

367
29



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"**



**LOS PACTOS EN EL DERECHO
ROMANO CLASICO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A I
CAROLINA SERRANO ARIAS



Sau Juan de Aragón, Edo. de México

1990

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

P R Ó L O G O

A sido *communis* en la romanística contemporánea tradicional el considerar como pacto todo acuerdo de voluntades carente de formalidad y forma. Las diversas malinterpretaciones que originaron esta tendencia subsisten y han trascendido tanto al contenido de la doctrina actual como a su difusión académica universitaria.

El principal objetivo de este trabajo ha sido el debatir la postura tradicionalista respecto de los pactos, proponiendo una clasificación de la que se excluyan y en la que se incluyan diversas figuras que recibían un trato incorrecto; para esto, nuestra investigación estuvo permanentemente orientada hacia el análisis de fuentes jurídicas directas, por el estudio de las literarias e influida por los autores que las han tomado como base en sus manuales o monografías, a fin de estar en condiciones de fundamentar nuestro personalísimo punto de vista y de poder -- refutar el de diversos tratadistas con los que guardamos franca discrepancia.

Por otra parte esperamos que la benevolente crítica del lector no entienda como parco el desarrollo concreto -- más que breve, que hemos hecho de nuestro tema de tesis, --

ya que después de exponer los puntos de vista de los que divergimos y de fundamentar el nuestro, sería ocioso divagar más allá de las conclusiones a que hemos llegado y -- para cuya exposición nos han bastado algunas líneas solamente.

Asimismo esperamos que nuestro trabajo goce más que del mérito de la abundancia del de la seriedad académica a que todo alumno que ha concluido una licenciatura universitaria está obligado y que no queda supeditado de forma alguna al primero.

Concluyendo diremos que con esta minúscula contribución hemos querido tributar nuestra gran admiración a la genialidad de los juristas clásicos cuya concisión y claridad de pensamiento ha quedado plasmada --afortunadamente-- en numerosos sistemas legales contemporáneos de ascendencia romanística.

C. S. A.

SIGLAS Y ABREVIATURAS ESPECIALES

- AHDE = Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid).
- C. = *Codex Iustinianus*: Código de Justiniano.
- C. Th. = *Codex Theodosianus*: Código Teodosiano.
- D. = *Digesta*: Digesto
- DD. = *Dictio Dotis*, de Ortega Carrillo.
- DPR. = Derecho Privado Romano, de d'Ors.
- DR. = Derecho Romano, de Arias Ramos.
- DR. = Derecho Romano, de Hernández Tejero.
- DR. = Derecho Romano, de Iglesias.
- DR. = Derecho Romano, de Margadant.
- DR. = Derecho Romano, de Ourliac.
- DR. = Derecho Romano, de Padilla.
- DRA. = Derecho Romano Actual, de Savigny.
- DRC. = Derecho Romano Clásico, de Schulz.
- DRP. = Derecho Romano Privado, de Kaser.
- EP. = *Das Edictum Perpetuum*, de Lenel.
- Ep. Ulp. = *Epitome Ulpiani*
- Frag. Vat = *Fragmenta vaticana*
- Gai. = *Gaius, Institutionum comentarii quattuor*: -
Instituciones de Gayo.
- HDR. = Historia del Derecho Romano, de Arangio Ruiz.

- h. t = *hoc titulo*: que indica el título del D., Inst. o C. anteriormente citado.
- IDR. = *Instituzioni di Diritto Romano*, de Biondi.
- IDR. = Instituciones de Derecho Romano, de Bonfante.
- IDR. = *Instituzioni di Diritto Romano*, de Perozzi.
- IDR. = *Instituzioni di Diritto Romano*, de Voci.
- in fine = Indica la parte final de un texto
- Inst. = Instituciones de Justiniano.
- itp. = interpolación (o -ado): indica los textos que se consideran interpolados, precediéndoles -- cuando se les cita con ese carácter.
- IV. = *Ius Vxorium*, de García Garrido.
- MDPR. = *Manuale di Diritto Privato Romano*, de Burdese.
- Nov. = Novelas de Justiniano.
- Paul. Sent. = *Pauli Sententiae*: Sentencia de Paulo.
- pr. = *principium*: principio de algún párrafo del D. o de las Inst.
- SDDR. = *La restituzione della Dote nel Diritto Romano*, de Solazzi.
- SDHI. = *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Roma).
- SHDR. = Síntesis Histórica del Derecho Romano, de Francisci.
- VR.II y III = *Vrbs Roma*, I y II, de Guillén.

I N D I C E S U M A R I O

	Pp.
Prólogo	V
Siglas y abreviaturas especiales	VII
Capítulo I	
A. Concepto de pacto	1
B. Clasificación tradicional.	9
1. Pactos nudos	11
2. Pactos vestidos.	13
a) <i>Pacta adiecta</i>	14
b) Pactos pretorios.	18
c) Pactos legítimos	19
Capítulo II	
A. Los mal llamados pactos pretorios y legítimos.	21
1. Pactos pretorios	21
a) <i>Constitutum debiti</i>	26
b) <i>Receptum argentarii</i>	41
c) <i>Receptum nautarum cauponum stabulariorum</i>	45
d) <i>Receptum arbitrii</i>	51
2. Pactos legítimos	55
a) La promesa de dote.	60
b) La promesa de donar	79
c) Pacto de compromiso	88

Capítulo III

A. Los pactos en el Derecho Romano clásico	94
1. Pacto a favor de tercero	95
2. Pacto comisorio	98
3. Pacto de vendendo	102
4. Pacto de fiducia	104
5. Pacto de indemnización por evicción	107
Conclusiones	112
Índice alfabético	122
Índice de fuentes	126
Bibliografía	131

CAPÍTULO I

A. Concepto.

Para poder dar una definición del pacto, es menester hacer una breve referencia de la convención, en virtud de que ésta nos servirá de base para dar una explicación más amplia, no tan sólo del concepto, sino en general del desarrollo de nuestro trabajo.

Ulpiano manifiesta que la convención es todo acuerdo que sirve para contraer un negocio o para excluir una acción, esta definición la apoyamos en la siguiente cita del Digesto:

D.2,14,1,3. Conventiois verbum generale -- est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt...

Convención es una palabra general que se refiere a todo aquello en que consienten los que tratan entre sí un negocio a causa de un contrato o transacción...

Pietro Cerami¹ señala que Ulpiano, al hablar de convenciones se refiere a todos los negocios convencionales

1. Cerami, Pietro. Congetture sulle "tres species conventioinum", en Atti Accad. Napoli, (1974), p. 298 y sigs., citado por d'Ors, AHDE. *Conventiones y Contractus*. 1976. p.135.

que van a dar origen a una obligación.

Siguiendo el razonamiento de Álvaro d'Ors podemos señalar que la convención *negocial* (que da lugar a acción) - se refiere de una manera general (como el mismo Ulpiano señala *verbum generale*), a todos aquellos actos o negocios - que originan una *actio in personam civil*, es decir una -- obligación.

Ahora bien, Ulpiano en D. 2, 14, 5., señala que hay - tres clases de convenciones: públicas y privadas y subdivi- de a las segundas en legítimas y de Derecho de gentes, así afirma:

D. 2,14,5. *Conventionum autem tres sunt -- species. aut enim ex pública causa fiunt. aut ex privata: privata aut. legitima aut iuris -- gentium.*

Hay tres clases de convenciones o se hacen por causa pública o por causa privada y ésta -- puede ser de ley o de Derecho de gentes.

Por lo que respecta a la convención pública, d'Ors -- opina de la misma forma que Ulpiano, al considerar que es cualquier acuerdo hecho entre jefes de militares.²

2. D'Ors, Álvaro. *ABDE. Convenciones y Contractus*. 1976, p.135. Cfr. Liv. 9,8,6; 38,42; Val. Max. 6,3,3; Cic. De Or. 1,40; 2,32; de Off. 3,109; Top. 9; Pro Caec. 34.

Cabe también señalar que Ulpiano al decir que son tres las clases de convenciones, es porque él subdivide a las privadas en legítimas y de Derecho de gentes, sin embargo no nos da una explicación de lo que es la convención legítima, y al respecto Cerami opina que son los acuerdos privados que están reconocidos expresamente por una ley o un senadoconsulto, sin embargo d'Ors dice al respecto que -- Cerami se apoya en el fragmento 6 de Paulo, que "evidentemente fue insertado por los compiladores con el fin de --- explicar la *conventio legitima*".³

por el momento no explicaremos esta categoría de convenciones en virtud de que forma parte de un tema que trataremos posteriormente.

Ahora bien, en cuanto a las convenciones privadas de Derecho de gentes d'Ors afirma que "son todos aquellos contratos cuyas acciones se recogían en el edicto XIX", Ulpiano no nos da en el Digesto una definición de estas convenciones sino únicamente dice que:

D. 2, 14, 7, pr. *Iuris gentium conventiones - quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.*

De las convenciones de derecho de gentes - unas engendran acciones y otras excepciones.⁵

3. D'Ors, Álvaro. *AHDE. Convenciones y Contractus*. 1975. p. 132

4. D'Ors, Álvaro. *AHDE. Convenciones y Contractus*. 1975. p. 143

5. Cfr. Francisci, Pietro, S H D R. p. 301 y sigs.

Como ya señalamos anteriormente, la convención negocial que origina acción son todos aquellos actos que generan una acción personal civil, es decir una obligación.

En cuanto a las convenciones privadas de Derecho de gentes que producen excepción, Ulpiano se refiere a los pactos, y señala:

D. 2, 14, 7, 4. Sed cum nulla subest causa, - propter conventionem hic constat non posse -- constitui obligationem: igitur nuda pactio -- obligationem non parit, sed parit exceptionem.

En cambio cuando no existe ninguna causa, consta que no puede constituirse obligación -- con base en la convención; así pues, el simple pacto no engendra obligación, sino excepción.

Ulpiano define etimológicamente el pacto como:

D. 2, 14, 1 y 2. Pactum autem a pactio ne dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.

Pacto viene de pacción (de donde procede también el nombre de paz), y la pacción es el acuerdo y consentimiento de dos o más personas en una misma cosa.

Sin embargo es necesario hacer notar que esta definición etimológica que nos da Ulpiano en el libro 14 del ---

Digesto, "no es directamente de *pactum*, sino de *pactio*, palabra de la que él deriva *pactum*".⁶

Ulpiano relaciona *pactum* con *pactio* y con *pax*, que -- son palabras derivadas del verbo *pacisci*; cabe señalar que algunos autores como Arias Ramos⁷, Paul Ourliac⁸, Gutiérrez Alviz⁹, entre otros toman como sinónimos *pactio*, *pax*, -- *pacisci* y *pactum*. Ahora bien, Juan Iglesias manifiesta -- que "la definición de *pactio* tiene un valor genérico y no ya específico de *pactum*",¹⁰ esto es, que la palabra *pactio* se refiere a todas las convenciones en general, y la palabra *pactum* en el Derecho romano clásico comprende solamente a las convenciones que originan *exceptio*.

Desde nuestro punto de vista, siguiendo a d'Ors, el concepto clásico de *pactum* se refiere a todos los convenios lícitos que no producen acción y que tienen como efecto dar a la parte interesada una *exceptio* para poderse defender del adversario. El fin del pacto es solucionar un proceso por convenio de las partes. Además el pacto no agrava la situación del demandado.¹¹ Y aun más estos pactos sirven-

6. D'ors, Alvaro. *ANDE. Convenciones y Contractus*, 1976. p. 131.

7. Arias Ramos, Juan. D.R. p. 246.

8. Ourliac, Paul. D.R. p. 233

9. Gutiérrez Alviz, Faustino D. *Diccionario de D.R.* p. 29.

10. Iglesias, Juan. D.R. p. 458.

11. D.2,14,7,5.

para dar contenido a las acciones de buena fe.

El *pactum* responde a una exigencia en cuya virtud los hombres que le han celebrado tienden con éste a ajustar su conducta a líneas acordadas. Tiene por objeto limitar o -suprimir una obligación.

El alcance del pacto es meramente defensivo, además es la manera de protección de que dispone una persona para evitar el daño que teme. Se mantiene vivo el principio -- "*ex nuda pactio actio non nascitur*". Aquí *nudum pactum* -- quiere decir mero consentimiento y no es que el mero consentimiento de las partes no se tenga en cuenta para el nacimiento de una obligación, sino que en el pacto clásico, no se dan los actos constitutivos para que nazca. Incluso, cuando aparentemente sirve para obligarse, el *pactum* sólo engendra una *exceptio*, así por ejemplo; si dos personas celebran un mutuo y pactan el pago de intereses, este pacto en ningún momento dará acción al mutuante para exigir la liquidación de los intereses pactados, sin embargo, sí le proveerá de una *exceptio* para retener la totalidad o la parte que de los intereses voluntariamente le hubiese ya entrega al mutuario.

