propio, y no el hecho de una persona extraña: Ticio promete a Flavio que otra persona (Mevio) le dará cien áureos; tal estipulación es nula.

Igualmente, se observa una evolución positiva hacia la admisión de este pacto en la legislación de Justiniano. En sus *Instituciones* (3, 19, 3) se establece que si el promitente hubiera ofrecido que otro dará o hará alguna cosa, no quedará obligado; no obstante se obligará el tercero si el promitente estipula que él personalmente procurará que aquél cumpla. Particularmente en las obligaciones de buena fe (no formales) se entiende que hay “un acto querido por un contratante, quien es, por último, el que *promete un hecho propio de procurar que otro haga*”.⁶⁶

⁶⁶ Iglesias, *op. cit.*, p. 391

SEGUNDA PARTE. Las obligaciones

III. Efectos de las obligaciones	151
1. Cumplimiento de las obligaciones. El pago, efecto normal	151
2. Incumplimiento de las obligaciones	152
A. Caso fortuito (y fuerza mayor)	153
B. El dolo	154
C. La culpa	155
3. La mora	157
4. Efectos del incumplimiento por culpa o dolo del deudor. Modificación de la obligación. La indemnización por perjuicios	161
A. Proceso civil en que se reclama la prestación que to- davía es posible	162
B. Proceso civil en que se reclama la prestación que se ha hecho imposible	163

III. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

1. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. EL PAGO, EFECTO NORMAL

Concebida la *obligatio* como un compromiso o *deber* jurídico de dar, prestar o hacer alguna cosa en favor de otro, en el seno de una sociedad inspirada en los conceptos de la *bona fides*, su efecto normal y necesario será su cumplimiento, particularmente cuando la obligación proviene de un hecho lícito como un contrato. El desarrollo más acusado de esta parte del derecho de crédito, desde la era clásica romana hasta su culminación justiniana, incide precisamente, con mayor intensidad, en la esfera de las *relaciones contractuales*.

El cumplimiento o ejecución normal, es decir, congruente con el objeto que han previsto acreedor y deudor cuando constituyeron la obligación se denomina *pago*. En su origen y, de modo genérico, en el derecho romano se utilizó el término *solutio* (de *solvere*, disolver, desligar) para significar todo hecho que —constituyera o no un pago— tenía el efecto de liberar o desvincular al deudor (“*omnem liberationem*”, *Digesto*, 46, 3, 5, 4).

Con la evolución, *solutio* se entiende de manera más estricta como cumplimiento de la prestación exactamente prometida: “*solvere dicitur. . . quod facere promisit*”, *Digesto*, 50, 16, 176.

El fiel cumplimiento de la obligación importa variadas exigencias, destacando la *prestación íntegra*. Por lo menos ese es el principio que domina en la era clásica. Señala Albertario que “el objeto de la obligación debía ser prestado por entero. De otro modo no se habría cumplido la obligación. Así repiten los textos romanos genuinos *Digesto*, 22, 141, 1, y 19, 1, 13, 8. Conforme a ellos, se ha llegado a formular el moderno criterio de que el deudor no puede obligar al acreedor a recibir en parte el pago de una deuda aunque sea ésta divisible”.⁶⁷

En la era justiniana, el mismo Albertario precisa en su investigación que tal principio se mantiene, pero admite una excepción importante en *Digesto*, 12, 1, 2 (interpolado). Este precepto consagra un principio

⁶⁷ Albertario, *op. cit.*, p. 545.

tan genérico como significativo, propio de un ordenamiento donde ya no sólo se insertan los criterios de la buena fe sino que *también* los de la *humanitas*: "Opinaron algunos que ni el que pidiese diez ha de ser obligado a recibir cinco... ni el que dijese que un predio es suyo, a perseguir en juicio tan sólo una parte; *pero en uno y otro caso... se obrará con más humanidad...*" (*sed in utraque causa humanius facturus videtur*).

En su oportunidad, al tratar de la extinción de las obligaciones, desarrollaremos con mayor detenimiento el pago, las condiciones de cumplimiento que afectan a los sujetos, como lo referente al lugar y tiempo de la prestación. Pero era necesario poner, en relieve que el efecto normal de las obligaciones no es su reclamación judicial sino su cumplimiento voluntario, y que en el evento de litigio, existen en el derecho justiniano criterios de solución que mitigan el rigor de los conceptos clásicos. Precisado esto hablemos ahora del incumplimiento de las obligaciones.

2. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Si bien puede haber incumplimiento de una obligación contraída en virtud de cualquier fuente (contrato, delito) en este punto observaremos específicamente las obligaciones incumplidas provenientes de relaciones contractuales, desarrolladas con mayor precisión en el ordenamiento romano.

Así como el efecto normal de las obligaciones es su cumplimiento en la forma prevista por las partes, también podía ocurrir el efecto anormal de su no cumplimiento o inejecución. Esto sucedía cuando el deudor no daba cumplimiento a lo debido, ya fuera total o parcialmente.

Las razones por las cuales un deudor no daba ejecución a lo contratado o prometido podían ser muy variadas en el mundo de los hechos: insolvencia real; insolvencia aparente: porque no pudo conseguir la cosa específica que prometió dar, o bien porque ésta se perdió en un naufragio o terremoto, o bien porque es mal administrador de sus negocios, o simplemente porque no quiere cumplir con la directa intención de perjudicar al acreedor... En verdad, son muchas las razones objetivas y subjetivas en el mundo práctico que conducen a la inejecución de lo debido.

Entre toda esa variada gama de motivos de incumplimiento observada en el mundo de *los hechos*, el ordenamiento romano aísla y precisa

tres razones de inejecución, y regula jurídicamente sus efectos: el caso fortuito, el dolo y la culpa.

A. Caso fortuito (y fuerza mayor)

Quando la prestación que constituía el objeto de la obligación se hacía imposible de cumplir por algún hecho en el que no había participado en modo alguno el deudor, es decir, no había "hecho" del que prometió la prestación (*nulla factio promissoris*) estamos en presencia de un "*casus fortuitus*".⁶⁸ Se trata de hechos naturales como un terremoto, una inundación; o bien de hechos jurídicos que sustraen la cosa del comercio humano y también, actos humanos realizados por terceros con empleo de fuerza irresistible, como una guerra.

Ahora bien, el caso fortuito "es un evento no imputable al deudor".⁶⁹ "*El deudor se libera de toda responsabilidad cuando la prestación se hace imposible por un evento que no le es imputable.*"⁷⁰

Ulpiano denomina a estos acontecimientos con el calificativo de "*casus*" en los que en nada intervenía la conducta del deudor y "que ninguna humana inteligencia los podía prever".⁷¹

La "*vis maior*" o fuerza mayor tiene igual poder liberatorio del "*casus*". Las fuentes utilizan indistintamente ambos conceptos. Bonfante entiende que la *vis maior* es el *casus* absoluto (*damnum fatale*) evento imposible de prever, como un grave sismo.⁷² En verdad la distinción entre la *vis maior* y el *casus* tienen un mero valor teórico, "porque tanto los acontecimientos que no se pueden prever, como aquellos que previstos no se pueden evitar, liberan al deudor del vínculo obligacional, salvo convención en contrario".⁷³

Quedando el deudor, en tales circunstancias, libre de responder por la prestación prometida, el riesgo (*periculum*) de pérdida de la especie o cuerpo cierto lo sufre la otra parte, es decir, corre a cargo del acreedor, quien siempre queda obligado —siendo el contrato bilateral— a cumplir con la prestación por él contraída.⁷⁴ Así, el comprador (acreedor de la especie o cuerpo cierto) que se ha obligado a pagar el precio en un contrato de compraventa, si la cosa perece por caso fortuito,

⁶⁸ Di Marzo, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁹ Bonfante, *op. cit.*, p. 439.

⁷⁰ Iglesias, *op. cit.*, p. 393.

⁷¹ Argüello, *op. cit.*, p. 394. Cfr., *Digesto*, 50, 8, 2, 7 (*quia fortuitos casus nullum humanum providere potest*).

⁷² Bonfante, *op. cit.*, p. 439.

⁷³ Argüello, *op. cit.*, p. 394.

⁷⁴ Bonfante, *op. cit.*, p. 440.

debe de todas maneras pagar el precio al vendedor aunque éste nada le dé, pues se ha liberado del cumplimiento. Son las consecuencias del riesgo o *periculum*, que incumbe al *creditor*. De aquí nació la regla de que las cosas se pierden o deterioran para el acreedor (*res perit creditori*).

Para equilibrar este criterio de solución, "cuando el objeto de la prestación recibe aumentos —fortuitos— de valor, esto redundará en beneficio de quien sufre el peligro" ("*commodum eius esse debet cuius et periculum*").⁷⁵

El principio de que las cosas perecen para el acreedor tuvo aplicación tratándose de cosas individualizadas, es decir, de especies o cuerpos ciertos ("*corpora*"),⁷⁶ pues las cosas fungibles, debido a que son en esencia sustituibles por otras, se entiende que no perecen. De allí la norma de los comentaristas: "el género no perece". Si alguien debe diez quintales de trigo y dicha *merx* se incendia por caso fortuito antes de entregarla, debe procurarse otros diez quintales para satisfacer al acreedor, pues lo que se ha extinguido son cosas que es posible sustituirlas por otras del mismo género. En síntesis, tratándose de cosas fungibles o de género, el riesgo o *periculum* no afecta al acreedor.