Si analizamos este ejemplo desde el punto de vista -- del mutuario éste se encontrará con que a pesar de que el

pacto celebrado no le concede acción civil a su contraparte para exigir el pago de intereses, tampoco él puede aprovechar esta situación para recuperar los intereses que en justicia había ya pagado al mutuante, ya que se encontrará con la excepción de no devolución de la que sí ha dotado al segundo el pacto celebrado.

Asimismo, si una suegra celebra con su yerno un pacto de restitución de dote, ésta no tendrá en virtud del mismo una acción civil para demandar la reintegración de la misma: sin embargo dicho pacto le conferirá una excepción para retener la totalidad o la parte que de la dote hubiere devuelto previamente a su yerno.

Al igual que en el ejemplo anterior, visto a la inversa, es decir, desde el punto de vista del yerno, éste se encontrará con que habiendo reintegrado una parte o la totalidad de la dote, en caso de ejercitar una acción para demandar la devolución de lo que entregó, la misma no prosperará ante la excepción de que el pacto ha provisto a su suegra.¹²

El contenido del pactum es muy amplio, sin embargo para su celebración, no se requiere ningún requisito especial

12. Vid.al respecto D. 23,4,26.4.

o formal, el pretor al decir "*pacta conventa servabo*", únicamente condicionaba su efecto a que no fuera contrario a las leyes, prebiscitos, senadoconsultos, o bien el edicto de los príncipes. Pomponio señala al respecto en D. 2, 14, 7, 7 lo siguiente:

D. 2, 14, 7, 7. *Ad praetori: Pacta conventa - quae neque dolo malo, neque adversus leges, -- plebiscita, senatus consulta, decreta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facerunt, --- servabo.*

Decree el pretor: mantendrá los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, prebiscitos, senadoconsultos, -- decretos o edicto de los príncipes, y que no -- sean en fraude de cualquiera de las mismas.

Cabe señalar que en este caso se refiere únicamente al acuerdo al que llegan las partes y a los pactos adicionales, que tienen por objeto suprimir o bien limitar una obligación.

Por su parte Gayo afirma:

D. 2, 14, 20, pr. *Contra iuris civilis --- regulas pacta conventa rata non habentur.*

Los pactos convenidos contra las reglas -- del derecho civil no se consideran válidas.

En el mismo sentido Paulo manifiesta:

Paul Sent. 1,1,4. Neque contra leges neque contra bonos mores pacisci possumus.

No podemos pactar ni contra las leyes ni --
contra las buenas costumbres.

*Paul Sent. 1,1,4a. Pactum contra ius aut -
constitutiones aut senatus consulta interpositum
nihil momenti habet.*

Un pacto interpuesto contra el Derecho o -
las constituciones o los senadoconsultos no ---
tiene validez alguna.

B. Clasificación Tradicional.

Por lo que hace a la clasificación tradicional mencio
naremos las posturas de algunos autores contemporáneos.

Juan Arias Ramos, ¹³ al hacer la clasificación de los
pactos en nudos y vestidos no emite su opinión directamen
te, sino que atribuye al calificativo de éstos a los co-
mentaristas bizantinos.

Por el contrario sí clasifica a los pactos vestidos -
en *adiecta, praetoria y legitima*; los legítimos, los ---

13. Arias Ramos, Juan. D.R. p. 641

considera resultado de la obra de los emperadores.

Los pactos adheridos los clasifica en pactos *ex intervallo* y pactos *in continenti*.

Por lo que se refiere a los pactos pretorios, afirma que son el *constitutum*, el *receptum* en sus tres tipos (*argentarii*, *arbitrii* y el *receptum nautarum, cauponum stabulariorum*) y el juramento voluntario.

En cuanto a los *pacta legitima* señala que son el *pactum dotis*, el *pactum donationis* y el *pactum ex compromisso*.¹⁴

Margadant¹⁵ dice a propósito de la clasificación tradicional de los pactos, que éstos originariamente eran simples pactos, es decir, desnudos pero que debido a la vida económica de Roma que se volvía cada vez más intensa y por ende había un número mayor de convenios, señala que los originariamente pactos nudos o desnudos alcanzaron la categoría de pactos vestidos ya que los revistieron o los dotaron de acción y los clasifica en:

14. Op.Cit. p.642. Señala que este pacto es de la época postclásica.

15. Margadant, Guillermo F. D.R. p. 340 y ss.

Berger¹⁷ sostiene que el *nudum pactum*, es un pacto simple informal el cual no origina ninguna obligación pero sí una excepción; otros señalan¹⁸ que son todos los contratos especialmente los no provistos de acción; o -- bien; señalan que son aquellos pactos incapaces de producir acción.¹⁹

Estas conceptualizaciones del *pactum nudum*, aluden a ángulos muy diversos; sin embargo sí podemos decir en primer lugar que el pacto nudo no es un contrato, sino que como bien afirma Berger²⁰, es un acuerdo simple, y carente de forma el cual origina una excepción y nunca una -- acción.

El pacto nudo consiste en la mera proposición de uno y la aceptación de otro.

Ulpiano señala en D.2,14,7,4., que:

*D.2,14,7,4. Sed cum nulla subest causa --
propter conventionem hic constat non posse --
constitui obligationem: igitur nuda pactio --
obligationem non parit, si parit exceptionem.*

En cambio cuando no existe ninguna causa,

17. Berger, Adolf. APS. p. 602
18. Iglesias, Juan. D.R. p. 457
19. Cfr. C. 2,3,10. y 4,65,27.
20. Berger, Adolf. APS. p. 602.

consta que no puede constituirse obligación - con base en la convención: así pues el simple - pacto no engendra obligación sino excepción.

Como bien afirma Ulpiano, podemos decir que el pacto nudo no origina obligación civil, esto es, jurídicamente exigible; de tal manera que en el pacto nudo interviene únicamente el consentimiento de las partes y como señalamos anteriormente²¹, en él no se dan los actos constitutivos para que nazca la obligación civil, pero sí nace una obligación natural ya que el cumplimiento del pacto celebrado no se considera como pago de lo indebido o como donación.

Este acuerdo de las partes puro y simple tiene como fin evitar la agresión procesal ya que el efecto del pacto celebrado como bien afirma d'Ors "es el negativo de una *exceptio* y no el positivo de una acción".²²

2. Pactos vestidos.

Aunque diversos autores contemporáneos admiten la --

21. Vid. Supra. p. 4.

22. D'Ors, Alvaro. DPR. p. 114.

categoría de los pactos vestidos como aquellos que están revestidos o dotados de acción, lo cierto es que estos pactos vestidos no fueron conocidos por los juristas --- clásicos, incluso, Berger afirma que la denominación se les dio en la época justineana a aquellos convenios que originaban una acción, sin embargo, aún con todo y esto, hay convenios (*pacta adiecta*) que los romanistas encuadran dentro de esta categoría, cuestión que consideramos errónea como veremos en nuestro próximo apartado.

Dentro de la categoría de los pactos vestidos, algunos autores que siguen la clasificación tradicional señalan que son los *adiecta*, *praetoria* y *legítima*.

a) *Pacta adiecta*.

Hernández Tejero²³, dice que los *pacta adiecta* son aquellos que se encuentran añadidos a un contrato; por su parte Gutiérrez Alviz²⁴, manifiesta que los pactos adheridos son aquellos convenios que no se presentan con carácter independiente, esto es, que están unidos a un negocio jurídico principal; al respecto Bonfante²⁵ afirma que los pactos por medio de los cuales se puede ---

23. Hernández Tejero, José. DR. p. 217.

24. Gutiérrez Alviz, Faustino, D. Diccionario de D.R. p. 449.

25. Bonfante, Pedro. HDR. p. 517.

ejercitar la acción del negocio, los escritores romanistas les llaman *pacta adiecta*; otra opinión es la de ---- Schulz, quien dice que los *pacta adiecta* son lo que están añadidos a un contrato y se hallan protegidos por una -- acción.²⁶

Estamos de acuerdo en que los *pacta adiecta* son --- aquellos que se encuentran adheridos o adicionados a un contrato, como bien afirma la gran mayoría de los autores romanistas, sin embargo tomando en consideración la definición clásica del *pactum*²⁷ en contraposición a lo que dice Bonfante y Schulz que por medio de los pactos añadidos no se puede ejercitar acción, ni se encuentran protegidos por ésta, porque como bien afirma d'Ors el efecto del pacto es siempre dar origen a una *exceptio*, lo que sucede es que un pacto añadido da contenido a una acción de buena fe, esto es, que estos pactos dan contenido a una obligación previamente establecida sin que por sí -- mismos produzcan acción. Por lo que nos atrevemos a desvirtuar la clasificación que hacen los autores tradicionalistas de introducir en los pactos vestidos a esta categoría de pactos, puesto que no producen acción.

26. Schulz, Fritz. DRC. p. 450.

27. Supra. num. 5.

Ahora bien, estos pactos que han sido establecidos - por las partes, son tenidos en cuenta por el juez como - el contenido propio de la obligación, aunque dichos pactos no se hallan insertado expresamente en la fórmula.²⁸

Los *pacta adiecta* se pueden convenir en el momento - de celebrarse el contrato, esto es, que van a presentarse como cláusulas del mismo, y se consideran incorporados al propio contrato, se hacen valer con la acción --- contractual y en este caso reciben el nombre de *pacta in continenti*.

En ocasiones los pactos se celebran después de concluido el contrato y se denominan *pacta ex intervallo*, - pero es necesario aclarar que este pacto va a valer únicamente cuando disminuya la obligación del demandado, -- nunca a aumentarla²⁹, o bien cuando supongan incluso - una renuncia a una excepción. En D.2,14,7,5 encontramos apoyo a los pactos *in continenti* y a los pactos *ex --- intervallo*:

D.2,14,7,5. *Quin immo interdum format -- ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis ---- solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis , sed hoc sic accipiendum est, -*

28. Cfr. D. 18,5,3.

29. Cfr. D. 15,1,72, pr.

ut si quidem ex continenti pacta subsecuta --
 sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex inter-
 vallo, non inerunt, nec valebunt si agat, ne --
 ex pacto actio nascitur. ut puta post divortium
 convenit, ne tempore statuto dilationis dos --
 reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex
 pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit:
 et si in tutelae actione convenit, ut maiores-
 quam statutas sun usurae praestentur, locum --
 non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea --
 enim pacta insunt quae legem contractui dant,
 id est quae in ingressu contractus facta sunt,
 idem responsum scio a Papiniano, et si post --
 emptionem ex intervallo aliquid extra naturam
 contractus conveniat, ob hanc causam agi ex --
 emptione posse propter eandem regulam, ne ex
 pacto actio nascatur. quod et in omnibus --
 bonae fidei iudiciis erit dicendum. sed ex-
 parte rei locum habebit pactum, quia solent --
 et ea pacta, quae postea interponuntur, ----
 parare exceptiones.

Por lo demás a veces forma parte de la
 acción misma, como en los juicios de buena -
 fe, pues solemos decir que los pactos conve-
 nidos están incluidos en los juicios de bu-
 na fe. Pero se entiende esto siempre que --
 los pactos hayan seguido inmediatamente y --
 sean a favor del demandante. Si ha mediado
 un intervalo, no se consideraran incluidos -
 ni valdrán para el demandante a fin de evi-
 tar que nazca acción de un pacto. Por ----
 ejemplo, se convino después del divorcio que
 la dote se devolvería inmediatamente y no --
 con el plazo de dilación establecido; esto -
 no valdrá, a fin de evitar que nazca acción
 del pacto. Así escribe también Marcelo. Si
 en la acción de tutela se convino que se pa-
 guen intereses en cantidad mayor que la esta-
 blecida, no valdrá, a fin de evitar que naz-
 ca acción del pacto. Así pues, se conside-
 ran incluidos aquellos pactos que establecen
 una cláusula del contrato, es decir, los que
 se hacen a la vez que el contrato. Lo mismo
 me consta respondió Papiniano. Y si después
 de la compra se conviene algo fuera de la na-
 turaleza del contrato, no se puede demandar
 con la acción de compra por esta causa, debi-
 do a la misma regla de que del pacto no nace

acción, lo cual también debe decirse de los -
dem. juicios de buena fe. En cambio, por par-
te del demandado valdrá el pacto, porque suelen
producir excepciones aquellos pactos que se --
agregan con posterioridad al contrato.

b) Pactos pretorios.

Margadant³⁰, señala que los pactos pretorios surgen
en virtud de que la vida económica de Roma se vuelve cada
día más intensa, entonces, se hace necesario que el pre-
tor conceda acciones a los simples convenios, es decir, -
a los pactos que las personas realicen, y de esta manera
los simples pactos natos pasan a ser pactos vestidos do-
tados de acción por el magistrado. Los pactos pretorios
son el *constitutum* y los *accepta* en sus tres modalidades.