B. El dolo

En el ámbito contractual, el dolo surge como el concepto que se opone a la buena fe. "Es la conducta voluntaria y maliciosa del deudor tendente a impedir el cumplimiento de la obligación o a hacer totalmente imposible la prestación que constituye su objeto, con el propósito de provocar un perjuicio al acreedor."⁷⁷

El deudor responde del dolo en todo caso, de modo que no es admisible la estipulación que lo libera anticipadamente del dolo que pudiere cometer para evitar el cumplimiento de las obligaciones provenientes del contrato. En otros términos: la convención por la cual las

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Según Schulz, la significación de esta regla es muy clara, dentro de la estructura del *corpus iuris*. Quiere decir que con la celebración del contrato de venta, el riesgo pasa al comprador y así, si la cosa perece por caso fortuito, después de celebrado el contrato, el vendedor no incurrió en dolo o culpa, queda libre, pero el comprador viene obligado a pagar el precio convenido. De modo que la regla generalizada por los comentaristas "*res perit creditore*" tiene un origen específico en el contrato de venta clásico, confirmado en su estructura por el derecho justinianiano, siendo la expresión primaria del riesgo el principio "*periculum est emptoris*" esto es, "el riesgo es del comprador". *Vide*, Schulz, *op. cit.*, p. 509.

⁷⁷ Argüello, *op. cit.*, p. 389.

partes acordaren eximirse de responsabilidad por causa de dolo futuro (*pactum de non petendo dolo*) no vale, es irrelevante en el plano jurídico.

No obstante, se admite liberar al deudor del dolo ya cometido, es decir, del dolo pasado.

El dolo no se presume, lo cual significa que el acreedor debe probar el dolo del deudor. En materia de prueba romana, el principio general lo establece Paulo, en *Digesto*, 22, 3, 2: "Incumbe la prueba al que afirma, no al que niega" (*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*).

C. *La culpa*

Incurría en culpa el deudor que no cumplía la prestación, no por mala intención o fraude sino por no actuar con la debida diligencia. Su conducta negligente acarrea consecuencias que se concretan en el incumplimiento de la obligación, lo que podía haber previsto y, por tanto, evitado.

Históricamente "es probable que el concepto de *culpa* surgiera en el campo de los delitos —en el curso de la aplicación de la *lex Aquilia*, precisamente—, y que de aquí pasara al campo contractual".⁷⁸

En la última fase republicana, la jurisprudencia clásica observa en las relaciones contractuales un concepto de imputabilidad o responsabilidad civil diferente del dolo. En tanto que éste consiste en una intencionada inejecución del débito contractual, la culpa entraña una inejecución sin mala intención, pero sí con falta de prudencia, con desviación de un modelo de conducta ciudadana considerada como un ideal. "El modelo viene a veces representado por la *fides* o *bona fides*, y otras por la diligencia de un pater-familias cuidadoso —*diligens pater-familias*."⁷⁹ Estos conceptos: *bona fides* y *diligentia pater familias*, son clásicos.

La compilación justiniana avanza en el manejo de la casuística clásica y ofrece un sistema de responsabilidad por culpa en forma articulada esto es, con gradaciones: culpa *lata* (o "grave") y culpa *levis* (o "leve").⁸⁰

⁷⁸ Iglesias, *op. cit.*, p. 494.

⁷⁹ Iglesias, *op. cit.*, p. 490.

⁸⁰ "Hablan todavía los intérpretes de una culpa *levissima* ("culpa levissima") a raíz de un fragmento de Ulpiano en *Digesto* (0, 2, 44 pr.) que se refiere a la ley *Aquilia* (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*). Tal grado de culpa habría consistido en una falta de diligencia extremadamente cuidadosa sólo concebible en hombres demasiado inteligentes. Este tipo no habría estado referido a las relaciones

Insertando estos conceptos en el ámbito de la inejecución que ahora nos ocupa (ya observada bajo el prisma del *casus* y del *dolus*), la *culpa lata* o negligencia extrema, es la falta de mínimo cuidado puesto por el deudor en la relación contractual y que ha provocado la inejecución o incumplimiento de la prestación convenida. El deudor ha incurrido en el descuido mayúsculo, y por su gravedad se equipara al dolo.

En todas las categorías contractuales el deudor responde siempre de este mínimo grado de cuidado o diligencia.

Cuando la inejecución de la obligación se ha producido por *culpa levis* del deudor, significa que éste no ha puesto en la relación contractual la diligencia que pone —en el cumplimiento de sus deberes— el *bonus o diligens pater familias*. Ha incurrido en una negligencia menor que la *lata*, pero no excusable. Aunque *leve* haya sido su descuido, incurre en responsabilidad por la inejecución de la obligación. No será por tanto suficiente, probar que empleó un cuidado mínimo. Ello sólo lo liberaría en caso de responder nada más que de la culpa *lata*. Como su compromiso era poner un mayor grado de diligencia o cuidado, un descuido *leve* lo hace incurrir en responsabilidad.

Según observaremos luego, dependerá de la naturaleza o tipo de relación contractual (o bien del convenio de las partes), el grado de culpa de que se hace cargo el deudor; pero de la culpa *lata* nunca está liberado: siempre deberá responder de un cuidado mínimo, pues es lo menos que se le puede pedir en cuanto a diligencia y prudencia; razones esencialmente éticas y morales, hacen imprescindible su exigencia en todos los contratos.

De la culpa leve, los comentaristas derivaron dos modalidades: "la culpa *in abstracto*, en la que como paradigma de la diligencia en la conducta, sirve la que es propia de un buen padre de familia (*diligens pater familias*); y la culpa *in concreto*, en la que al deudor le es imputada la diligencia que suele emplear en sus propios asuntos".⁸¹

Los grados de culpa observados constituyen un desarrollo justiniano de preceptos existentes ya en la era clásica. "Así, por ejemplo, el criterio de la *utilitas contrahentium* que los juristas romanos no dejan de tomar en cuenta, es ahora objeto de desarrollo, hasta ser erigido en principio general. A tenor de tal criterio, la responsabilidad se limita a la *culpa lata* cuando la relación jurídica se constituye en único provecho —*utilitas*— del acreedor, en tanto se extiende hasta la *culpa levis*

contractuales, sino al daño causado por un hecho ilícito (*damnum iniuria datum*), regulado por la *lex Aquilia*". Cfr., Argüello, *op. cit.*, p. 39.

⁸¹ Argüello, *op. cit.*, p. 391.

cuando la relación mira al provecho exclusivo del deudor o al de ambos.”⁸²

Cabe tener presente, no obstante, que el libre acuerdo de las partes podía aumentar o disminuir la responsabilidad de los contratantes. A falta de convención, rigen los principios anteriormente expuestos desarrollados en las fuentes justinianas, los cuales tuvieron —inevitablemente— algunas excepciones: así, en el depósito *necesario*, contrato en que una persona encarga a otra bienes propios para que se los cuide porque ha sufrido un siniestro (naufragio, incendio): *la premura y falta de alternativa del depositante para elegir al depositario*, hacen que éste responda de la culpa leve en el cuidado de los bienes que ha recibido en depósito, aunque tal relación contractual no le reporta ninguna utilidad. Si el depósito no es “necesario”, entonces el depositario responde sólo de la culpa lata. También constituye una excepción el mandato, el mandatario respondía también de la culpa leve no obstante la gratuidad del contrato. Es que el mandato suponía una gran confianza de parte del mandante, y el mandatario no debía aceptarlo si no estaba dispuesto a poner en el cumplimiento de lo convenido la diligencia de un *bonus pater familias*.

Por último, en el ámbito de la culpa, se estudia el deber de *custodia* que se refiere concretamente al cuidado que deben poner ciertas personas en las cosas corporales que se les entregan para su conservación. En este punto, dentro de la casuística que lo integra, la omisión de los deberes de custodia hacía nacer responsabilidad, de modo similar a como ocurría con la culpa (*praestare custodiam*). Así, respondía de la culpa leve (*in abstracto*) el comodatario, pues obtenía un beneficio con la cosa recibida en préstamo para su uso. Pero habían otros supuestos, donde la responsabilidad por la custodia se hacía efectiva siempre, aunque no hubiera existido culpa. *Era una responsabilidad objetiva*. Ello ocurría por ejemplo con los navieros, que debían indemnizar el robo o daño de las cosas que se les había entregado en guarda, bien hubiese sido a ellos mismos o a sus dependientes.⁸³

3. LA MORA

Cuando el momento previsto para la *solutio* o pago de la prestación pasaba sin cumplirse, produciéndose con ello un retardo en su ejecu-

⁸² Iglesias, *op. cit.*, p. 497.

⁸³ Argüello, *op. cit.*, p. 393.

ción, se decía que había *mora* cuando dicho retardo era imputable al deudor.

Los elementos que van perfilando los alcances de esta institución en el derecho romano, se fundan esencialmente en el propósito de precisar que la obligación no cumplida *por culpa del deudor* queda pendiente, continúa existiendo (*perpetuatio obligationis*) (*Digesto*, 45, 1, 91, 3) y, por tanto, puede todavía pedirse o exigirse al deudor que pague lo que debe si es posible aún prestar exactamente lo prometido o, cuando ello ya no se puede por haberse hecho imposible la prestación (digamos por perecimiento culpable de la cosa debida), puede exigírsele que pague el valor estimado (*estimatio*) del objeto debido.

En buena síntesis, el retardo culpable no libera al deudor y debe responder del objeto mismo debido o, en su defecto, de su valor, lo que no ocurre cuando el retardo no se produce por su culpa sino por un hecho que no le es imputable (como el *casus fortuitus*) pues entonces el deudor se libera del vínculo obligacional: la *obligatio* no se proyecta más allá del tiempo en que debió cumplirse. Y parece lógico que así sea, como principio de carácter general.

El criterio de que el no cumplimiento oportuno —por culpa del deudor— deja pendiente la obligación con su prístino y originario objeto si aún pervive o bien modificado o convertido en un débito pecuniario si ya no puede cumplirse “in natura” —criterio que resulta inseparable de la “*perpetuatio*” o desplazamiento de la obligación más allá del tiempo en que debió cumplirse— constituye el eje en que se mueve la *mora* como construcción jurídica, cuyo destino o teleologismo no es otro que el de ofrecer bases jurídicas claras para la procedencia de la *actio in personam*.