Por su parte Arias Ramos³¹, afirma que los pactos -
pretorios se originan en virtud del poder jurisdiccional
que tiene el magistrado de *dare et denegare actionem*, de
tal manera que el preter concedió acciones para hacer --
cumplir lo convenido con base en determinados pactos; --
sin embargo señala que no es fácil decir con seguridad -

30. Margadant, Guillermo F. DA. p. 340.

31. Arias Ramos, Juan. DR. p. 643.

cuáles fueron las convenciones que estuvieron protegidas por acciones pretorias ya que la labor de Justiniano en esta materia fue muy intensa, pero con toda seguridad forman parte de ellos el *constitutum* y los distintos tipos de *recepta*.

Nosotros podemos decir que en materia de pactos pretorios las opiniones de los escritores romanistas son muy variadas y muy discutibles, sin embargo, trataremos de fundamentar en el primer inciso del segundo capítulo que estos llamados pactos pretorios no lo son.

c) Pactos legítimos.

Paulo en Digesto 2, 14,6 señala:

D.2,14,6. *legítima conventio est quae --- lege aliqua confirmatur. et idcirco interduum ex pacto actio nascitur vel tollitur quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.*

Convención de ley es la que se halla confirmada por alguna ley, y por tanto a veces nace una acción en virtud del pacto o se suprime, siempre que se funde en una ley o senadoconsulto.

La gran mayoría de los romanistas, basándose en este-

fragmento han definido a los *pacta legitima*, así Margadant³² manifiesta que los pactos legítimos son aquellos que las constituciones imperiales conceden una *actio* para exigir el cumplimiento de algunos pactos; estos son la promesa de dotar, la promesa de donar y el convenio de someter eventuales pleitos futuros a la opinión de uno o varios árbitros.

Por su parte Hernández Tejero³³, afirma que los *pacta legitima* son aquellos que están dotados de acción por la autoridad imperial, y al igual que Margadant, señala el *pactum ex compromisso, pactum dotis y pactum donationis*.

Resultarían innumerables la gran cantidad de opiniones que en este sentido se dan, sin embargo, no tendría caso seguir las enumerando puesto que nos atrevemos a desvirtuarlas, en el número 2 de nuestro segundo capítulo.

32. Margadant, Guillermo F. DR. p. 141.

33. Hernández Tejero, José. DR. p. 248.

CAPÍTULO II

A) Los mal llamados pactos pretorios y legítimos.

I.- Pactos pretorios.

La gran mayoría de los autores, consideran que los -- pactos pretorios son aquellos acuerdos que producen una *actio in factum* y por ende están encuadrados en los llama dos *pacta vestita* en virtud de que se encuentran revestidos o dotados de acción.

Estos autores, a los que nosotros venimos llamando -- tradicionalistas continúan haciendo la clasificación de -- los pactos en nudos y vestidos, y encuadran en estos últi mos a los *adiecta, praetoria y legitima*, quizá se apoyan para denominarlos *pacta praetoria*, en el comentario que hace Ulpiano en:

D.2, 14, 7, 7. *Ait praetor: "Pacta conventa, neque dolo malo, neque adversus plebiscita --- senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt servabo"*.

Dice el pretor: mantendré los pactos con venidos que se hayan hecho sin dolo sin infrin gir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, de cretos o edictos de los emperadores, y que no -- sean en fraude de cualquiera de los mismos.

Sin embargo, es muy importante señalar que en este caso el pretor se refiere a aquellos acuerdos o bien a los pactos adicionales cuyo único objeto es limitar o suprimir la obligación¹ estos pactos no serán válidos si ha intervenido el dolo malo, o bien si tienen como finalidad defraudar a una persona. Así Ulpiano comenta en:

D. 2,14,7,9. Dolo malo ait praetor pactum se non servaturum. Dolus malus fit calliditate et fallacia: et ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa -- aliud igitur et aliud agi simulatur.

Dice el pretor que no mantendrá un pacto - con malicia y falacia, y, como dice Pedio, se hace un pacto con dolo malo siempre que por causa de engañar a otro se conviene una cosa y se simula otra.

Mediante este edicto, llamado "*de pactis conventis*"² el pretor protege los pactos mediante la *exceptio pacti*.

Varios romanistas encuadran dentro de los *pacta praetoria*, al *constitutum debiti* y al *receptum* en sus -

1. Schulz, Fritz. DRC. p. 450.

2. El nombre de la rúbrica es una cuestión muy controvertida pues se dice que era "*de pactis conventis*" pero - Manenti, aunado a Stoll, afirman que el nombre clásico de la rúbrica era de *pactis conventis*. Manenti. *Pacta conventa*, en Studi Senesi, 1915. p. 203., citado por d'Ors en AHDE. *Conventionibus y contractus*. 1976. p.-130.

tres modalidades, pero no estamos de acuerdo con las opiniones de Margadant³, Hernández Tejero⁴ y Arias Ramos⁵, entre otros, ya que estos acuerdos, si bien es cierto --- están protegidos por una *actio in factum*, otorgadas por el pretor, lo cierto es que el ejercicio de dicha acción por parte del actor, va a traer como consecuencia un aumento en la condena del demandado, resultado de la mora del incumplimiento del *constitutum* y de los tres recepta-cuestión que se contraponen a nuestro concepto clásico del *pactum*, además recuérdese, que el pacto que el pretor -- protege, nunca agrava la situación del demandado.

En el edicto de *rebus creditis*⁶ está contenida, además de otras acciones *in factum*, la de *pecunia constituta*, derivada del *constitutum debiti*, esta acción se da ante el incumplimiento del *constitutum* y acarrea para el demandado la condena de pagar tanto la deuda principal, como un aumento por la mora del plazo concedido posteriormente.

Esta razón consideramos, es suficiente para no poder encuadrar a esta figura en el concepto de los pactos, ya-

3. Margadant, Guillermo F. DPR. p. 340.

4. Hernández Tejero, José. DR. p. 247.

5. Arias Ramos, Juan. DR. p. 468

6. Ep. Tit. XIX.

que el fin del pacto no es agravar la situación del demandado, sino por el contrario.

El *constitutum*, como veremos en el apartado correspondiente, es en realidad un préstamo de plazo, que va a originar una acción cuando la retención vaya más allá del término señalado por las partes y se da la *actio in factum*, "por el *factum* de haber abusado del acreedor que retrasó su exigencia".⁷

Lo que hace que nazca la acción no es el convenio de aplazamiento, sino la causa de retener injustamente la cosa del otro.

El *constitutum* era realmente una forma pretoria de establecer un préstamo, y sobre él un aplazamiento para el pago.⁸

A la acción de *pecunia constituta* también se le ha denominado acción pretoria crediticia.⁹

7. D'ors, Álvaro, DPR. p. 468.

8. D'ors, Álvaro, AHDE. *Creditum*. 1963. p. 351

9. Para más detalle vid. D'ors Álvaro, SDHI. De nuevo sobre el *creditum*. 1975. p. 218.

La figura del *receptum argentarii*¹⁰ se encuentra al igual que los otros dos casos de *recepta* en el Edicto de *receptis*,¹¹ en él no se especifica que se trate de un -- pacto pretorio, ni los juristas clásicos así lo conside-- ran, es sencillamente un préstamo de solvencia, como vegemos más adelante no puede equipararse a los pactos preto-- rios, porque la asunción de responsabilidad dará lugar a una acción *in factum* y por medio de ésta se le exigirá - una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados-- por la mora en el pago. Cuestión que se contrapone a los pactos protegidos por el pretor.

El *receptum arbitri* es un proceso fundado exclusiva-- mente en el acuerdo de las partes, y basándonos en el --- acuerdo, podría parecer un pacto, pero en caso de incumpli-- miento de la función arbitral, el pretor impondrá una mul-- ta al *arbitet*, no mediante el ejercicio de una acción, - sino en virtud de su *imperium*. No puede ser pacto preto-- rio, en primer lugar por la imposición de la multa, cues-- tión que agrava la situación del *arbitet*, y en segundo -- lugar, como no se ejercita acción para el caso de incumpli-- miento, no se puede oponer excepción, cuestiones que se-

10. Ep. Tit. XI 50.

11. Ep. Tit. XI 51.

contraponen a nuestro concepto y a los pactos custodiados por el pretor.

El *receptum nauarum cauponum stabulariorum*, tampoco lo podemos incluir dentro de los pactos pretorios ya que el pretor sólo reconoce los pactos que suprimen o limitan la acción, y en este caso la acción de los *nauae*, ---- *caupones* y *stabularii* mediante la *actio in factum*, los obliga *in duplum* si en la nave, albergue o establo, cometen sus dependientes hurtos o daños respecto de las cosas que están bajo su cuidado.

Estas acciones *in factum* tienen realmente su antecedente en la *condictio*¹² porque se refieren a la obligación de *dare*, pero previe al *dare* la *datic*.

a) *Constitutum debiti*.

Una gran mayoría de romanistas se empeñan en llamar - pacto al *constitutum*, así Voci señala:

12. Pablo Fuentesecca señala que el pretor por medio de estas acciones *in factum* amplió el campo del *creditum*, y dichas acciones tienen su antecedente en la *condictio*. Fuentesecca, Pablo. AHDE. Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la jurisprudencia romana y la idea de contratos, 1953. p. 567.

"Il patto di *constitutum* e quello per cui il debitore si impegna di pagare entro un date termine un debito ----- proprio (*constitutum debiti prepli*) o altri (*constitutum debiti alieni*).

Esso ha l'effette di cumulare un'azione pretoria --- (*actio de pecunia constituta*) con la precedente (che pue essere tanto civile quanto pretoria a sua volta): ----- l'estinzione del debito principale ha pero l'effetto di estinguere il debito da *constitutum*. Oggette di ----- *constitutum* pué essere un debito di danaro o di altre -- cose fungibli".¹³

Aunado a las ideas de Voci, Margadant¹⁴, señala que el *constitutum* es un acuerdo por virtud del cual una persona - (deudor), formaliza frente a otra (acreedor) una prórroga - para el cumplimiento de una deuda anteriormente exigible.

Estos dos autores conciben al *constitutum* como un - pacto, y tal vez lo basan en el acuerdo, que es el elemento vinculante de esta figura. y aún más Margadant, apoya - sus ideas en Bonfante¹⁵ ya que él considera al -----

13. Voci, Pasquale, IDR, p. 403.

14. Margadant Guillermo F. DR. p. 340.

15. Bonfante, Pedro, IDR. p. 426.

constitutum como un pacto por virtud del cual alguien se obliga frente a otro a pagar su deuda a causa de una --- preexistente relación obligatoria.

No estamos de acuerdo con las opiniones de Voci y Magadant, pues si bien es cierto que se establece un acuerdo, los efectos del mismo, se contraponen a la definición clásica del *pactum*, como veremos a continuación.

Siguiendo a Schulz¹⁶, D'ors¹⁷ e Iglesias¹⁸, consideramos al *constitutum* como aquel acuerdo por medio del cual una persona (deudor) fija y otra (acreedor) acepta un plazo o un nuevo plazo, si es que la deuda ya tenía uno para el pago de una suma de dinero, o bien de cualquier otra cantidad de cosas fungibles¹⁹. Así Justiniano manifiesta en:

C. 4,18,2, pr. *Recepticia actione cessante, quae solemnibus verbis composita inusitato --- recessit vestigio, necessarium nobis visum est --- magis pecuniae constitutae naturam ampliare. --- Quum igitur praefata actio id est pecuniae --- constitutae in his tantummodo casibus a veteribus conclusa est, ut exigeret res, quae in pondere --- numero mensurave sunt, in aliis autem rebus ---*

16. Schulz, Fritz. DRC. p. 535.
17. D'ors, Alvaro. DPR. p. 467.
18. Iglesias, Juan. DR. p. 449.
19. Cfr. D.13,5,1,7. y h.t. 11,1.

*nullam haberet communionem, et neque in omnibus
ca sibus longaeva sit constituta, sed in -----
speciebus certis annali spatio concluderetur --
et dubitaretur, si pro debito sub conditione vel
in diem constituto eam possibile esset fieri, -
et si pure constituta cunia contracta valeret,
hac apertissima lege definimus, ut liceat ----
omnibus constituere non solum res, quae pondere
numero mensurave sunt, sed etiam alias omnes, -
sive mobiles, sive immobiles, sive sese moventes,
sive instrumenta vel alias quascunque res, quas
stipulationem possunt hemines deducere...*

Desapareciendo la acción recepticia que --
compuesta de palabras solemnes ha caído en desu
so, nos ha parecido necesario ampliar más la na
turaleza de la de dinero constituido. Porque -
la mencionada acción, esto es, la de dinero ---
constituido, fue limitada por los antiguos sola
mente a los casos en que exigiese cosas, que --
constan de peso, número o medida, pero sin que
tuviese ninguna aplicación a las demás cosas, y
como tampoco se hubiese establecido de larga du
ración en todos los casos, sino que en ciertos-
casos se limitaba al espacio de un año, y se du
daba si era posible que se creara respecto a --
una deuda constituida bajo condición o término
y si sería válida habiéndose contratado puramen
te la constitución de dinero, determinamos en -
esta clarísima ley, que a todos les sea lícito
contraer constituto no solamente por las cosas
que sean de peso, número y medida, sino también
por todas las demás, ora muebles, ora inmuebles,
ora semovientes, ora por instrumentos o por ---
otras cualesquiera cosas, que los hombres pue-
den llevar a una estipulación...

Por su parte, Perozzi²⁰ se opone a llamarle pacto al
constitutum ya que señala:

20. Perozzi, Silvio. IDR. p. 238.

Il pretore almeno fino dall'età di Cicerone accordò un'azione detta de pecunia constituta contra chi avesse promesso di pagare ad una persona in un dato giorno un debito di danaro scaduto. La promessa va sotto il nome di *constitutum*.

Retomando las ideas de Perozzi, Iglesias, d'Ors, y - Schulz podemos afirmar en primer lugar que para que se - de el *constitutum* debe existir una deuda original o -- principal, y posteriormente un acuerdo que se traduce en la fijación de un plazo en caso de que el deudor se en--cuentre imposibilitado para el cumplimiento de su obliga--ción y es precisamente a este aplazamiento a lo que se le da el nombre de *constitutum*. Así por ejemplo: Cayo y Ticio han celebrado un mutuo mediante *stipulatio*, en él Ticio ha recibido 100 mil sestercios, mismos que deberá--pagar a Cayo en un término de 30 días.

Vencido el término, Ticio al encontrarse imposibili--tado para liquidar su deuda, solicita a Cayo un plazo - de 15 días más para pagarla, el cual le es concedido, -- debe señalarse que dicho acuerdo de prórroga se hace de-- una manera informal.

La fijación del término para el cumplimiento de la -

obligación principal, no es *constitutum*, puesto que forma parte del contrato, y el acuerdo posterior al que llegaron Cayo y Ticio es precisamente la figura que nos ocupa.

También apoyamos nuestra afirmación en el comentario de Ulpiano, al *edicto* que se encuentra en:

D.13,5,1,pr. *Hec edicto praetor favet --
naturali aequitati: qui constituta ex consensu
facta custodit, quoniam grave est fidem -----
fallere.*

El pretor en este *edicto*, sigue la equidad natural, al salvaguardar los plazos de común acuerdo constituidos, pues es muy grave -- faltar a la lealtad de los convenios.

En caso de incumplimiento del *constitutum*, originará la *actio de pecunia constituta*²¹, que podrá interponer el actor en caso de que el deudor no cumpla con su deuda -- llegado el término de prórroga.

En principio, la deuda constituida era reclamable solamente por la *actio certii*, pero posteriormente el -----

21. También esta acción se puede referir a las resoluciones de los juristas. Vid. Fr. Vat. 1, que menciona una *Rutiliana constitutio*.

constitutum ya podía versar sobre cualquier deuda que tu-
viera un objeto fungible.²²

El *constitutum* podía recaer sobre deudas naturales²³,
d'Ors señala que "de esta manera aparece como una forma -
de *abire in creditum*²⁴, por ejemplo, en un arrendamien-
to, el precio por concepto del alquiler, de acuerdo con el
arrendador la retiene el inquilino como prestado.²⁵

La *actio de pecunia constituta* deriva como ya habia-
mos señalado, del incumplimiento del *constitutum*, en el -
Edicto Perpetuo²⁶ Lenel reconstruyó la fórmula de - ----
pecunia constituta, y probablemente decía: "Si paret Nm.
Nm. Ao. Ao. x debita constituisse se soluturum eove ---
nomine se satisfacturum esse.

Neque facisse quod constituit neque per Aulum ----
Agerium stetitisse quo minus fieret quod constitutum est, -
eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, quanti
es rea est, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. ----
condemante..."

22. C. 4, 15. 1.

23. D. 15, 3, 1, 7.

24. D'ors, Alvaro. DPR. p. 455.

25. D. 17, 1, 34 pr.

26. Ep. Tit. XVII 897.

Esta fórmula fue *in factum concepta* por el *factum*, esto es por el hecho de haber retrasado la exigibilidad de la deuda.

También por medio de la fórmula de *pecunia constituta* no solamente se puede obtener el importe de la deuda principal sino también la indemnización de los perjuicios que la mora del pago hubiera ocasionado al acreedor. A esto se refiere el segundo párrafo de la fórmula, "las palabras *neque fecisse quod constituit* implican que ---- *quanti ea res est*, comprende los daños por el retardo en el cumplimiento del *debito*.²⁷

De esta manera el actor debe probar al interponer su acción tanto el *constitutum* y que existe una deuda -- debida (*pecunia debita*).²⁸

Una vez que el actor había hecho valer su acción, - el demandado debía prometer la mitad del importe (*dimidia pars*), que el actor reclamaba, esto debía hacerlo por medio de la *sponsio*, y se comprometía a pagar la totalidad, si era vencido en el pleito. Por otro lado, la parte actora debía también prometer la mitad de la deuda --

27. Schulz, Fritz. DRC. p. 535.

28. D. 39,5,33, pr.

que reclamaba y de igual forma se comprometía a pagar la totalidad si es que él resultaba vencido en el proceso. Esta acción pretoria contenida en el Edicto XVII²⁹ no era una acción penal; como sostienen algunos autores sino que tenía un origen delictual porque alguien retenía injustamente una suma de dinero o cualquier otra cosa fungible (*pecunia*).³⁰

En virtud de que la *actio de pecunia constituta* --- tiene un origen delictual, en un principio fue intransmisible respecto al deudor, pero posteriormente se fueron estableciendo excepciones respecto a esta limitación, de tal manera que se podía ejercitar contra el heredero del *constituens*.

El *constitutum* no tiene carácter novatorio, esto es, que no substituye a la obligación principal y por ende no produce los efectos que le son propios a la novación.

29. Albanese, Bernardo, Afirma que el Edicto de *pecunia-constituta*, es un edicto subalterno. "*Per la storia del creditum*", en *Annali Palermo*, 1971, 5-179 p.38, citado por d'Ors en SDHI, 1975., en *De nuevo sobre el creditum*. p.217.
30. D'ors afirma que la palabra *pecunia* "en su acepción más ordinaria en los textos de la época clásica es la de *pecunia*"= cantidad de dinero o de otro género."

De esta forma, si la obligación antigua era realizada por el acreedor mediante *stipulatio* y posteriormente acordaba con el deudor un *constitutum*, van a permanecer tanto las garantías de la *stipulatio*, que en este caso es la *actio certi*, como la acción del *constitutum*, por lo que al deudor se le acumulaban alternativamente las acciones, sin embargo no se debe pensar que el deudor debía pagar dos veces.

El *constitutum* tiene como condición, la existencia de una obligación en el momento en que éste se contrae, pero para que subsista no depende de que la obligación principal también subsista. así Schulz manifiesta que si la obligación antigua se extingue siempre y cuando no -- fuese por cumplimiento o por *acceptilatio* la acción pretoria subsistía.³¹

Para una mejor comprensión respecto a la subsistencia de la de la acción pretoria hemos tomado un ejemplo de Schulz aunque con algunas modificaciones para su mejor comprensión.

Sempronio ha celebrado con Ticio un mutuo por -----

31. Schulz, Fritz. DRC. p. 537.

stipulatio, mediante el cual, el primero ha recibido en préstamo 10,000 HS. Posteriormente, también por ----- *stipulatio* Cayo como *sponsor* accesorio. Promete pagar - solidariamente la misma deuda. Sin embargo, vencida ésta, Sempronio resulta insolvente para su pago por lo que el acreedor requiere a Cayo el pago de la deuda, pero - no pudiendo tampoco éste liquidarla, acuerda con Ticio - un plazo adicional para cumplir la obligación (*constitutum debiti proprii*). Cayo muere antes de que se venza el -- nueve plazo, pero Ticio no se entera de su muerte sino - hasta el día del vencimiento, ante lo cual procede a demandar a los herederos de Cayo, por lo que éstos se ex-- cepcionan aduciendo que la muerte de Cayo ha extinguido-- la obligación *ex sponsione*, por lo que dicha acción no prosperó (recuérdese que la obligación *ex sponsione* se extingue con la muerte o bien pasados dos años) Es en-- tonces que Ticio ejercita la *actio de pecunia* ----- *constituta*, obteniendo el pago de la obligación nacida - del *constitutum*, en tanto que ésta no tiene plazo de --- extinción ni desaparece al morir el que lo celebró, ya - que es transmisible a los herederos. Así se pone de ma-- nifiesto en:

C. 4,18,1, pr. *Si pro alieno debito te te soluturum constituisti, pecuniae constitutae actio non solum adversus te, sed etiam adversus heredes tuos perpetuo competit.*

Si te constituiste para pagar una deuda ajena, la acción del dinero constituido no solamente compete contra tí, sino también -- perpetuamente contra tus herederos.

Del ejemplo que hemos visto, nos hemos dado cuenta -- que el *constitutum* ofrece grandes ventajas al acreedor, -- en primer lugar la acción pretoria autorizaba al juez a -- tener en cuenta los daños ocasionados por la mora en el -- pago. Este fue el objeto principal del *constitutum*, ademas dicha acción protege al acreedor en varias circunstancias, tales como la extinción de la obligación por muerte del deudor, como es el caso del ejemplo precedente, o --- bien, por el simple transcurso del tiempo ya que la *actio de pecunia constituta* no tuvo una vigencia limitada.³²

En resumen podemos decir que el *constitutum* es simple y sencillamente un préstamo de plazo, pero con efectos -- muy complicados³³ de tal forma que ese plazo concedido -- por el acreedor supone necesariamente una renuncia a la -- acción básica o principal, pero sólo temporalmente, ya -- que subsistiendo el *constitutum*, dicha acción no se puede

32. Aunque d'Ors manifiesta que esta acción pretoria es -- anual, aclara que el Derecho clásico admitió excepciones a estas limitaciones, Vid. D'ors Alvaro, DPR. p.469.
33. Inclusive, d'Ors señala que es "un préstamo con efectos más complicados que el pacto de *non petendo*". --- D'ors, Alvaro, AHDE. *Creditum*. 1963. p. 351.

ejercitar, pero una vez llegado el plazo concedido y lógicamente ante el incumplimiento del deudor, el acreedor -- podrá ejercitar las dos acciones alternativamente ya que son acumulables.³⁴

Ahora bien cuando acreedor y deudor llegan al acuerdo del plazo, el *constitutum* podría parecer un pacto en virtud de dicho acuerdo, pero debemos tomar en cuenta que el pacto clásico nunca agrava la situación del demandado, y en este caso sí se agrava, ya que como habíamos mencionado anteriormente, se acumulan dos acciones al deudor. la derivada de la obligación principal y la que se originó con la celebración del *constitutum*, ya que esta figura al celebrarse de una manera informal, como simple acuerdo no tiene un efecto novaterio, esto es, no extingue la obligación antigua, y en segundo lugar, será condenado a pagar, no sólo la deuda original, sino también los daños y perjuicios que le hubiesen ocasionado al acreedor la mora en el pago, ya que como señalamos anteriormente, éste es el objeto principal del *constitutum*.

El acreedor pierde la acción pretoria cuando el deudor le ofrece el pago antes del vencimiento del plazo y el acreedor rechaza tal oferta, aunque la negativa hubiera sido por causa de fuerza mayor.

34. D'ors, Álvaro. DPR. p. 468.

Es por estas razones que el *constitutum* no puede -- ser encuadrado dentro de los pactos pretorios.

La última Jurisprudencia clásica, parece quitarle el aspecto tan severo a la acción pretoria, ya que en un -- principio estaba permitido que el acreedor rechazara la oferta de pago, después del plazo, y lógicamente reclamarlo con la acción pretoria, pero posteriormente se le concede una *exceptio* al deudor que hizo tal oferta,³⁵ -- al respecto Paulo comenta en D. 13,5,17.

D. 13,5,17. *Sed at si illa offerat nec -- actor accipere voluit nec ulla causa iusta -- fuit non accipiendi, aequum est succurrere -- aut iusta interpretatione, ut factum actoris -- usque ad tempus iudicii ipsi noceat ut illa -- verba neque fecisset hoc significant, ut neque in diem in quem constituit fecerit neque postea.*

Pero si el deudor ofrece cumplir en el día y el demandante no quiso aceptarlo, si -- existir justa causa para no aceptarlo, es justo que se acuda en favor del demandado, ya con una excepción o con una interpretación que sea justamente favorable, a fin de que el acto del demandante, hasta el momento del juicio, -- perjudique al mismo demandante y que las palabras "y no cumplió" se entiendan en el sentido de que lo hubiera hecho dentro del plazo -- constituido ni después.