En efecto, es punto cardinal en derecho de obligaciones la circunstancia de que la *actio in personam* —en la época clásica evolucionada— puede dirigirse hacia el *patrimonio* del deudor cuando hay incumplimiento culpable, orientándose el ordenamiento jurídico a asegurar por lo menos el interés pecuniario que para el acreedor representa el dar, hacer o prestar incumplido, siempre que la ejecución originariamente prometida (“in natura”) no sea ya posible.

De modo que la construcción jurídica de la “*mora*” busca la ordenación (jurisprudencial) de los supuestos de procedencia de la *actio in personam* cuando la obligación no se cumple oportunamente, distinguiéndose *in substantia si cllo ha ocurrido con o sin culpa del deudor*.

La elaboración del concepto de *mora* se funda, en síntesis, en la proposición sustancial de la jurisprudencia romana expresada en el sentido

de que el no cumplimiento oportuno o retardo —interviniendo culpa del deudor (“mora”)— perpetúa la obligación. Es Paulo quien categóricamente afirma: “Corresponde ver respecto a lo que los antiguos establecieron, que siempre que interviene culpa del deudor, se perpetúa la obligación” (*Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem...*).

De los conceptos cardinales de *culpa* y de *perpetuatio* derivan los criterios que fundamentan la reclamación del débito incumplido. Si pervive la *obligatio*, pervive también la *actio* (*in personam*), y si ésta procede, es porque el deudor se ha hecho civilmente responsable del no cumplimiento oportuno. Y en la base de su responsabilidad está indudablemente el factor *culpa*.

A contrario, *sensu*, si la deuda no se pagó oportunamente, pero sin que haya intervenido culpa (ni dolo) del deudor, la obligación no se perpetúa ni se configura por tanto *mora* alguna, quedando liberado el deudor de toda responsabilidad civil, como cuando la ejecución del débito (sea *dare, facere o praestare oportere*) se hizo imposible por *casus fortuitus o vis maior*, ocurrido, desde luego, antes del tiempo previsto para su cumplimiento (*impossibilia nulla obligatio*).

Si el caso fortuito que hace imposible la prestación ocurre después que el deudor ha incurrido en *mora*, no se libera de la obligación y debe responder; así sucede cuando perece la especie o cuerpo cierto debida, por *casus y post moram*. Ulpiano es muy claro al precisar que si después de la *mora* del que promete perece fortuitamente la especie debida, el que prometió está igualmente obligado como si todavía la cosa existiera (“*Si post moram promissoris... tenetur... ac si (res) viveret*”, *Digesto*, 45, 1, 82). De manera que el deudor, si bien pudo liberarse antes de la *mora* de pagar el valor del cuerpo o especie perdido fortuitamente, después de la *mora* ya no se libra: el riesgo se invierte, pasa del acreedor al deudor, y en tal caso, debe responder, esto es, *indemnizar* pagando una condena pecuniaria. Considerando este aspecto, no cabe duda que la *mora* agrava la responsabilidad del deudor.

Concurren también a integrar el instituto de la *mora* los siguientes criterios jurisprudenciales clásicos: Paulo, en *Digesto*, 12, 1, 40, explica que “no es moroso aquel a quien por causa de excepción no puede pedirse una cantidad” (“*non enim in mora est, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest*”). Y Scévola, en *Digesto*, 50, 17, 88: “No se entiende que se causa *mora* alguna allí donde no hay petición alguna” (“*Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*”).

Estos pasajes del *Digesto* explican que, para que hubiese mora (además del no cumplimiento imputable al deudor) se requería que la obligación fuese *exigible*, esto es, no sujeta a condición ni a plazo. Si el deudor se puede excepcionar alegando plazo pendiente, la mora no ha podido configurarse. La obligación también debe ser *válida*, en el sentido de que debía *tener acción (actio in personam)* por ello, no había mora si se trataba de obligaciones naturales. La expresión de Scévola debe entenderse en este último sentido —es decir, en la posibilidad de “pedir” judicialmente o “accionar” y no en el de “requerimiento” o intimación al deudor que pague. Conforme explica Arangio-Ruiz, los clásicos no desarrollaron como criterio general el concepto de “interpelación” o requerimiento de pago que el acreedor —*sin forma prefijada*— hace al deudor para que éste se entienda constituido en mora.⁸⁴

Fue Justiniano quien exigió la “*interpellatio*” como requisito para precisar el concepto de “deudor moroso”.

En efecto, en el derecho justiniano se exigió que el acreedor intimara de pago al deudor (interpelación) —sin forma prescrita alguna— una vez transcurrida la oportunidad de pagar lo debido sin que éste lo hiciera.

En determinadas circunstancias, no se exige la interpelación para entender al deudor constituido en mora. Entre estos pueden estar las obligaciones a plazo; la especial regulación de estas últimas, es expresada por los juristas medievales con la máxima “*dies interpellat pro homine*” (los días interpelan por el hombre).⁸⁵ Tampoco se requería interpelación cuando el retardo en el cumplimiento de la prestación equivalía a la total inexecución de la obligación, como cuando el *dare, facere o praestare oportere* sólo podía realizarse en un cierto espacio de tiempo y el deudor lo dejaba pasar sin darle cumplimiento.

Mora del acreedor. No sólo el deudor podía encontrarse en mora. También el acreedor lo estaba cuando —sustancialmente— se negaba en forma injustificada a recibir *el pago íntegro y oportuno* que le ofrecía el deudor según lo convenido. Efecto relevante de la mora del acreedor es que *disminuye la responsabilidad del deudor. Obligado a quedarse éste con la specie* por el injustificado rechazo que le ha hecho el acreedor, en caso de periclitamiento de la cosa, sólo responde por su *dolo* y no por su culpa. Si la obligación es de dinero desde el mismo momento del rechazo cesa, al menos en los casos en que la oferta ha sido hecha con particulares solemnidades (en público o en lugar sacro),

⁸⁴ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 387.

⁸⁵ *Ibidem.*

la obligación eventual de pagar intereses. Esto, en cuanto a los principios propiamente clásicos.

Por derecho justinianeo, la oferta solemne y el relativo depósito de la suma de dinero debida parecen producir, sin más, la extinción de la obligación.⁸⁶

Si se debía una cosa genérica (como diez sacos de trigo) y la pérdida se producía por causa no dolosa (digamos, sólo por culpa), después de haberse efectuado la oferta real de entrega, y el acreedor accionaba pidiendo la referida *merx*, el deudor podía oponer a su *actio in personam* la *exceptio doli*.

Cesación de la mora. Tanto la mora del deudor cuanto aquella del acreedor, pueden cesar o “purgarse” (*enmendatio o purgatio morae*), esto es, *terminar con sus efectos*. En cuanto a la mora del deudor, la cesación se verifica cuando hace al acreedor la oferta de pago íntegro, sin que el acreedor pueda invocar una justa razón o causa de rechazo. Ahora bien, en cuanto a la mora del acreedor, ésta cesa cuando él mismo se ofrece a aceptar el pago que había rechazado, y a resarcir los daños y gastos que ese rechazo le significó al deudor.⁸⁷

4. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO POR CULPA O DOLO DEL DEUDOR. MODIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Cuando la obligación no se cumplía por haber incurrido el deudor en culpa o dolo, hemos observado que aquélla se perpetuaba (*perpetuatio obligationis*), es decir, se proyectaba más allá del tiempo previsto para su cumplimiento, precisamente porque no había excusa alguna que liberara al deudor de cumplir con lo prometido. Había incurrido en el no cumplimiento culpable de la obligación en el tiempo previsto, y ello lo configuraba como *deudor en mora*. Y por efecto de la mora el deudor queda obligado, aun cuando más adelante la obligación se haga imposible (*obligatio mora perpetuatur*).⁸⁸ Quedaba sin duda obligado al resarcimiento del daño (“indemnización de perjuicios”).

Ello no ocurría cuando la obligación no se cumplía por caso fortuito: en tal caso el vínculo se extinguía, liberándose el deudor de la

⁸⁶ Guarneri-Citato, *Contributi alla dottrina della mora*, Palermo, 1923, p. 161 y ss. Cfr., Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 388.

⁸⁷ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 388.

⁸⁸ Bonfante, *op. cit.*, p. 438.

prestación contraída. No había allí *perpetuatio obligationis* ni, por tanto, procedencia de la *actio in personam*: si ya no había obligación, tampoco había acción que interponer. En esencia, el deudor no se había constituido en mora por ausencia de culpa y no había por tanto lugar a indemnización.

De modo que los efectos del incumplimiento dependían de las causas que lo motivaban: si había sido por dolo o por culpa, era procedente la *actio in personam* destinada a reclamar la prestación debida o el resarcimiento del daño. Si el cumplimiento en cambio, se debió a caso fortuito o fuerza mayor, el deudor quedaba liberado de responsabilidad civil por lo que no era procedente en su contra la *actio in personam* (por ejemplo, en caso de pérdida de la especie o cuerpo cierto que se debe por caso fortuito, lo cual extingue la *obligatio*).

En buena síntesis, y siguiendo en esto de cerca a Bonfante, la reclamación de la obligación incumplida sólo es procedente si el deudor ha incurrido en mora, esto es si el no cumplimiento —que naturalmente ha provocado retardo en la ejecución de la obligación— le es imputable, y concurren por supuesto los otros requisitos que integran el concepto de mora: obligación válida, civil, actualmente exigible más la “*interpellatio*” justiniana.

Ahora bien, en caso que el acreedor iniciara un proceso civil en contra del deudor (lo demande) por incumplimiento imputable (podría ser por culpa), es preciso distinguir dos situaciones fundamentales:

- a) El cumplimiento de la prestación originalmente convenida *es todavía posible*.
- b) El cumplimiento o ejecución de la prestación originariamente convenida *se ha hecho imposible*.