35. Cfr. D. 13,5,18; 46,6,30.

Hasta aquí hemos venido analizando el caso de la deu da constituida propia (*constitutum debiti proprii*). El Edicto Perpetuo también se refiere a aquellos casos en que una persona constituye, esto es, pide un plazo para pagar una deuda ajena,³⁶ así por ejemplo: Cayo debe a Ticio por estipulación 5,000 Hs., mismos que deberá pagar en 15 días, llegado el término Ticio requiere a Cayo para el pago de la deuda, y ante la imposibilidad de éste. Sempronio ofrece pagarle respecto de esa misma obligación estipulatoria, pero como en ese momento se encuentra imposibilitado para hacerlo, ofrece al acreedor que le otorgue un plazo de 15 días más, de esta forma Sempronio ha constituido una deuda ajena. Ahora bien para el caso de incumplimiento del *constitutum*, Ticio dispone de dos acciones una (*actio ex stipulatione*) contra el deudor principal, que en este caso es Cayo, y otra (*actio de pecunia constituta*) en contra de Sempronio.

Esta figura tiene grandes semejanzas con la fianza, con la diferencia de que el acuerdo de *constitutum* es informal, y la fianza requiere de la *stipulatio* en el *constitutum debiti alieni*, el acreedor no tiene dos deudores alternativos y en la fianza sí.

36. EP. tit. XVII § 97.

En la época postclásica, Justiniano nos sigue hablando del *constitutum debiti alieni* en Inst. 4,6,9:

Inst. 4,6,9. *De constituta autem ---- pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se vel pro alio soluturus se constituerint, nulle scilicet stipulatione interposita, Nem alloquin si stipulantem premisserint, iure civile tenentur*

La acción de constituta pecunia se -- ejerce contra todo el que ha prometido pagar -- por sí o por otro, con tal que no intervenga -- estipulación, pues si había prometido a un es- -- tipulante, estaría obligado por el derecho ci- -- vil.

Fue en esta época en la que el *constitutum debiti -- alieni* tuvo gran aplicabilidad, y es entonces que Justi- -- niano lo somete a las normas que le son propias a la ---- fianza,³⁷ por lo que se le aplicó también el beneficio -- de división (*beneficium divisionis*),³⁸ el de excusión -- (*excusiois*)³⁹ y el beneficio de cesión de acciones.

b) *Receptum argentarii*.

Esta figura, también fue introducida en el cuadro de- -- los llamados pactos pretorios, por los autores tradiciona- -- listas, sin embargo veremos que al igual que el *constitutum* -- no debe tener lugar ahí.

37. Kaser, Max. DRP. p. 254.

38. C. 4,18,3.

39. Nov. 4,1.

Gran parte de los autores contemporáneos están de -- acuerdo en el concepto del *receptum argentarii* así manifiestan:

Voci⁴⁰, señala que el *receptum argentariorum* é --- *a quello per cui il banchiere si impegna di pagare un --- debite altrui pue a vere per oggetto, qualsiasi cosa.*

D'ors, de acuerdo con la idea de Voci agrega que --- cuando el banquero asume la deuda ajena, lo hace sin esti pulación y por tanto no existe en este caso la novación.

Continúa diciendo Voci que: ... *può avere per oggetto qualsiasi cosa...*, por lo que en este caso, al igual que el *constitutum*, el *receptum argentarii* aparece como una - forma de *abire in creditum*⁴¹.

Tiene un origen delictual, ya que se encuentra en la larga serie de acciones *in factum*, contenidas en el Edicto⁴².

Concluyendo, podemos decir que el *receptum argentarii*

40. Voci, Pasquale. IDR. p. 404.

41. Para más detalle, vid. D'ors, Álvaro. DPR. p. 455.

42. Ep. Tit. XI & 50.

es un acuerdo informal, en el que un banquero promete pagar el debito de su cliente, cuestión muy parecida al -- *constitutum debiti alieni*, porque el banquero se compromete a pagar una deuda ajena. Es en realidad "un préstamo de solvencia, pues el acreedor se fia de la solvencia del banquero"⁴³.

El *argentarius* queda obligado aún en caso de inexistencia de la deuda original, y el acreedor que reclama -- con la *actio recepticia* tiene que probar ya no la existencia de la deuda original, sino bastará con que pruebe el hecho de *receptum*, esto es, la asunción de responsabilidad en el pago por parte del *argentarius*, lo anterior lo apoyamos en:

D.13,5.27. *Utrum praesente debitore an --- absene constituit quis, parvi referet. hec --- amplius etiam invito constituere eum posse. -- Pomponius libro trigensimo quarte scribit: unde falsam putat opinionem Labeen isexistimantis, -- si*, postquam quis constituit pro alio, dominus el denuntiet ne solvat, in factum exceptionem -- dandam: nec immerito Pomponius: nam cum selem -- sit obligatus qui constituit, factum debitoris -- non debet eun excusare.*

Que el deudor principal esté presente o no cuando se constituya el plazo para pagar, poco importa. Es, así que se puede constituir plazo incluso contra la voluntad del deudor, por lo que considera falsa la opinión de Labeon cuando cree éste que, si alguien constituyo por otro -

43. D'ors, Álvaro, DPR. p. 467.

deudor, y el deudor principal le notifica que no pague, debe darse una excepción por el hecho. Con razón dice Pomponio que, una vez se ha obligado el que constituyó plazo para pagar, puede liberarle ya el hecho del deudor.

Ofrece esta figura gran similitud con el - - - - -
constitutum debiti alieni pero en el *receptum argentarii*
el acreedor dispone únicamente de la *actio recepticia* con-
tra el banquero, quedando desligado totalmente del deudor
original.

La similitud fue tal que Justiniano llevo a cabo la
fusión de las dos figuras⁴⁴.

Esta figura podría parecer un pacto, en virtud del -
acuerdo, pero ni el Edicto ni los juristas hablan del ---
receptum argentarii como un pacto.

Además de este simple acuerdo de voluntades, se pro-
duce una *actio recepticia* contra el *argentarius*, que si --
prospera, lo condenará al pago de los daños y perjuicios -
por la mora, cuestión que se contrapone al concepto del --
pacto clásico, pues recuérdese que éste es protegido por -
el pretor, cuando venga a disminuir una obligación o bien-
la excluya.

44. C.4,18,2. En el mismo sentido Inst. 4,6,8.

c) *Receptum nautarum cauponum stabulariorum.*

Este tipo de *receptum* encuadra al igual que los ---- otros dos, en el apartado de los llamados pactos pretorios, según la clasificación tradicional, sin embargo, no estamos de acuerdo con los autores que así lo consideran, por la razón que expondremos.

En la literatura romanística es uno de los temas más estudiados, concediéndosele gran importancia, debido quizá al interés que presente la navegación marítima en la etapa clásica⁴⁵.

Antes de profundizar en el *receptum nautarum*, es menester hacer una breve reseña de la *locatio conductio*, --- puesto que es de este contrato de donde emana dicha figura.

La *locatio conductio*, es el contrato de arrendamiento, el cual está formado por dos grupos⁴⁶: la *locatio* ---- *conductio rei* (arrendamiento de cosas) y la *locatio* -----

45. De Robertis M., Francesco. SDHI. 1965. II *regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, p.135.

46. La gran mayoría de los autores hablan de una clasificación tripartita [*locatio conductio rei, operis y eperarum*], pero de acuerdo con d'Ors, dicha tripartición no pertenece al Derecho romano clásico. La *locatio. Conductio* ---- *operarum* pertenece a la *operis*. D'Ors, Alvaro. DPR.p.563.

conductio operis (arrendamiento de obra), y es precisamente de este segundo grupo de donde emana el *receptum* en cuestión, ya que la operación del conductor puede consistir en fabricar, reparar, medir, transportar, hospedar, y en fin todas aquellas conductas que consistan en un *facere*.

En la *locatio conductio operis*, la conducta del arrendador se puede traducir entre otras en hospedar y transportar, que es el tema que nos interesa por el momento.

Existen tres modalidades que pueden incorporarse al contrato de arrendamiento de obra en su forma de transporte marítimo o de hospedaje de personas y caballerías. Estas modalidades son especiales de seguros de riesgo.

La primer modalidad consiste en que los propietarios de las mercancías transportadas se reparten proporcionalmente el monto del total de los objetos materia del contrato, para el caso de que la nave estuviese en peligro de naufragio, las mercancías eran echadas al mar (*iactus*) para aligerar la nave, esto de acuerdo a la *lex Rhodia*. Así se explica en:

D.14,2,1. *Lege Rhodia cavetur, ut, si -
levandae navis gratia iactus mercium factus -*

est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.

Dispone la ley Rhodia que si para aligerar la nave se huviesen echado al mar unas mercancías, se resarcirá con la contribución de todos los propietarios de las mercancías - el daño que en beneficio de todos se causé.

El propietario de las mercancías echadas al mar --- (*lactus*) dispone de la *actio locati* en contra del transportista, para obtener la parte que le corresponde, pero a su vez, el transportista tiene a su favor la *actio* --- *conducti* para obtener de los propietarios una cuota por indemnización, uno a uno hasta obtener el total de las mercancías perdidas. Inclusive, el mismo perjudicado tenía la obligación de participar en la indemnización. Lo anterior queda de manifiesto en:

D.14,2,1,2. *Si laborante nave lactus factus est, amissarum mercium domini, si mercēs vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis quorum mercēs salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communetur, agere potest...*

Si peligrando la nave, se hizo la echazón de mercancías, los propietarios de las mercancías perdidas, si arrendaron su transporte, deben ejercitar contra el patrón de la nave la acción de locación, y después puede éste ejercitar contra aquellas cuyas mercancías

se salvaron la acción de conducción, para que se reparta proporcionalmente el perjuicio...

Esta modalidad especial de seguros de riesgo aparece incorporada a la *locatio conductio operis* en su forma de transporte marítimo sin necesidad de expresa asunción de responsabilidad por parte del transportista o de los propietarios, por lo que todos responden por la custodia de las mercancías. Esta solución figuraba también en las costumbres helenísticas del comercio marítimo.

Existe otra modalidad que puede ser incorporada al contrato de arrendamiento en su forma de transporte marítimo que consiste en que cuando por naufragio de la nave quedan mezcladas mercancías de homogeneidad común, resultando imposible su distinción; en este caso no se considerará la existencia de una eventual copropiedad ni podrán aplicarse las reglas del *creditorum* en contra del conductor, sino que solamente podrán los locatarios ejercitarse recíprocamente la *actio exercis averse* a fin de recuperar cada quien su porción de mercancías. Por lo que respecta a las cantidades que se hubieren perdido se podrá ejercitar en contra del transportista la *actio locati* mediante la cual éste responderá por la custodia ordinaria de las mercancías.

Las modalidades antes expuestas se refieren única y exclusivamente a la responsabilidad del conductor sobre las mercancías objeto del contrato de transporte.

A diferencia de las anteriores existe una tercera modalidad en la *locatio conductio operis* en su forma de transporte marítimo u hospedaje; en la que el objeto del contrato no son las mercancías, sino personas; en concreto su transportación y hospedaje, por lo que el conductor puede además comprometerse mediante una declaración expresa (*receptum res salvae fidei*) asume la responsabilidad de los objetos que acompañan a las personas transportadas u hospedadas. Al igual que en los otros casos de *receptum* se da contra el conductor una *actio in factum* para que éste responda por dichas accesorias, así se expresa en:

D.4,9,1. *At praeter nautae caupones ----
stabularii quod cuius que salvum fere receperint
nisi restituent, in eos iudicium dabe.*

Dice el pretor daré acción contra los navieros, mesoneros y estableros que no restituyan lo que de cualquier persona hubieran asumido bajo su custodia.

Al *receptum nautarum cauponum stabulariorum* no lo podemos considerar como un pacto porque si bien es cierto que la custodia de los accesorios que acompañan al locator

es un acuerdo que queda al arbitrio⁴⁷ del conductor, ----- también es cierto que una vez dada y asumida la responsabilidad sobre los accesorios introducidos a la nave hostería o establo, de perderse los mismos, se dará una *actio in factum* en contra del conductor mediante la cual quedará obligado al *duplum*, tal como lo manifiesta Ulpiano en:

D.4,9,7,1. *Haec actio in factum in duplum est.*

Esta acción por el hecho es por el duplo.

Porque como hemos venido señalando el pacto clásico es tenido en cuenta por el pretor cuando no agrave la situación del demandado, y como lo manifiesta Ulpiano en -- este caso sí se agrava su situación al duplicarse el pago.