A. *Proceso civil en que se reclama la prestación que todavía es posible*

En caso que el acreedor inicie un proceso civil en contra del deudor en razón de su incumplimiento imputable, reclamando con la *actio in personam*, y el acreedor tiene interés en que se verifique la prestación pendiente, originariamente convenida, pareciera que en principio, el órgano jurisdiccional debía acceder a ello, esto es, obligar al deudor a prestar exactamente el objeto debido, desde el momento en que ello todavía era posible. Pero ello no fue así en el proceso *civil* clásico, pues la obligación incumplida, llegado el proceso al trámite de la contestación de la demanda (*litis contestatio*) y, tratándose precisamente

de derechos personales u *obligationes*, la primitiva prestación variaba de objeto o contenido (había allí una "novación" o cambio, y en la situación de la *litis contestatio*, el cambio era de objeto) lo que se traducía en una condena que no obligaba al objeto mismo que se debía, sino a su valor. Era una *condemnatio pecuniaria*.⁸⁹

De modo que la condena se concretaba siempre en una "estimatio" o cantidad pecuniaria. Así, si se reclamaba un predio, o cosas muebles, el juez no condenaba al demandado vencido a dar el objeto mismo, sino su valor en dinero, previa evaluación (*estimativa*) (Gayo, *Institutas*, IV, 48). Los graves inconvenientes que ofrecía este régimen de condena se advierten fácilmente. A un comodante o a un depositante, por ejemplo tanto más podía interesarles la restitución de la cosa que no el pago de su valor en dinero. Consecuencia de ello fue que el pretor, atento en todo momento a los principios de equidad, antepusiese a las fórmulas tendentes a una restitución, así como a las dirigidas a una exhibición, una cláusula por virtud de la cual el juez condenaría a pagar en dinero tan sólo cuando no prosperase la orden que él hiciera al demandado de "*exhibir*" o de "*restituir*". Las acciones a las que acompaña semejante cláusula se llaman arbitrarias (*actiones arbitrarias*), y en el ámbito de los derechos de crédito se intentan y conceden normalmente por razón de dolo o de culpa.⁹⁰

B. *Proceso civil en que se reclama la prestación que se ha hecho imposible*

En todas aquellas situaciones en que la prestación *se ha hecho imposible* por hechos que resultan imputables al deudor, corresponde aplicar desde luego el principio de la *perpetuatio obligationis*. La obligación subsiste, pero el acreedor naturalmente no podrá pretender en el proceso civil pertinente el objeto debido "in natura", esto es pedir exac-

⁸⁹ "Desde el punto de vista del derecho material, la *litis contestatio* tenía un efecto creativo, porque a la vez que extinguía la relación de derecho sustancial (contrato) que había dado origen a la acción interpuesta, por virtud del acuerdo procesal de sujetarse a la condena del juez, hacía nacer una nueva que remplazaba a la anterior, modificando la situación y llegando, en cuanto se refería a las acciones *in personam*, a producir una *novación necesaria*. Al extinguirse la pretensión del *dare facere praestare oportere*, propio de las acciones personales, para ser remplazada por un *condemnari oportere*, o sea, la sumisión del demandado a la condena futura, se presentaban las notas características de la novación, instituto en el que al nacimiento de una antigua obligación, se seguía el de una nueva. Cfr., Argüello, *op. cit.*, pp. 606-607.

⁹⁰ Iglesias, *op. cit.*, pp. 200-201.

tamente la originaria prestación convenida pues ello se ha hecho imposible como cuando la especie o cuerpo cierto ha perecido por culpa del deudor si la obligación es un “*dare*”, o como cuando el artífice obligado a realizar una obra (*opus*) le sobreviene un impedimento físico por imprudencia suya (culpa) si la obligación es un “*facere*”. En toda hipótesis semejante operará necesariamente “una sustitución del primitivo objeto por una indemnización pecuniaria que represente el interés patrimonial que el acreedor tenía en la obligación”.⁹¹

El derecho romano ofrece un sistema de resarcimiento del daño que no se resuelve en un solo tipo de condena. Ello varía según la estructura de la fórmula pretoriana. Así, en la *condictio certae rei* (*actio in personam*) en que se reclama una cosa cierta o específica, la condena se atiene al puro y simple valor de la cosa perdida o destruida por culpa del deudor, a “cuanto la cosa es” (*quanti ea res est*). Como principio muy restrictivo y nunca de carácter general, en este tipo de “*condictio*” se hizo típicamente extensiva la valoración del daño a otros perjuicios patrimoniales sufridos por el acreedor a causa del incumplimiento o inejecución, como también la ventaja patrimonial de que se había visto privado; en otros términos, una valoración más íntegra de los perjuicios sufridos por el acreedor a consecuencia de la inejecución del contrato.⁹² Lo expuesto corre para los juicios de derecho estricto (*iudicia stricta iuris*) que provienen de contratos de derecho estricto, *v. gr.*, la *stipulatio*, regidos por el antiguo *ius civile*, y donde el juez tiene facultades limitadas por el rigor del antiguo derecho.

En cambio, en los *iudicia bona fidei* —juicios de buena fe, originados por contratos de buena fe (“contractus provenientes del *ius gentium* como la compraventa clásica”)— “el juez puede valorar con más amplias facultades las particulares circunstancias del caso, teniendo en cuenta todo aquello que es dable exigir entre personas justas y leales”.⁹³

Es en estos juicios donde se tiene en cuenta el real interés del acreedor (*id quod interest*) en la prestación incumplida, y los daños y perjuicios abarcaban un doble aspecto: “la pérdida realmente sufrida, es decir la disminución que experimentara el acreedor en su patrimonio o *damnum emergens*, según la terminología moderna, y la utilidad o ganancia que el acreedor hubiera dejado de percibir por el incumplimiento de la obligación o *lucrum cessans*”.⁹⁴ Se buscaba entonces, con

⁹¹ Arias Ramos, J., *op. cit.*, p. 582. En el mismo sentido, Di Marzo, *op. cit.*, p. 191.

⁹² Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 389.

⁹³ Iglesias, *op. cit.*, p. 404.

⁹⁴ Argüello, *op. cit.*, p. 395.

la indemnización, compensar tanto el perjuicio patrimonial efectivamente sufrido, cuanto la utilidad que el acreedor esperaba obtener con su cumplimiento.

En la época de Justiniano, con el objetivo de zanjar de modo práctico las dificultades que ofrecía establecer la medida exacta de la indemnización y de limitar, a su vez, el resarcimiento a una cantidad que no excediera los límites impuestos por la prudencia y por la *humánitas* imperante en la época, se estableció un monto fijo consistente en el doble del valor real del objeto o prestación.

SEGUNDA PARTE. Las obligaciones

IV. Garantías y derechos auxiliares del acreedor	167
1. Garantías del acreedor	167
A. La fianza	168
B. Las arras (arrha)	169
C. La cláusula penal	170
2. Derechos auxiliares del acreedor	170

IV. GARANTÍAS Y DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR

I. GARANTÍAS DEL ACREEDOR

Se denomina *garantía del derecho del acreedor todo medio jurídico destinado a asegurar la satisfacción de su crédito* y, desde el momento en que históricamente, en el derecho romano el deudor comienza a responder con su patrimonio, éste será en adelante su *garantía genérica* fundamental.

Sin embargo, gradualmente se desarrollan otros medios jurídicos específicos en virtud de los cuales el acreedor busca asegurar su derecho de crédito, ya sea comprometiendo junto al deudor principal a otras personas para que también respondan (con su patrimonio) *de la misma deuda*; por ejemplo comprometándose uno o más *fiadores*, o bien afectando *cosas muebles o inmuebles* a la deuda para pagarse *preferentemente* con ellas en el evento de incumplimiento, como en el caso de la *prenda* y la *hipoteca*.

Se utilizó también, para reforzar la obligación por la vía de un mayor constreñimiento del propio deudor, la *cláusula penal* y las *arras*, cuyos caracteres luego observaremos.⁹⁵

Como la *prenda* y la *hipoteca* la hemos ya analizado con ocasión de los *derechos reales de garantía*, a ello nos remitimos.⁹⁶ Nos corresponde analizar entonces en el ámbito de las garantías y refuerzos del derecho del acreedor a la *fianza*, la *cláusula penal* y las *arras*.

⁹⁵ "En la misma línea de refuerzos proporcionados por el propio deudor están también *el juramento y el constituto de debito proprio*, pero ambos tienen un alcance limitado. El primero se dio solamente en la hipótesis del menor que se ha obligado sin la asistencia de su curador —*curator*: el juramento hacía que perdiera el derecho de pedir la *restitutio in integrum*. En cuanto al segundo, era el compromiso de pagar una deuda de dinero preexistente en un día y lugar determinado. Fue una figura que se absorbió en la categoría general de las relaciones contractuales". *Vid.*, Di Marzo, *op. cit.*, p. 204.

⁹⁶ *Cfr. supra*, primera parte, pp. 101 y ss. *Vid.*, Di Marzo, *op. cit.*, p. 204.

A. La fianza

Constituye una garantía *personal*, otorgada por un tercero “que se obliga a pagar una deuda ajena en el caso de que el deudor principal no pague al vencimiento”.⁹⁷ El acto jurídico que la perfecciona es formal: la estipulación.

Un convenio de esta especie supone necesariamente una deuda principal (*obligatio principalis*) debida por un primer deudor. Por tanto, la obligación del fiador es *accessoria*. Este carácter de la fianza, la diferenciará en definitiva —después de una larga evolución— de la solidaridad pasiva que constituye también en esencia, otro tipo de garantía personal para el derecho del acreedor;⁹⁸ su diferencia básica reside en que en la fianza, según su figura definitivamente perfilada, la obligación del fiador es *sucesiva* y *no simultánea* como en la solidaridad pasiva.⁹⁹

La institución de la fianza, que se constituía por medio de una estipulación verbal accesoria, presentó desde la era clásica varias formas: la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*.¹⁰⁰ “La forma de la *fideiussio*, en general más amplia y más segura, es la única que sobrevive en el derecho justiniano.”¹⁰¹

Conforme lo establece Gayo en *Institutas* III, 119, el *fideiussor* puede garantizar toda clase de obligaciones, incluidas aquellas contraídas consensualmente. Es una diferencia fundamental con la *sponsio* y la

⁹⁷ Bonfante, *op. cit.*, p. 448.

⁹⁸ Nos remitimos a lo expuesto con ocasión de las “Obligaciones con pluralidad de sujetos”, pp. 144 y ss., de este texto.

⁹⁹ Iglesias, en *op. cit.*, p. 504 explica que “la responsabilidad del fiador se manifiesta de modo vario en la historia del derecho romano; al principio, el fiador es el único responsable, ya que se coloca en el puesto del deudor; más tarde, responde solidariamente como un codeudor, y, por último, se afirma el carácter accesorio de la obligación del fiador. En la época clásica conviven el principio de la coobligación solidaria y el de la accesoriedad; en el corpus iuris encuentra éste su definitiva consagración”.

¹⁰⁰ “La época republicano-clásica conoce tres formas de fianza verbal: la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*. Aparecida primero la *sponsio*, y después de ella en orden temporal sucesivo, la *fidepromissio* y la *fideiussio*, celébranse las tres *verbis*, como toda *stipulatio*, pero tienen un campo de aplicación distinto, y, a veces, es distinta también su misma naturaleza.

“La *sponsio* es institución del *ius civile* y, por tanto, únicamente accesible a los ciudadanos romanos; la *fidepromissio* puede ser utilizada por los fiadores peregrinos. Tanto la obligación del *sponsor*, cuanto la del *fidepromissor*, es intrasmisible a los herederos”. *Vid.*, Iglesias, *op. cit.*, p. 504.

¹⁰¹ Bonfante, *op. cit.*, p. 448.

fidepromissio que sólo servía para garantizar obligaciones que se habían contraído formalmente.

Característica importante de la *fideiussio* es que el fiador (*fideiussor*) responde aunque la obligación principal sea *natural* y, además, su obligación se trasmite a sus herederos.

Debido a que en la época clásica no se distingue aún con nitidez la obligación del deudor principal de la obligación secundaria del fiador, el acreedor puede pedirle el pago, a su elección a cualquiera de los dos, semejando así la fianza, una situación de solidaridad. Ello explica también que el fiador no disponga como principio de carácter general de una "acción de regreso" para pedirle al deudor principal que le reembolse lo pagado.

Desde Adriano, en caso de varios cofiadores se admite el *beneficio de división* en virtud del cual, si era demandado un cofiador por el todo, podía exceptuarse con la finalidad de que se dividiera el débito entre los varios fiadores solventes. Ello debía pedirse al momento de contestar demanda (*litis contestatio*).

Finalmente, el carácter secundario o accesorio de la *fideiussio* adquiere certeza con Justiniano al concederle al fiador el *beneficio de excusión*, que constituye también, como el anterior beneficio, una *exceptio*, ahora destinada a que el fiador exija que el acreedor accione primero en contra del deudor principal.¹⁰² Y puede, también, el fiador que paga pedir ahora que el acreedor le ceda la acción personal que tenía contra el deudor principal para obtener así el reembolso de lo pagado (*beneficio de cesión de acciones*).¹⁰³

B. *Las arras (arrha)*

En la línea de los refuerzos del derecho del acreedor podemos citar las arras griegas, acogidas por el derecho de Justiniano en una constitución imperial del año 528, recopilada en *Código* 4, 21, 17 y en *Instituciones* 3, 23. Se puede afirmar que cumplen una función de *pena pecuniaria* y consiste en una cantidad de dinero o bien otra cosa que el deudor entrega al acreedor con objeto de aumentar su constreñimiento a cumplir el contrato —por lo común el de compraventa—, pues "si el que rehusare cumplir el contrato es el comprador (deudor del precio que ha entregado arras) pierde lo que dio y si es el vendedor (que re-

¹⁰² *Novelas de Justiniano*, 4, 1.

¹⁰³ *Ibid.*, 4, 1, *in fine*.

cibió las arras) es compelido a restituir el duplo..." (*Instituciones de Justiniano*, 3, 23).¹⁰⁴

C. La cláusula penal

Constituye una pena acordada por los mismos contratantes en virtud de la cual el deudor promete pagar una suma de dinero, en el evento de que no cumpliera la prestación debida. Se constituye formalmente mediante estipulación (*stipulation poenae*) o bien por simple pacto en los contratos de buena fe. El deudor, ante la cláusula penal, se ve mayormente constreñido a cumplir con su obligación, es por ello que se le califica de "refuerzo del derecho del acreedor". La cláusula penal también sirvió para fijar anticipadamente el monto de la indemnización para el caso de incumplimiento, evitando así, que la estableciera posteriormente el *iudex* al pronunciar la condena pecuniaria.

2. DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR

En el comportamiento jurídico romano se desarrollaron ciertos medios jurídicos que no constituían exactamente una "garantía" o "refuerzo" de la obligación, pero que ayudaban al acreedor a obtener el pago de la deuda *cuidando la integridad del patrimonio del deudor*. Modernamente se les denomina "derechos auxiliares del acreedor".

En la evolución jurídica romana se puede observar ciertos medios jurídicos que atendían a ese propósito y cuyo fin específico era *dejar sin efecto* enajenaciones de bienes hechas por el deudor con el deliberado objetivo de *disminuir su patrimonio* y perjudicar así a su acreedor o acreedores. Ellos son el *interdictum fraudatorium*, la *restitutio in integrum* y la *acción paulina*, esta última de sesgo bizantino, que refunde las dos anteriores.

En el derecho clásico comienzan a desarrollarse los primeros medios jurídicos organizados con ese fin. En efecto, si el deudor con el propósito deliberado de empobrecer su patrimonio realiza actos de enajenación de bienes —*alienatio in fraudem creditorum*— se admite su revocación en virtud de las siguientes instituciones: el *interdictum fraudata-*

¹⁰⁴ También hubo "arras" en el tráfico romano clásico, pero allí sólo cumplían una función de señal confirmatoria de haberse formado el contrato ("*arra confirmatoria*"), y que no daba derecho a los contratantes a rescindirlo. Las arras se restituían por tanto independientemente del cumplimiento del contrato.

torium que obliga al adquirente a restituir cuanto ha recibido del deudor, y una *restitutio in integrum*, que determina la vuelta de las cosas a su estado anterior esto es, cual si no hubiese ocurrido la enajenación. En el derecho justiniano otórgase la *actio pauliana*, donde quedan fundidos ambos medios".¹⁰⁵

La *actio pauliana* se concede al acreedor para que la interponga frente al deudor que ha realizado la enajenación fraudulenta pero también vale para ser deducida directamente en contra del tercero adquirente. Y las fuentes, en este último caso, son explícitas al establecer que la referida *actio* procede cuando el adquirente conocía el fraude (*scientia fraudis*). El título 8 del libro 42 del *Digesto* se titula "*De que sea restituido lo que se hizo en fraude de los acreedores*". Los criterios iniciales fundamentales de esta materia los describen Ulpiano y Paulo en los 4 primeros números del referido título. Observemos, a vía de ejemplo, el primero —dice el pretor—: "Por lo que se hubiere hecho por causa de defraudación *daré acción, contra el que no hubiere ignorado el fraude. . . dentro del año en que hubiere habido facultad para ejercitarla; y esto observaré también contra el mismo que cometió el fraude*".¹⁰⁶

No obstante, si la enajenación ha sido a título gratuito, como en caso de donación aunque el adquirente ignore el fraude la *actio pauliana* procede igualmente en su contra: "Del mismo modo decimos que si a uno se le hizo donación, tampoco se ha de investigar si se hizo sabiéndolo aquel a quien se donó, sino solamente si fueron defraudados los acreedores" (*Digesto*, 42, 8, 6, 11).

En todo caso, se debía siempre considerar si el evento del fraude provocó una imposibilidad efectiva de pagar totalmente lo debido, y todo ello era comprobado una vez cumplida la *bonorum venditio* (procedimiento de ejecución patrimonial de fines de la era republicana) (*Digesto*, 42, 8, 10, 1).

¹⁰⁵ Iglesias, *op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁶ La denominación de la *actio* como "*pauliana*" probablemente derive de llamarla así el propio jurisconsulto Paulo, según la referencia del *Digesto*, libro 22, título I, párrafo 38, frag. 4: "*. . . y en la actio pauliana, por la cual se revocan las enajenaciones que se hicieron en fraude de los acreedores. . .*".

V. CESIÓN DE LOS CRÉDITOS

Si, a vía de ejemplo, Ticio vende un inmueble a Mevio y éste le queda debiendo parte del precio, Ticio posee un crédito que tiene un *valor pecuniario* que se cuenta en el activo de su patrimonio y, siendo un derecho personal, no puede cederlo o transferirlo a otro para pagar, *v. gr.*, una propia deuda. Este es el principio que domina en el derecho romano de la primera época, salvo el caso de la transmisión de obligaciones que pasaban del causante a los herederos. Es decir el traspaso de derechos personales se admitía *mortis causa* pero no tenía lugar por acto *inter vivos*.

Bonfante explica que esta regla, en el desenvolvimiento histórico del derecho romano, debía doblegarse necesariamente ante las exigencias del tráfico civil y comercial; esto es, la obligación —que tuvo “*in origine*” un carácter personalísimo observable en aquella verdadera atadura de la propia persona del deudor a la del acreedor— no podía tardar en convertirse en “comerciable”.¹⁰⁷

Pero para ello, había que salvar, además del escollo representado por el carácter estrictamente personal de la *obligatio*, otro también de gran envergadura: la antítesis entre los derechos reales y personales que no permitía particularmente utilizar los medios de transferencia propios del ámbito de los derechos reales como la *mancipatio*, la *in iure cessio* o la *traditio*.