Esta acción *in factum* que se da contra el conductor por el *receptum*, es tratada en el Digesto indistintamente con la acción penal (*adversus nautas*) que se ejercitará -

47. D.4,9,7. ...*item si praedixerit, ut unusquisque vecturum res suas servet neque damnum sepraestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.* ...Asimismo, si hubiese advertido formalmente que cada pasajero cuidase de sus efectos, y que él no iba a responder del daño, y los pasajeros hubieran consentido con el aviso no puede ser demandado.

en contra de los dueños establecidos como *nautae cauponae*, *stabularii* a causa del hurto cometido por sus propios dependientes. Esta acción, al igual que la de *receptum* es al *duplum*.

d) *Receptum arbitrii*

Por virtud del *receptum arbitrii* dos personas que tienen una controversia, nombran a un tercero (llamado *arbitrator*) y él acepta, para someter sus diferencias.⁴⁸

El Edicto⁴⁹, nos habla de la palabra *reciperant* "que significa en este caso tomar sobre sí, o bien asumir la ejecución de una obra"⁵⁰.

La persona que las partes han elegido para que dirima su controversia no tiene de ningún modo la obligación de asumir el cargo, pero una vez aceptado, tiene la obligación de fungir como tal, Ulpiano al respecto comenta:

48) Perozzi, Silvio. IDR. p. 236.

49) EP. Tit. XI § 48.

50) Schulz, Fritz. DRC. p. 538.

D. 4,8,3,1: *Tametsi nominem praetor cegat arbitrum recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita, attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat: non tantum quod studeret lites finire, verum quoniam non debere decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt.*

Aunque el pretor no obligue a nadie a asumir la función de artíbro, porque esto es cosa libre e independiente, y puesta fuera de la coacción del magistrado, sin embargo, tan pronto alguien hubiese aceptado el arbitraje, estima el pretor que la cosa corresponde a su cuidado y solicitud; no tanto porque deba procurar que se resuelvan las controversias cuando por-- que no deben ser defraudados los que le eligieron, como hombre bueno, para que sea árbitro entre ellos...

Las partes acudían a la persona que habían elegido como arbitra para llegar al acuerdo, si aceptaba se constituía como tal. Peruzzi afirma que se lleva a cabo "mediante l'usc di una solennita verbale consistente nel dire chi si obbligava: (dico in meque recipio), o semplicemente recipio parola che significa qui: m'impegno fermemente."⁵¹

El arbitra, al aceptar, lo hacía a manera de una declaración unilateral de voluntad, así Peruzzi manifiesta: "... derivava de una dichiarazione unilaterale e non de un accordo..."⁵²

51) Peruzzi, Silvio. IDR. p. 236.

52) Peruzzi, Silvio. IDR. p. 236.

Asumido el cargo (*recipere*) queda obligado a dictar el arbitraje⁵³, si no lo dicta, el pretor debe tomar en cuenta por qué no lo hizo. Situación que se presenta en:

D.4,8,15, pr. *Licet autem praetor dextriter edicat sententiam se arbitrum dicere ---- coacturum, attamen interdum rationem eius --- habere debet et excusationem recipere causa...*

Pero aunque el pretor diga puntualmente - en su edicto que obligará al árbitro a dictar sentencia, sin embargo, debe a veces tener en cuenta la razón de aquél, y admitir su excusa previa cognición de causa.

Ahora bien, el pretor no les concede acción a los ligigantes contra el árbitro que no dictó su sentencia, si no que él con base en su *imperium* del cual goza, puede -- coaccionarlo a que lo haga por medio del cobro de una multa.

Este medio coercitivo⁵⁴, podía usarlo el pretor sólo en caso de que las partes hubiesen acordado llevar a cabo el laudo por medio de dos estipulaciones penales, de esta manera las partes prometen pagar una multa, si no acataban la decisión del *arbitra*, así se establece en:

54. Sin necesidad de sentencia.

C. 2,16,1. Ex sententia arbitri, ex ---
compromisso iure perfecto aditi appellari --
non posse, saepe rescriptum est, quia nec --
iudicati actio inde praestari potest et ob --
hoc invicem poena promittitur, ut metu eius-
a placitis non recedatur. Sed si ultra diem
compromisso comprehensum iudicatum est, ---
sententia nulla est, nec ullam poenam -----
committit, qui ei non paruerit.

Con frecuencia se respondió por rescrip-
tos, que no se puede apelar de la sentencia-
del árbitro al cual se recurrió en virtud de
compromiso, legalmente hecho, porque tampoco
se puede dar en virtud de ella la acción de-
cosa juzgada, y por esto se promete por ----
ambas partes una pena, para que por miedo a-
ella no se separe ninguna de lo convenido. -
Mas si se pronunció sentencia, es nula la --
sentencia, y no incurre en pena alguna al -
que no la hubiere obedecido.

Podemos concluir de lo anteriormente expuesto que --
el *receptum arbitrii*, no es un pacto pretorio, puesto que-
tomando en cuenta la definición del pacto clásico, el ----
árbitro no puede oponer excepción, ya que ni siquiera se -
da acción contra él en caso de incumplimiento, la sanción-
es, como ya habíamos mencionado es el pago de una multa --
(*multae dictio*).

2. Pactos legítimos.

Habíamos mencionado al hablar del pacto clásico que éste derivaba de la clasificación de las convenciones de las que Ulpiano nos habla en D. 2,14,5., y que éstas podían ser públicas y privadas subdividiendo estas últimas en convenciones privadas de Derecho de gentes y convenciones privadas legítimas.

Ha quedado expuesto en nuestro primer capítulo⁵⁵ toda la clasificación ulpineana de las convenciones, únicamente, ha faltado la convención que, víctima de los compiladores ha sido llamada legítima y aún más han encuadrado varias figuras en ella, dándoles a su vez el nombre de pactos legítimos, cuestión en la que no estamos de acuerdo, por las razones que expondremos.

La gran mayoría de los romanistas contemporáneos como Gutiérrez Alviz en su diccionario, Margadant, Paul Ourliac, entre otros, llaman a estas convenciones pactos legítimos y los encuadran en el apartado de los pactos vestidos, en virtud de que afirman que están revestidos o dotados de acción por una ley o por un senadoconsulto.

55. Infra, p. 2 ss.

Estos autores basan su concepto en la opinión de ---
Pietro Cerami⁵⁶, de quien habla d'Ors acerca de la ---
conventio legitima.

El problema se inicia desde el momento en que Ulpiano
en de *pactis conventis*⁵⁷ no da una definición de la lla-
mada *conventio legitima*, de tal forma que Cerami apoya su
opinión en el fragmento 6 de Paulo:

D.2,14,6. *Legitima conventio est quae lege
aliqua confirmatur. et ideo interdum ex pacto-
actionascitur vel tollitur, quotiens lege vel
senatus consulto adiuvatur.*

Convención de ley es la que se halla con-
firmada por alguna ley, y por tanto a veces na-
ce una acción en virtud del pacto, o se suprime,
siempre que se funde una ley o senadoconsulto.

D'Ors manifiesta que este fragmento está insertado por
los compiladores con el objeto de encuadrar allí a las fi-
guras nacientes y llamarles pactos legítimos, así manifie
ta: "lo más intrigante de esta cuestión es el hecho de que
los compiladores hayan querido substituir la explicación -

56. Cerami, Pietro. Congetture sulle "tres species conven-
tionum" en Atti Accad. Napoli, (1974), p. 298 y ss. -
Citado por d'Ors en AHDE. *Conventiones y contractus*.
1976. p. 135.
57. D.2,14.

que sin duda daba Ulpiano por otra que se atribuye a Paulo. -- Una cosa podemos decir, que Ulpiano no decía exactamente lo mismo que este texto paulino, pero tampoco es tan explícito el fragmento 6 como para pensar que su ventaja sobre el párrafo omitido de Ulpiano era el de una mayor claridad y amplitud".⁵⁸

En el mismo título de *Pactis conventis*, Ulpiano habla de las convenciones privadas de Derecho de gentes como aquellos acuerdos o convenciones negociales que producen acción, esto es, actos que originan una acción per onal -- civil.

En contraposición a las convenciones privadas de Derecho de gentes, habla de las legítimas que de acuerdo con d'Ors, son aquellos acuerdos negociales de origen estrictamente civil⁵⁹ (que únicamente pueden celebrar los civis)⁶⁰

De tal manera que cuando habla de *conventio legitima* se refiere a convenciones privadas del *ius civile*.

La contraposición de convenciones privadas del -----

58. D'ors, Álvaro. AHDE. Convenciones y Contractus. 1976, p. 135.

59. Martial. 2,51,92; 3,95,9,95; Plin.Ep. 2,13,18.

60. Cic. Leg. 1,42; Gell. 2,2,11; Tito Livio. 24,44,10.

ius gentium y *ius civile* la hace en el más estricto sentido que se contraponen.⁶¹ Esto es, convenciones *iuris civilis* se refiere a convenciones negociales reservadas exclusivamente al *civis romanus* y las del *ius gentium* -- serían acuerdos que pueden realizar personas de los demás pueblos que están relacionados con la ciudad romana.⁶²

Sin embargo no debemos perder de vista que ese *ius gentium* es civil, pero no todo derecho civil es *ius gentium*. Es aquí precisamente en donde entran las convenciones llamadas legítimas, es decir, los pactos legítimos.

Ulpiano entonces contraponía la *conventio privata iuris gentium* con la *conventio privata iuris civilis*, -- así lo señala en:

61. Francisci al respecto afirma que "el *ius civile* en sentido lato es el derecho de la *civitas*; y se contrapone al *ius gentium*, pero no lo excluye de la propia esfera..." Francisci, Pietro, SHDR. p. 303 y -- sigs.

En el mismo sentido Arangio Ruíz señala "La contraposición: *ius civile-ius gentium* es sólo aceptable si el primero se le entiende en el sentido restringido de aquella parte del Derecho Ciudadano a lo cual no son admitidos los extranjeros, pues de otra manera -- y en especial en comparación con el *ius honorarium*, -- este *ius gentium* es una parte del *ius civile*. Arangio Ruíz, Vicente, HDR.p. 182

62. Festo. 2,35,27. y Liv. 30,27.

D. 2,14,5. *Conventionum autem tres sunt especies. aut enim ex publica causa fiunt -- aut ex privata: privata aut legitima aut --- iuris gentium...*

Hay tres clases de convenciones o se hacen por causa pública o por causa privada, y ésta puede ser de ley o de Derecho de gentes...

En este fragmento, cuando menciona que las convenciones pueden ser de ley, se refiere a las convenciones --- *iuris civilis*, y que los compiladores mal interpretaron.

En época postclásica nacen los pactos de dote, ---- donación y compromiso, y los compiladores para no dejar-- los fuera del *tractus de pactis* cambian la expresión --- *iuris civilis* por *legitima*. En virtud de que los nuevos pactos no eran *iuris civilis* estrictamente.

Por lo que podemos señalar que en el Derecho -- romano clásico los pactos legítimos no son reconocidos, -- sino que los introducen los compiladores de la legislación imperial tardía en el comentario de *pactis conventis* de -- Ulpiano, y aún más quizá substituyen la explicación que -- daba él mismo de la *conventio privata iuris civiles*, por el fragmento 6 que se le adjudica a Paulo.⁶³

63. D.2,14,5. itp.

En este fragmento Paulino nos dice que la *conventio-legítima* es la que se confirma por medio de una ley y --- como en este fragmento no se habla de constituciones imperiales, sino que únicamente se habla de una ley o senado-consulta y para el postclásico las constituciones imperiales entraban ya en las leyes, resultó para los compiladores un ajuste perfecto para introducir sus nuevos pactos, cambiando la expresión *iuris civilis* por *legítima*.

a) La promesa de dote.

Siguiendo las ideas de d'Ors, la dote, "es una donación especial que se hace al marido, de parte de la mujer, con el fin de contribuir a las cargas económicas del matrimonio."⁶⁴ Esta donación que hace la mujer al marido, aparece como una *res uxoriae* (cosa de la mujer), porque aunque se haga a manera de donación, ésta puede recuperarse eventualmente en caso de que el matrimonio no se celebre o llegue a disolverse una vez celebrado.⁶⁵

64. D'ors, Álvaro. DPR. p. 386.

65. Es por esto que la dote en el sentido de la disponibilidad tiene un régimen jurídico especial. Para más detalle vid. González Reyes, Rafael. La disponibilidad del marido sobre la dote en el Derecho romano clásico. Tesis profesional, ENEP. Aragón. 1986. p. 3.

De tal forma que la mujer o de quien ella dependa, contribuye con una determinada cantidad de bienes, para el sostenimiento de las cargas económicas que traen con sí el matrimonio, *ad sustinenda onera matrimonii*.⁶⁶

La dote se hace propiedad del marido únicamente si se celebra el matrimonio, al respecto afirma Solazzi⁶⁷ - que en caso de que el matrimonio falle, la mujer tiene a su favor la *actio rei uxoriae* para recuperarla.

Cuando la mujer se casaba *ad manus*, todos los bienes que aportaba al matrimonio pasaban al dominio del marido *dotis nomine*.⁶⁸ Pero en realidad, por más que la mujer lleve estos bienes al matrimonio, siempre quedan bajo su propiedad.⁶⁹

La dote se constituye en favor de la mujer ya fuera *sui iuris*, o estubiese sometida a *patria potestas*.⁷⁰

La costumbre en Roma de dotar es muy antigua,⁷¹ ---

66. D.10,2,20,2. y 40; 23,3,7,pr.; h.t.56,1.; h.t. 75, y 76; 24,3,1. C. 5,18,5.

67. Solazzi, Siro. RDDR. p. 50.

68. Cic. Top. 23.

69. Gell. 18, 6.

70. D. 23,3,75.

71. Dionis, 11,10; Plutar, Remulus. 13.

aunque no era obligatorio, es mal visto que las jóvenes - se casaran sin dote, por ello las jóvenes hacían todo lo posible por darla, o quienes ejercían sobre ellas la *--- patria potestas*, así Paulo establece que la mujer que se casa sin dote, más que esposa parece concubina.⁷² Es -- por esto que el padre que no tenía recursos, era obliga- ción de los clientes ayudarlo⁷³, y más tarde era un deber de todos los parientes.⁷⁴

Inclusive, la dote constituida en un documento llama do *instrumentum dotale, dos consignata* o *cautio dotis*,⁷⁵ solía ser una de las pruebas más notorias de la honorabi- lidad de la unión (*agectio maritalis*).⁷⁶

Por lo que se refiere a la propiedad de la dote, --- Rafael González Reyes⁷⁷ manifiesta: "la dote pertenece al marido, con ciertas limitaciones en cuanto a su disposi- ción, hasta en tanto no se disuelva el matrimonio". Ahora

72. D. 23,3,2.

73. Solazzi, S. RDDR. p. 124.

74. Fl., Aul. 500-535

75. Suet., Claud. 25,29; Tac. Ann. 11,27.

76. Diers, Álvaro. DPR. p. 398.

77. González Reyes, Rafael. La disponibilidad del marido- sobre la dote en el Derecho romano clásico. Tesis pro fesional. ENEP. Aragón, 1986 p. 51. D. 13,3,10,3; h. t., 69,8; h. t., 75, in fine; 23,5,13,2.

bien, desde otro punto de vista, el marido puede ser --- simplemente un usufructuario de los bienes dotales, por ejemplo de los fundos itálicos; ya que puede disponer de los frutos, pues éstos no son acumulativos de la dote. - También la dote es cosa de la mujer, puesto que se da al marido para sufragar las cargas del matrimonio y cuando es disuelto éste, los bienes dotales son restituidos a la mujer.⁷⁸

La cuestión se resuelve en:

D.40,1,21: ... *ut constante matrimonio - deberi dos intellegatur.*

...ya que mientras dura el matrimonio, - la dote se entiende como debida a la mujer.

Por lo que se refiere a las formas de constitución - se habla de una tripartición, sin embargo, d'Ors considera que ésta es escolástica, por lo que Ortega Carrillo -- señala que las tres formas de constitución que más se mencionan son las más frecuentes.⁷⁹ Estas formas son: *Dotis datic, dictio dotis y promissio dotis.*

78. Ep. Ulp. 6,1. *Des aut datur aut dicitur aut promittitur.* La dote se da, se promete o se compromete. Dicha tri

79. Ortega Carrillo, A. DD. p. 18.

La *dotis datio*, es la entrega inmediata y efectiva,⁸⁰ en este caso la transmisión se hace por medio de la ---- *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*, actos jurídicos, que no sólo sirven para constituir la *dos*, sino que se -- emplean en cualquier acto formal de atribución de la propiedad.

Como en la *dotis datio* se ha entregado la dote (entrega material), si el matrimonio no se celebra o bien, se disuelve, la mujer o quien la haya constituido podrá -- recuperarla por medio de la *condictio*,⁸¹ ya que la dote -- se considera *matrimonii causa*, y si el matrimonio ha fallado, el marido pierde la causa para retener la propiedad de los bienes dotales.

La segunda forma es la *dictio dotis*, ésta, se limito exclusivamente a la constitución de la dote.

Esta forma es la más comunmente utilizada en el período clásico.

La *dictio dotis*, en el período clásico, es un acto --

80. Padilla Sahagún, Gumesindo. DR. Primer curso. 1988. -- (ENEP-UNAM Aragón) p. 78.

81. D. 73, 3, 7, 3 itp.; h.t. 8.

jurídico especial que consiste en una declaración unilateral⁸² por la que el ascendiente paterno o la mujer, promete al futuro marido la *dos*.

La constitución de la dote por medio de la *dictio dotis*, era un monólogo que hacía la persona que la constituía, a su cargo estaba el pronunciamiento de palabras -- solemnes sin que se interrogara a la persona que la recibía.

Bachmann y Chihlarz⁸³, señalan que para que la *dictio dotis* tuviera validez, era necesario que el futuro marido aceptase expresamente los bienes dotales. Sin embargo, Ortega Carrillo señala que para la eficacia de la *dictio dotis* no es necesaria la aceptación expresa del futuro -- marido,⁸⁴ y al respecto Schulz manifiesta que "los detalles referentes a la *dictio dotis*, son muy dudosos por la escasez de las fuentes".⁸⁵

82. Gai 3, 95; 3, 96.

83. Bachmann. *Dotalrecht*, II, p. 87, n. 1, y 98; Chihlarz *Dotalrecht*, p. 114. Citados por Ortega Carrillo, *Antonio*. DD. p. 64.

84. Este autor, basa su opinión en Voigt, *Die XXI Tafeln*, II p. 487. El cual señala que no era necesario una -- aceptación solemne por parte del que recibía la promesa, sino únicamente bastaba con un no rechazo. Cita-- do por Ortega Carrillo, *Antonio*. DD. p. 68.

85. Schulz, Fritz. *DRC*. p. 117.

Nosotros consideramos que ni para la existencia, ni para la eficacia de esta figura, se requiere aceptación expresa, en virtud de que es precisamente la unilateralidad lo que caracteriza a la *dictio dotis*, inclusive es una de las diferencias más notorias con la *promissio dotis*, - como veremos más adelante.

Podemos destacar entonces, de la *dictio dotis*, en -- primer lugar la declaración verbal solemne y formal de -- parte del constituyente, y en segundo lugar, la aceptación tácita del futuro marido. Servía para darle eficacia a -- una promesa de dote.

La *dictio dotis* como negocio jurídico unilateral, -- tiene en primer lugar una fórmula específica para constituir la dote, esto es, que únicamente es utilizada en época clásica para constitución dotal, y no para otros negocios jurídicos.

Es un acto formal que se realiza a través del pronunciamiento de palabras solemnes, frente al futuro marido, - la fórmula que se usaba según d'Ors⁸⁶, era: *Doti filiae - meae tibi erunt centum.*

86. D'ors, Álvaro. DPR. p. 399 n. 2.

La fórmula la encontramos en:

D.23,3,25: *Si ei nuptura mulier, qui -- Stichum debebat, ita cum eo pacta est: pro - Sticho, quem mihi debes, decem tibi doti --- erunt.*

Si la mujer, antes de casarse con un -- deudor suyo que le debía dar el esclavo Esti- co, pactó con él en lugar de Estico, que me- debes, ⁸⁷ quedan diez mil sestercios como -- dote...

D.23,3,44,1: *Quae debitorem filium ---- familias habet, si patrieus ita dotem promi- serit: quod mihi debes vel quod mihi filius- tuus debet, doti tibi erunt...*

La que tiene por deudor a un hijo de fa- milia, si hubiera prometido la dote al padre del mismo diciendo lo que me debes o lo -- que me debe tu hijo, lo tendrás en dote ...

D.23,3,46,1: *Si debitori suo mulier --- nuptura ita dotem promississet: quod mihi --- debes aut fundus Sempronianus doti tibi erit, utrum mulier vellet, id in dote erit...*

Si la mujer que iba a casarse con su --- deudor le prometiese diciendo: Tendrás como- dote lo que me debes, o el fundo Semproniano, será dote lo que elija la --- ⁸⁸ entre estas - dos cosas ...

D. 23,3,57: *Nuptura filio familias si -- socero dotem ita promiserit: quod filius ---*

87. Ortega-Carrillo, A. DD. p. 123 lo considera interpolado.

88. Ortega-Carrillo, A. DD. igualmente lo considera interpolado.

tuus mihi debet, id doti tibi erit...

Si la novia de un hijo de familia hubiese prometido la dote diciendo lo que tu hijo me debe, lo tendrás en dote ...

D.23,3,59, pr.: *Si mulier ita dotem -- promiserit decem tibi aut Titio doti erunt...*

Si una mujer hubiese prometido la dote diciendo: Tu o Ticio tendrás en dote diez mil sestercios ...

D.50,16,125. *Nepos Proculo suo salutem. Ab eo qui dotem promisit: cum commodum erit, dotis filiae mede tibi erunt aurei centum, - putasne protinus nuptiis factis dotem peti - posee?, quid si ita promississet: cum potuero, doti erunt?, quod si aliquam vim habeat ---- posterior obligatio, possit verbun quomodo - interpretatoris utrum aere alieno deducto -- an extante? Proculus: cum dotem quis ita -- promisit: cum potuero, doti tibi erunt ---- centum, existimo ad id quod actum est ---- interpretationem redigendam esse...*

Nepote saluda a su amigo Próculo: del que prometió una dote diciendo te daré -- cien mil áureos en dote por mi hija cuando me venga bien. ¿Crees que pueda pedirse la dote tan pronto se hayan casado? ¿Y qué si hubiera prometido diciendo te daré en dote cuando pueda? Porque si esta segunda obligación tiene algún valor, ¿como interpretas la palabra pueda? ¿después de deducir las deudas o no? Responde: Próculo: cuando alguien prometió una dote diciendo te daré en dote cien mil sestercios cuando pueda, creo que debe interpretarse conforme a la voluntad verdadera.

D'ors señala que la *dictio dotis* debía hacerse ----- siempre antes del matrimonio, puesto que en los fragmentos del Digesto la fórmula está expresada en tiempo futuro (*erit, erunt*).

Ortega-Carrillo por su parte afirma que las palabras *erit erunt*, reafirman que cuando se celebra la *dictio --- doctis*, siempre se refieren a un futuro matrimonio.⁸⁹

Por lo que se refiere a la naturaleza formal de la *dictio dotis*, ésta se manifiesta a través de la declaración verbal de la persona que constituía la dote y de la aceptación tácita del futuro marido.

En cuanto a la declaración solemne, ésta consistía - en el pronunciamiento de las palabras pronunciadas en la fórmula *doti, tibi erit, erunt*, mencionando asimismo las *res dotales*.

Perozzi por su parte señala como una característica - más de la *dictio dotis*, la autonomía del acto, porque no forma parte de ningún otro.⁹⁰

89. Ortega-Carrillo, A. DD. p. 97.

90. Perozzi, Silvio. IDR. p. 235. Se refiere en este caso a los esponsales, Solían preceder al matrimonio. Son las promesas para contraer futuras nupcias. Cfr. D.23, 1,1; Gel. 4,4,2; Serv ad Aen. 12,79.

Ahora bien, las personas que pueden constituir la -- dote por medio de la *dictio dotis*, es el padre de la mujer, por ésta misma si es *sui iuris*, o por su deudor.⁹¹ -

Apoyamos esta afirmación en:

Ep.Ulp. 6,2: *Dotem dicere potest mulier - quae nuptura est et debitor mulieris, si iussu eius dicat: item parens mulieris virilis sexus per uirilem sexum cognatione iunctus, velut -- pater auus paternus. Dare promittere dotem --- omnes possunt.*

La mujer que se va a casar puede prometer la dote y también el deudor de la mujer si la promete por mandato de ella; lo mismo el ascendiente varón de la mujer, emparentado con ella por línea masculina, como el padre o el abuelo paterno. Todos pueden dar y comprometer la dote.