Los escollos gradualmente fueron salvándose utilizándose medios específicos, distintos desde luego de los “modos de adquirir” el dominio y los demás derechos reales, para transferir los créditos, y que actuaban más bien en forma indirecta. Así, cambiando el acreedor antiguo por uno nuevo (novación) en virtud de un acto jurídico formal (por estipulación); no había aquí en verdad una verdadera “cesión” del crédito hecha por el antiguo acreedor directamente al nuevo, sino más bien una sustitución de la antigua *obligatio* por una nueva, que extinguía la anterior novando el sujeto activo o acreedor de la siguiente manera: el deudor tenía que prometer formalmente al nuevo acreedor el mismo débito. En el ejemplo dicho, sería: ¿Mevio, lo que le debes a Ticio,

¹⁰⁷ Bonfante, *op. cit.*, p. 418.

prometes dármele a mí? Prometo. (*Mevius, quod Titius debes, mihi dare spondes? Spondeo.*)

Una vez desarrollado el procedimiento formulario, la falta de cesión se salvaba mediante un mandato judicial. Así, si un acreedor quiere ceder a otro su crédito, le confiere mandato para que él litigue y cobre judicialmente la deuda. Se da aquí la particularidad de que el mandatario obra en nombre del mandante pero en beneficio propio (*procurator in rem suam*).

Para mejor comprender el espíritu del derecho romano clásico en materia de cesión de créditos, dejemos que sea ahora el propio Gayo quien nos lo explique: "Las obligaciones, cualquiera sea la manera por la cual se hayan contraído, no admiten ninguno de estos modos de enajenación [*mancipatio, in iure cessio, traditio*]. En efecto, si yo quiero que lo que me es debido a mí por un tercero, te sea debido a ti, no puedo conseguirlo por ninguno de los modos de enajenación de las cosas corporales, sino que es necesario que a invitación mía así lo estipule con mi deudor, el cual quedará liberado respecto de mí y comenzará a estar obligado respecto de ti. Esto es llamado 'novación' de la obligación (*novatio obligationis*). . . Sin esta 'novación', no habrías podido actuar [en contra del deudor] en tu nombre propio, y deberías proceder en el de mi persona, como si fueras un agente (*cognitor*) o un procurador (*procurator*) mío" (Gayo, *Institutas*, II, 38 y 39).

Pero estos principios, desde fines de la era clásica, durante la posclásica y en la fase epigonal justiniana, fueron gradualmente superándose, en el sentido de que se comienzan a aceptar medios directos de transferencia del crédito entre cedente y cesionario. Así, ciertas constituciones otorgan al *comprador* de un crédito "acciones útiles" para dirigirse contra el deudor. Gradualmente se acepta que la cesión pueda fundarse en las más variadas "*justas causas*" compraventa, donación permuta.

Pero tales avances posclásicos, mantenían el inconveniente que no desligaban al deudor del primer acreedor, no obstante la validez de la transferencia del crédito entre el antiguo y el nuevo acreedor (entre el "cedente" y el "cesionario"). Es decir, la acción del cesionario se sumaba o acumulaba a la del cedente.

Por una constitución de Alejandro Severo (probablemente interpolada por los compiladores bizantinos) recopilada en *Código* 8, 16 (17), 4, se establece el instituto de la *denuntiatio* o notificación de la transferencia, disponiéndose que realizada por el cesionario al deudor, éste ya no podrá pagar con efecto liberatorio a su primer acreedor.

Finalmente cabe precisar que en la época posclásica también se regularon las consecuencias de las transferencias de crédito especulativas, ordenándose que el deudor puede liberarse de su deuda pagando al cesionario la misma suma que éste dio al cedente como precio de la transferencia del crédito (*Código*, 4, 35, 22 y *Código*, 4, 35, 23, 24).

SEGUNDA PARTE. Las obligaciones

VI. Extinción de las obligaciones	177
1. Modos de extinción “ipso iure”	178
A. La solutio per aes et libram	178
B. La acceptilatio	178
C. El pago o solutio	179
D. Requisitos del pago	179
E. Novación	181
F. Confusión	184
G. Mutuo consentimiento	184
H. Pérdida de la cosa debida	184
2. Modos de extinción ope exceptionis	184
A. Compensación	185
B. Transacción	185
C. Pactum de non petendo	186
D. Praescriptio longi temporis	186

VI. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

La obligación se extinguía normalmente con el hecho de cumplir el deudor la prestación, esto es, con el pago o *solutio*: se desligaba así el deudor del vínculo que lo constreñía al acreedor. Por otra parte, según la concepción más antigua, al desvinculación del deudor sólo podía ocurrir mediante "solemnidades inversamente simétricas a aquellas que lo habían vinculado: así la obligación constituida por la formalidad del *nexum* debía extinguirse por medio de la *solutio per aes et libram*,¹⁰⁸ además, esta ritualidad (similar a la *mancipatio*) fue en una primera época la única forma idónea de liberación del obligado".¹⁰⁹

Tal concepción perduró después respecto de la extinción de otras obligaciones, contraídas en el ámbito del *ius civile* mediante formalidades. Así, *v. gr.*, aquella contraída por la forma verbal de la *stipulatio*, se extinguía por virtud de otro acto formal (verbal) congruente denominado *acceptilatio*, que luego observaremos.

Estos modos de extinción del *ius civile*, cabe poner en relieve que actuaban en el sentido de hacer cesar directa y sustancialmente (*ipso iure*) la relación obligatoria. El *vinculum* que entrañaba la *obligatio* desaparecía de raíz.¹¹⁰

Junto a los modos formales del derecho civil que operan de pleno derecho ("*ipso iure*"), se desarrollan gradualmente los modos de extinción del derecho pretoriano u honorario, que actuaban en el sentido de paralizar o invalidar con una excepción la acción interpuesta por el acreedor. Por el hecho de fundarse en una *exceptio*, estos modos de extinción pretorianos se denominan "*ope exceptionis*".

Por tanto, en el ordenamiento romano las obligaciones se extinguían de manera distinta, según si se consideraba que la extinción se produ-

¹⁰⁸ La "*solutio per aes et libram* era un modo formal del *ius civile*" que se realizaba con el mismo rito de la *mancipatio*, es decir, mediante el procedimiento del cobre y la balanza. El deudor pronunciaba una fórmula por la que se proclamaba independiente y liberado del vínculo que lo sometía al acreedor, y golpeando la balanza con un trozo de cobre lo consignaba en favor del titular del crédito (*veluti solvendi causa*). *Vid.*, Argüello, *op. cit.*, p. 414.

¹⁰⁹ Di Marzo, *op. cit.*, p. 214.

¹¹⁰ Iglesias, *op. cit.*, p. 509.

cía en virtud del *ius civile* extinguiéndose definitivamente la relación obligatoria y quedando ésta, entonces, sin *actio* que pudiera interponerse judicialmente *ipso iure*; o según si era necesario una concreta reclamación o alegación judicial concedida *in iure*, que el deudor hacía valer en el juicio en que se le cobraba la obligación (*ope exceptionis*).

Pues bien, cabe precisar que este criterio de eficacia de la extinción, abre un distingo que sólo tendrá vigencia clásica, pues en el derecho justinianeo se precisa que no hay ninguna diferencia en que la acción se extinga para el acreedor por efecto del derecho civil mismo o que ella, existiendo, se invalide a consecuencia de haberse opuesto por vía procesal una excepción. Es el criterio que ha trascendido al derecho moderno, dispuesto en *Digesto* 50, 17, 112: "Ninguna diferencia hay entre que de derecho no tenga una acción o que ésta sea invalidada por excepción" (*Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat. an per exceptionem infirmetur*).

I. MODOS DE EXTINCIÓN "IPSO IURE"

A. *La solutio per aes et libram*

Era una forma solemne de extinción de la obligación contraída "*nexum*"; requería la comparecencia del acreedor y del deudor ante el portabalanza y cinco testigos. Correspondía al deudor decir una frase solemne liberatoria que, en un comienzo, formalizaba un pago real y efectivo. Con el tiempo, esta solemnidad se utilizó como símbolo para darle fuerza civil al cumplimiento de obligaciones diversas, como la condena pecuniaria impuesta por una sentencia; también se utilizó en el pago de legados.¹¹¹

B. *La acceptilatio*

Era un modo formal de extinguir las obligaciones derivadas de contratos verbales, particularmente de la *estipulación*. Se fundaba en una pregunta que hacía el deudor, seguida de la respuesta del acreedor. El primero decía: "¿Lo que yo te prometí lo has recibido?", y el acreedor le contestaba: "Lo tengo recibido" (*Habesne acceptum? Habeo*). Después de ser una forma viva que da validez a un pago efectivo, pasa a

¹¹¹ Legados *per damnationem*. Ver este tipo de legados en nota 46 de esta segunda parte.

ser la *acceptilatio* una forma *abstracta* de extinción de la obligación (desvinculada de una *causa* específica que la legitime), transformándose así en una *imaginaria solutio* que se extiende tanto a las obligaciones derivadas de contratos verbales como literales.

Con la finalidad de poder utilizarla en otro tipo de obligaciones no necesariamente *verbis* o *litteris*, se transformaba (novaba) la obligación en una *stipulatio*, denominada "estipulación aquiliana" debido a que fue el jurisconsulto clásico Aquilio Galo quien ideó tal procedimiento.

C. El pago o solutio

Hemos observado que los modos de extinción *solutio per aes et libram* y *acceptilatio*, en su origen constituyen *pagos efectivos* revestidos de una forma o solemnidad que les da fuerza civil, si bien después devienen en formas abstractas de extinción.

Ahora, la acepción simple de *pago* o "*solutio*", tiene también relación con el cumplimiento de lo que se debe, pero sin sujeción a formas determinadas, como principio de carácter general. Excepcionalmente y, atendida la naturaleza de la cosa que se paga (*mancipi*), en las obligaciones de *dare*, el pago debía hacerlo el deudor con las formas de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* pero si era *nec mancipi* bastaba la *traditio*. Además, las referidas exigencias formales van perdiendo validez en la evolución del ordenamiento romano, hasta que finalmente son suprimidas en la compilación justiniana. De manera que el pago o prestación de lo debido, desvinculado de toda formalidad, constituye en el derecho romano una manifestación evolucionada del *cumplimiento*, modo normal o natural de extinguir la obligación.

Así entendido, el pago constituye entonces la exacta ejecución de la deuda, en el lugar, tiempo y modalidades convenidas. Podemos decir también que el pago es el cumplimiento voluntario de la prestación originariamente prevista por las partes: "*Solvere dicitur qui id facit quod facere promisit*".¹¹²

D. Requisitos del pago

Debía prestarse *todo el objeto* debido, fuese éste un *dare, facere* o *praestare*. Por tanto, no se podía constreñir al acreedor a recibir sólo parte de lo debido. Así, si se estaba obligado a dar una suma de dinero,

¹¹² Bonfante, *op. cit.*, p. 423.

se podía pagar en cuotas solamente si así se había pactado. El pago total es el que otorga la definitiva liberación del deudor. Dice Paulo: "Siempre que lo que yo te deba haya ido a tu poder, y nada te falte, compete a perpetuidad la liberación" (*Digesto*, 46, 3, 61).

Excepción a este principio es, que si parte de la deuda se torna litigiosa, se admitía mientras tanto pagar aquella parte de la deuda que no se discutía en el litigio.

En cierto modo también constituye una excepción a la norma general de que el objeto debe pagarse íntegramente, la facultad que tenía el heredero de una herencia cargada de deudas de convocar a sus acreedores para invitarles a reducir proporcionalmente sus créditos. También lo es la institución denominada *beneficio de competencia* por la cual el deudor tiene derecho a solicitar se le condene a pagar sólo en la medida de sus facultades (*in id quod facere potest*).¹¹³

En cuanto a los sujetos, el pago debe ser hecho por el deudor. "Pero puede hacerlo también un tercero a no ser que, habiéndose considerado especialmente las cualidades o aptitudes del obligado se exija de él, precisamente, el cumplimiento de la prestación."¹¹⁴

Si un tercero paga por el deudor, la deuda se extingue si aquél lo hizo con intención liberatoria, con voluntad de extinguir la deuda ajena, y se subrogará en el lugar del acreedor si éste le cede su *actio in personam* contra el deudor.¹¹⁵

El pago debe hacerse al acreedor. Puede también recibir válidamente el pago un representante suyo (*procurador, tutor, etcétera*).

En caso de que una persona tenga varias deudas con un mismo acreedor y le paga una suma inferior al total, aceptada por el acreedor si no hay acuerdo previo al modo de imputarla, debe hacerse primero respecto de los intereses y después respecto del capital, y el crédito vencido prefiere al que está por vencer y al más oneroso. Si no se dan estas circunstancias (*v. gr.*, varios créditos vencidos iguales) el pago se imputa proporcionalmente a cada uno de ellos.

Si el deudor ofrecía el pago en forma íntegra y oportuna y era rechazado por el acreedor, hemos observado que este último incurría en mora. En tal caso, el derecho romano autorizó al obligado a depositar en un lugar público (*obsignatio*) el objeto debido, usándose para estos efectos templos u otro lugar designado por el magistrado. Moderna-

¹¹³ *Ibid.*, p. 425. Las personas a las cuales compete el beneficio son, entre otras: el marido con respecto a la mujer y, por derecho justiniano, la mujer con respecto al marido; los ascendientes, el suegro, el donante.

¹¹⁴ Iglesias, *op. cit.*, p. 510.

¹¹⁵ Bonfante, *op. cit.*, p. 424.

mente se denomina pago por consignación. Tiene poder liberatorio *ipso iure*.

Respecto al *lugar* en que debe hacerse el pago, si la obligación es contractual, se debe hacer en el lugar convenido. Caso contrario se consideraba la naturaleza de la prestación. En caso de débito de cosas corporales muebles o inmuebles, era aquel en que aquéllas se encontraban. Si se trataba de una suma de dinero, el lugar en que se había contraído la obligación. En caso de litigio e interpuesta ya la acción por el acreedor, el lugar era el del juicio. "El derecho justiniano fue proclive a darle la elección al deudor."¹¹⁶

En cuanto al tiempo, si éste no había sido establecido, debía cumplirse la prestación apenas fuera posible, conforme su naturaleza: "*Nada se puede pedir antes del tiempo en que por la naturaleza de las cosas se puede pagar*" (*Digesto*, 50, 17, 186). Si se establecía un plazo para pagar, el acreedor no podía pedir el pago antes del vencimiento: "*Y cuando a la obligación se añade tiempo para pagar, no se puede pedir, sino transcurrido aquél*" (*Digesto*, *idem* texto). Pero no se impedía al deudor cumplir anticipadamente: "*la agregación de día es a favor del deudor, no a favor del estipulante*" (*Digesto*, 41, 141, 1).¹¹⁷

En cuanto a la *prueba del pago*, hay libertad plena de medios probatorios en la era clásica, la que se restringe notablemente en el derecho justiniano. Así, el pago de deudas documentado se prueba con cinco testigos; el recibo (*apocha*) sólo tiene plena eficacia probatoria cuando, presentado en juicio, no es impugnado por el acreedor en el plazo de treinta días.¹¹⁸

E. *Novación*

Otra forma de extinción *ipso iure* es la novación (*novatio*), que consiste en cambiar, sustituir una obligación preexistente por una nueva. Y ello ocurre en el ordenamiento romano cuando a una obligación ya existente se le cambia un elemento de la misma. Por ejemplo, el acreedor, el deudor o el objeto: una sustitución de esa trascendencia, se entiende que conlleva necesariamente una extinción de la antigua obligación y el nacimiento de otra nueva.

Es preciso observar que, al mismo tiempo que se extingue la primitiva *obligatio*, se crea una *nueva*. De allí el nombre de "*novatio*"; y de allí también que su efecto sea doble: es extintivo pero también creador.

¹¹⁶ Di Marzo, *op. cit.*, p. 117.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Vid.*, Bonfante, *op. cit.*, p. 429, e Iglesias, *op. cit.*, p. 513.

Las razones de carácter economicosocial diverso conducían muchas veces a los ciudadanos en la esfera de sus negocios y compromisos a modificar los elementos originarios que integraban una *obligatio*. En el orden cronológico se observan los primeros cambios o sustituciones con relación a los sujetos (época clásica). Así, cuando un acreedor (Ticio) quería sustituir su calidad de tal con el fin de que otro (Mevio) fuera el nuevo titular del crédito (como cuando Ticio es a su vez deudor de Mevio y quiere sea éste el nuevo titular de su crédito), conviene con su deudor para que le prometa a Mevio la deuda correspondiente. El que se hace nuevo acreedor, debe *estipular* y dice, refiriéndose al deudor: “¿Lo que le debes a Ticio, prometes dármelo a mí?”. Y el deudor responde: “Prometo darlo a Mevio”.

La novación por cambio de acreedor se parece a la cesión de créditos; pero la cesión de créditos, en *sentido estricto* según hemos ya observado, no requiere el consentimiento del deudor (a menos evidentemente que se recurra, por vía indirecta, a esta forma de la *novatio* para lograr el efecto de la cesión).

La novación del sujeto (novación subjetiva) en el ordenamiento romano se denomina “*delegatio*” y será activa en el caso explicado, esto es, cuando hay sustitución de acreedor. Una vez formalizada esta especie de novación subjetiva, el deudor quedaba liberado respecto de su antiguo acreedor, pero se vincula respecto del nuevo titular del crédito.

La delegación pasiva también es admitida. Es la novación por cambio de deudor y se denomina *expromissio*. Tiene lugar cuando se sustituye un nuevo deudor al antiguo que, en consecuencia, queda libre. Persiste así —igual que en la delegación activa— el mismo objeto o prestación (*id quod iam debetur*). En la vida práctica romana se observa cuando el deudor primitivo es, a su vez, acreedor de un tercero. Por ejemplo cuando Flavio es deudor de Claudio y acreedor de Sempronio por una suma igual de 1 000 sextercios. En tal caso y supuesto un acuerdo previo informal, Sempronio *estipula*, es decir, promete formalmente la referida suma en favor de Claudio. El primitivo deudor (Flavio) queda así liberado respecto de su acreedor (Claudio) y Sempronio le debe ahora los 1 000 sextercios a este último.

La novación, en el ejemplo expuesto se ha producido en razón del cambio operado respecto del sujeto deudor en la primitiva *obligatio*. Si ya no es más Flavio y ha sido sustituido por Sempronio, hay motivo suficiente para entender *extinguida* la antigua relación obligatoria y nacida una nueva entre Claudio (antiguo acreedor) y Sempronio (nuevo deudor).

Para la validez de la novación, además de la formalidad de la *stipulatio*, el derecho clásico exigía elementos nuevos (*aliquid novi*) como nuevo acreedor, nuevo deudor; pero exigía además que la obligación novada tuviera idéntico objeto que la primitiva obligación (*idem debitum*). No era admitido por tanto, en la era clásica, que se mudara el objeto de la *obligatio* (novación objetiva). Se requería también la validez de la obligación originaria; pero cabe advertir que no sólo las obligaciones civiles podían ser novadas, pues las naturales también podían serlo.

En la era clásica, si bien es cierto que el requisito formal de la *stipulatio* constituye elemento primordial de la *novatio*, no se puede perder de vista que tras la forma está la voluntad de las partes. Pero esta voluntad, una vez vaciada en la formalidad *verbis* de la estipulación, se subsume, se objetiva en ella, y de la *forma* arranca el *efecto jurídico novatorio*.¹¹⁹ En el derecho justiniano, en cambio, debido a la decadencia de las estipulaciones verbales y la introducción del documento (de la "*scriptura*") hace que el antiguo criterio formalista sacramental sea remplazado por la primacía de la *voluntad o consentimiento de las partes*: de aquí la doctrina del ánimo de novar (*animus novandi*), que por su amplia naturaleza, entiende las posibilidades de novar al ámbito del *objeto* mismo.¹²⁰

En cuanto a los efectos, lo fundamental en la novación es extinguir de pleno derecho (*ipso iure*) la obligación anterior. Pero extinguía también las garantías y refuerzos del crédito primitivo (prendas, fianzas, etcétera). "Si habían de subsistir para garantía de la naciente obligación, debían constituirse de nuevo".¹²¹ Tampoco se podían oponer contra la nueva las *excepciones* que admitía la obligación extinguida. Así, si el deudor hubiera podido oponer la excepción de prescripción de la deuda, respecto de la antigua *obligatio*, no lo puede hacer respecto de la nueva, a menos que en ésta se vuelvan a dar las mismas circunstancias que en la anterior hicieron procedente la "*exceptio temporis*".¹²²

¹¹⁹ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 396.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Argüello, *op. cit.*, p. 418.

¹²² Por la "*praescriptio longi temporis*" recordemos que Teodosio II (siglo v d. C.) declaró se extinguían las acciones (reales y personales) que no se habían hecho valer dentro del lapso de 30 años (*Código*, Th. 4, 14, 1; *Código*, 7, 39, 3) ("*Praescriptio triginta annorum*").

F. *Confusión*

La obligatio se extingue por “*confusio*” en el supuesto que en una misma persona se den las cualidades de acreedor y de deudor. Así, *v. gr.*, cuando un deudor hereda el crédito que debía satisfacer.

De ordinario ocurre a consecuencia de la herencia o de otra adquisición universal.¹²³

G. *Mutuo consentimiento*

Por virtud del principio *nudi consensus obligatio contrario consensu solvitur*,¹²⁴ las obligaciones nacidas *solo consensu*, podían extinguirse por mutuo disentimiento cuando aún no se había dado comienzo a su cumplimiento o ejecución. Aplicado el criterio en un principio sólo para la compraventa, se extiende después a los otros contratos consensuales (arrendamiento, sociedad, mandato).

H. *Pérdida de la cosa debida*

En caso que la prestación se hiciera imposible por *casus fortuitos*, como cuando la *specie o corpora* debida se destruía sin dolo ni culpa del deudor (*factum debitoria*), extinguíase la *obligatio ipso iure*. Estamos aquí frente a una situación donde *no se configura la mora* y no hay por tanto *perpetuatio obligationis*, base jurídica que si falta, extingue de raíz la *actio in personam* que tenía el acreedor liberándose por tanto el deudor.

Se exceptúa la pérdida de cosas de género, pues éste no perece (*genus nunquam perit*).

2. MODOS DE EXTINCIÓN OPE EXCEPTIONIS

Cuando el acreedor tenía *actio in personam* y la hacía valer judicialmente en contra del deudor, éste *podía en ciertos casos oponerse a ella mediante una excepción* que tenía la fuerza de enervar o paralizar la *actio*. Por vía procesal operaba, *in substantia*, la extinción de la *actio in personam*: extinción *exceptionem ope*.

¹²³ *Id.*, Iglesias, *op. cit.*, p. 518.

¹²⁴ Bonfante, *op. cit.*, p. 431. “La regla tiene sentido y es formulada por los jurisconsultos clásicos solamente para la venta”. *Digesto*, 2, 14, 58.

A. *Compensación*

Modestino define la compensación como “la contribución de una deuda y de un crédito entre sí” (*compensatio es debiti et crediti inter se contributio*) (*Digesto*, 16, 2, 1). Tenía lugar cuando el deudor oponía al acreedor en el proceso un crédito que tenía a su vez contra éste.

En el derecho romano clásico no se admite la compensación como principio de carácter general. Su carácter procesal la hace procedente sólo cuando la estructura de la *fórmula* permite al juez considerar también, en el mismo juicio, el crédito que exhibe el demandado contra el demandante, condenándole nada más que por la diferencia, o bien absolviéndole si las sumas son iguales. “La posibilidad de hacer una valoración conjunta, superando el inconveniente que representa el aislamiento de cada derecho de crédito —cada derecho es específico y, como tal, se individualiza en cada fórmula—, sólo se da en casos excepcionales.”¹²⁵

Entre los casos de excepción, por su particular interés mencionaremos el juicio de buena fe (*iudicium bona fidei*) donde el *iudex* puede considerar las recíprocas pretensiones de las partes. En verdad el juez no está obligado a considerarlas, pero las amplias facultades de que dispone lo conducen habitualmente a estas soluciones de equidad que, por lo demás, se estiman convenientes en la conciencia social de la era clásica (“*bonae fidei iudicio conveniens*”, Gayo, *Institutas*, IV, 63).

Bajo Justiniano, al juez no se le da libertad para admitir o rechazar compensaciones: debe necesariamente admitirlas, siempre y cuando, desde luego, los créditos sean exigibles (sin plazo ni condición pendiente) y *líquidos*. La deuda es líquida cuando está concretamente determinada. No tendrá este carácter, por ejemplo, la obligación de indemnizar perjuicios mientras no se determine exactamente su monto.¹²⁶

B. *Transacción*

Constituye un pacto en virtud del cual los litigantes ponen fin a un litigio ya comenzado pero antes que termine por sentencia, haciéndose recíprocas concesiones.¹²⁷

Para que la “transactio” pudiera operar como modo de extinción *ope exceptionis* requería la concurrencia de algunos requisitos. Así, que

¹²⁵ Iglesias, *op. cit.*, p. 519.

¹²⁶ *Cfr. Código de Justiniano*, 4, 31, 14 (*si causa ex qua compensatur liquida est*).

¹²⁷ La transacción se utilizaba además para evitar un litigio que podía sobrevenir.

la obligación fuese discutida judicialmente. Se daba importancia secundaria a la mayor o menor expectativa de triunfar en definitiva. Ello favorecía el segundo requisito: que los sujetos se hicieran concesiones recíprocas, renunciando o sacrificando parte de sus pretensiones o exigencias en virtud de un *pactum*. Como consecuencia de este acuerdo, el derecho clásico admite que se oponga en juicio la *exceptio pacti*.¹²⁸

Por tanto, finalidad específica de la *transactio* es hacer extinguir, *por vía de excepción*, las obligaciones renunciadas por las partes; y desde el momento que pone fin al litigio, tiene la fuerza de cosa juzgada (*res iudicata*).

Las garantías y refuerzos de las obligaciones extinguidas por la transacción se extinguían también atendido su carácter accesorio.

C. *Pactum de non petendo*

Modo característico de extinguir *ope exceptionis* es el pacto de no pedir (*pactum de non petendo*) acordado entre deudor y acreedor para que éste no exija el cumplimiento.¹²⁹ Constituye, en cierto modo, una especie de remisión o condonación de la deuda, que guarda cierta afinidad con la *acceptilatio* pero diferenciándose de ésta en que el "*pactum*" sólo confiere al deudor una excepción (*exceptio pacti conventi*).¹³⁰

D. *Praescriptio longi temporis*

También es modo de extinción *ope exceptionis* la prescripción de largo tiempo, introducida como *extintiva* de todas las acciones *in personam* por una constitución de Teodosio II, inserta en *Código* de Justiniano (7, 39, 3) y sujeta al término de 30 años. El plazo comienza a correr desde el momento en que el crédito se hace exigible (por ejemplo, al verificarse la condición o cumplirse el término previsto para el pago). La prescripción —que corre en beneficio del deudor— se interrumpe con la demanda del acreedor en cuya virtud interpone la *actio in personam*.

¹²⁸ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 400-401.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 400.

¹³⁰ *Ibidem*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTARIO, Emilio, *Corso di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1947.
- , *Studi di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1936.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 10a. ed., Napoli, Casa Editrice Eugenio Jovene, 1949.
- ARGÜELLO, L. R., *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976.
- ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- BONFANTE, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, 2a. ed., Madrid, Editorial Reus, 1959.
- CAPOGRASSI, Colognesi, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966.
- CUARNERI-CITATO, *Contributi alla dottrina della mora*, Palermo, 1923.
- D'ORS, Alvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Editorial Gómez, 1960.
- De FRANCISCI, Pietro, *Sintesi storica del diritto romano*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, s/f.
- HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, FRANCISCO, *Derecho romano*, Madrid, Escelicer, 1959.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972.
- Di MARZO, Salvatore, *Manuale elementare di diritto romano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1954.
- Di PIETRO, Alfredo, *Institutas, de Gaius*, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1975.
- POUND, ROSCOE, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico, interpretación ética*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1950.
- SAMPER, FRANCISCO, *Derecho romano*, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1975.
- SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Editorial Bosch, traducción de José Santa Cruz T., 1960.
- TOPASIO FERRETTI, Aldo, *La posesión inscrita en el derecho romano*, Valparaíso, Edeval, 1978.

———, *Estudios de derecho romano*, Valparaíso, Ediciones Edeval, 1975.

TORRENTE, Andrea, *Manuale di diritto privato*, 4a. ed., Milano, Giuffrè, 1960.

VALIÑO, Emilio, *Instituciones de derecho privado*, Valencia, Artes Gráficas Soler, 1978.

VILLEY, Michel, *El derecho romano*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.