Con la *dictio dotis*, el marido conseguirá un crédito, el cual va a obtener una vez celebrado el matrimonio en virtud de que se realiza *matrimonii causa*, "lo que viene a repercutir en que si no se celebra éste, podía ser revocada".⁹²

Gayo añade que la *dictio dotis* puede recaer sobre --

91. Kaser, Max. DRP. p. 271.

92. González Reyes, Rafael. La disponibilidad del marido sobre la dote en el Derecho romano clásico. Tesis profesional. ENEF. Aragón. 1986. p. 61.

bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales.⁹³

Una vez celebrado el matrimonio, esto es, cumplida - la causa de la *dictio dotis*, y ante el incumplimiento del constituyente de la dote, el marido, tendrá a su favor -- la *actio certi*, que es la misma acción de la estipulación,⁹⁴ para reclamar su cumplimiento. Así lo establecieron los emperadores Severo y Antonio Augusto en:

C. 5,12,1, pr. *Rem in praesenti non minimam aggreddimur, sed in omni paene corpore iuris -- effusam, tam super rei uxoriae actione quam --- stipulatu, earum communiones et differentias - ressecants, et in unum tramiten ex stipulatu -- actionis totum rei uxorie ius, quod dignum --- esse valere consemus, concludentes. Rei uxoriae itaque actione sublata sancimus, omnes dotes -- per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, esse subsecuta. Eodemque -- modo et si inutiliter facta est stipulatio; -- adiuvari enim eam magis, quam evanescere ---- oportet. Si enim, quum una in instrumento -- stipulatio valida inveniatur, et aliis ----- inveniatur, et aliis inutilibus suam noscitur praestare fortidum, quare non ex nostra lege - huiusmodi stipulationibus robur accedat ---- legitimum Est enim consentaneum nobis, qui ---- censemus, et ubi stipulatio supposita non est, intelligi eam fuisse adhibitam, multo magi -- etiam, si inutilis est, validam eam effici.*

Acometemos al presente una materia de no-pequeña importancia, sino extendida en casi todo el cuerpo del Derecho, tanto sobre la acción de bienes de la mujer como sobre la de lo estipulado, suprimiendo sus identidades y sus ---

93. Gai. 3.92.

94. D'ors, Alvaro, DPR. p. 343 n. 2.

diferencias, y comprendiendo en el sólo trámite de la acción de lo estipulado todo el derecho - de la de los bienes de la mujer, que consideramos digno de que subsista. Así, pues, abolida la acción de bienes de la mujer, mandamos, que todas las dotes sean exigidas por la acción de lo estipulado, ya si hubiere sido escrita, ya si no, la estipulación, de suerte que se entienda que por virtud de la misma cosa se siguió -- estipulación. Y del mismo modo también si la - estipulación fue hecha inútilmente; porque conviene que ésta sea rebustecida más bien que no que se invalide. Pues si cuando en un instrumento se halla una sola estipulación válida, se conoce que presta su fuerza aún a las otras inútiles.

Ahora bien, la *dictio dotis* difiere de la *stipulatio* en que ésta servía para llevar a cabo fines diversos, y - aquella, era empleada exclusivamente para la constitución dotal,⁹⁵ pero al igual que ésta, origina una obligación - que se contrae *verbis*, pero condicionada a la celebración del matrimonio (*si nuptae sequuntur*).⁹⁶

En el último período clásico⁹⁷ y al comienzo del -- postclásico surge una gran decadencia en general de las formas solemnes del *ius civile*, que no sólo afecta a la *dictio dotis*, sino también a la *mancipatio*, *stipulatio*, - etc.

95. Karloga, *Römische Recht. Sgeschichte*, II p. 202. Citado por Ortega-Carrillo A, DD. p. 83.

96. Iglesias, Juan. DR. p. 444. Señala que la obligación nace de los *verba* pronunciados por el constituyente.

97. Llamada también etapa clásica tardía, comprende del 130 d. C. al 230 d.C. Sobre la periodificación del Derecho romano. vid. D'ors, Alvaro. DPR. p. 36.

En el período postclásico, el emperador Teodosio II hace profundas modificaciones a las formas solemnes del *ius civile*, además de varios cambios a la reglamentación del matrimonio, a las relaciones patrimoniales (en la que está contemplada la *dictio dotis*), tales como las donaciones y el aspecto sucesorio de los cónyuges. Tal modificación, la encontramos en:

C.th, 3,13,4: *Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacumque ----- sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio rerum dotalium minime fuerit subsecuta.*

Mandamos que para la exacción de la dote, que una vez se convino que se daría basten cualesquiera palabras, ya hubieren sido o no, escritas, aunque no se hubiere seguido en manera alguna estipulación en la promesa de los bienes dotedales.

El emperador Teodosio, con dicha modificación, trata de facilitar el cumplimiento de aquellos negocios que benefician sobre todo la vida familiar.⁹⁸

En esta constitución teodosiana de 20 de febrero de 428, se advierte que para constituir válidamente una dote,

98. C. th. 3,7,3.

ya no son necesarias las formas solemnes de la *dictio dotis*, con esto no quiere decir que Teodosio haya abolido nuestra figura en estudio, sino únicamente, señala que la dote puede ser realizada eficazmente mediante una simple-convención no formal, reconociéndoseles plena validez a aquellos acuerdos no solemnes, esto es, que trata con esta constitución, mitigar la excesiva formalidad de la *dictio dotis*, pero sin abolirla, la innovación teodosiana se refiere a la eliminación de las formalidades clásicas (*solemnia verba*) y no propiamente al campo substancial de la misma.⁹⁹

La reforma de Teodosio II se refiere en esencia a liberar a la *dictio dotis* de su carácter estrictamente solemne, con esto, los compiladores justineanos interpretaron la reforma como una abolición total, y suprimen del Digesto y del Código el término *dictio dotis*, substituyéndolo por la *dotis promissio*. De tal forma que el emperador al decir que era válida la constitución dotal por medio de una convención no formal, los compiladores le dieron un nuevo nombre a la mal interpretada reforma teodosiana, denominándole pacto de dote a la *dictio dotis*,

99. Orestano al analizar esta constitución, señala que sólo es un fragmento bastante más amplio, pero esparcida en diversos fragmentos, cuestión que apoya en Gotofrido, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis* S. I (Lipsiae, 1736), p.734. Citados por Ortega-Carrillo C. DD. p. 152 n. 14 y 15.

y aún más, tratan de justificar al naciente pacto dotal en el fragmento 6 de Paulo, ya que en él se establece que la "Convención de ley es la que se halla confirmada por alguna ley..."¹⁰⁰, y como ya habíamos mencionado anteriormente, para el postclásico, las constituciones imperiales entraban ya en las leyes, este texto paulino se ajusta a la perfección para abarcar en él a los nuevos pactos introducidos por la legislación imperial tardía.¹⁰¹

De la lectura de la constitución teodosiana (C.th.3, 13,4), no se desprende la supresión de la *dictio dotis*, ni tampoco, viene sancionada la validez del pacto dotal, esto es, que no nos habla de una abolición total, únicamente establece que ahora basta para que la constitución de dote sea eficazmente válida, simples convenciones no solemnes, esto es, que le da validez a acuerdos carentes de forma.

La invocación teodosiana de 428, no intentó suprimir las antiguas formas solemnes, de la *dictio dotis*, sino solamente sanciona la libertad de forma para la constitución de la dote,¹⁰² sin que por esto, haya dejado de ---

100. D,2,14,6.

101. Infra.p. 53.

102. Fr. v.t. 112. Contiene la primer promesa de dote des provista de solemnidad verbal, en donde el emperador la declara eficaz.

existir, ya que aún después de la reforma teodosiana se conserva como forma solemne y continúa aplicandose pero cada vez menos, porque se encuentra en desventaja frente a las convenciones carentes de forma.

La *dictio dotis*, después de la disposición de Teodosio II, dejó de usarse poco a poco hasta desaparecer completamente.

De todo lo antes expuesto, podemos concluir, que la *dictio dotis* es un acto jurídico unilateral y especial, solemne, para la constitución dotal, con efectos obligatorios, reservada en el período clásico a los ciudadanos romanos, distinta de la *promissio dotis*, en la que se constituye como un acto bilateral.

En época clásica no es considerada como pacto, los compiladores la introdujeron como tal, al interpretar la constitución de Teodosio. Las constituciones mencionan su nombre por última vez en el año 396¹⁰³ y 328.¹⁰⁴

Por último es suprimida en:

103. C. Th. 3,12,3.
104. C. Th. 3,13,4.

C.5,5,6,2: ...*Dos si qua forte solemniter aut data aut promissa fuerit iuxta ius antiquum fisci nostri commodis ced...*

...La dote si acaso solemnemente se hubiere dado o prometido alguna, ceda conforme al antiguo Derecho en beneficio de nuestro fisco.¹⁰⁵

Schulz afirma, que "al desaparecer la *dictio dotis*, en la época postclásica, los compiladores bizantinos la eliminaron totalmente de los textos clásico, substituyéndola por la *promissio dotis*".¹⁰⁶

En la *promissio dotis*, el esposo tenía la iniciativa, interrogando al constituyente, esto es, se lleva a cabo por medio de una pregunta precedente del marido con una aceptación expresa por el constituyente.

La *promissio dotis*, puede realizarla cualquier persona. Así se establece en:

D.23,3,4, pr.: *Promittendo dotem omnes -- obligantur, cuiuscumque sexus condicionisque sint.*

105. Cfr. C. 5,5,6,2: 5,11,6; 5,12,1.

106. Schulz, Fritz. DRC. p. 117.

Puede obligarse por una promesa de dote - cualquier persona, sea cualquiera su sexo y - condición.

Asimismo, la *promissio dotis*, puede constituirse antes o después del matrimonio, tal situación se fundamenta en:

D. 23, 3, 44, 1: ...*Marcelus. Sive igitur cum filio post hac sive cum patre agere instituerit, exceptione pacti conventi summovebitur: actione autem de dote si experietur, consequetur quod in peculio fuisse apparuerit eo tempore quo dos promittebatur; autique si post nuptias promissa eius temporis peculium aestimari debet, quo --- nuptiae fierent.*

Dice Marcelo: si la mujer ejercitase --- después la acción de su crédito contra el hijo, o de peculio contra el padre, será rechazada por la excepción del pacto; pero si ejercitase la acción de dote, conseguirá lo -- que se probase que existía en el peculio al -- tiempo en que se prometió la dote; esto ----- siempre que la dote hubiese sido prometida antes del matrimonio, se debe estimar el peculio al tiempo en que se efectuase el matrimonio.

b) La promesa de donar.

En el Derecho romano clásico, la *donatio* no es un negocio jurídico con régimen propio, ni mucho menos un contrato, sino simple y sencillamente un acto jurídico que implicaba el enriquecimiento de una persona en detrimento de otra,¹⁰⁷ esto es, un acto mediante el cual el donante transfiere un derecho patrimonial al donatario sin necesidad de compensación.

Así Juliano establece en:

D.39,5,1, pr. *Donationes cum plures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit ----- accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam -- ut liberaritatem et munificentiam exeat: --- haec proprie donatio appellatur.*

Las donaciones pueden ser de diferentes clases. Se puede dar con la intención de que algo se haga inmediatamente del donatario y en ningún caso pueda volver al donante, pues se hace sin más causa que el realizar un acto de liberalidad y munificencia.¹⁰⁸

107. Schulz, Fritz. DRC. p. 541. En el mismo sentido Burdese señala: *La donazione non costituisce, fino a tutta l'età classica, un tipo a sé di negozio ----- giuridico avente struttura ed effetti proprii, rappresenta bensì solo una particolare causa a scopo pratico che qualifica differenti atti con cui si -- effettua una attribuzione patrimoniale ad altri.*
Burdese, Alberto. M DPR. p. 613.
108. Cfr. D. 39,5,9, pr.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

D'ors, define la donación como "la causa de todo acto de disposición de liberalidad en detrimento del patrimonio del donante y lucro del donatario"¹⁰⁹, la causa a que hace alusión d'Ors, se refiere precisamente a que es necesario para que exista la donación, el convenio de --- atribución patrimonial definitiva del donante al donatario, y que el enriquecimiento tenga como único fin el lucro del donatario, esto es, convienen donante y donatario en que la atribución sea gratuita.

Respecto al convenio de gratuidad, Kaser¹¹⁰ señala que en Derecho clásico, es lo que se conoce con el nombre de *ánimus donandi*, sin embargo, es muy discutible esta -- situación, en virtud de que a ello se opone Schulz y --- d'Ors, los que señalan que el requisito exigido para la - donación es la *causa donandi*, pero que los compiladores - llaman *ánimus donandi*, término que es desconocido en época clásica.¹¹¹

Entonces, la *donatio* requiere en primer lugar, un -- convenio de atribución patrimonial por parte del donante y la aceptación expresa del donatario.¹¹² Sin embargo, este requisito no es suficiente para que la donación sea-

109. D'ors, Álvaro, DPR. p. 389.

110. Kaser, Max, DRP. p. 214.

111. D'ors, Álvaro, DPR. p. 390 y Schulz, Fritz, DRC. p. 541.

112. D. 30, 5, 34, pr. En el mismo sentido C.5,3,1.

eficaz, sino requiere de un acto transmisivo propio, de acuerdo con lo que se desee donar, así, se puede llevar a cabo mediante la *mancipatio, in iure cessio, traditio, stipulatio, acceptilatio*, o a través de un pacto de *non petendo*. Esto es, que la donación no se perfila en la época clásica, como un acto autónomo, sino que aún depende de un acto transmisivo de la propiedad. Así, Kaser afirma "la donación del Derecho clásico no constituye todavía causa independiente de una obligación, no es un especial tipo de negocio jurídico, y sí una causa jurídica, *causa donandi* que justifica o legitima las indicadas atribuciones patrimoniales".¹¹³

Savigny, señala al respecto que la gran mayoría de los autores confunden el verdadero campo de la donación.¹¹⁴

De lo anterior, podemos concluir, que la *donatio* para que exista, es necesario el convenio de adquisición patrimonial en detrimento del donante y a favor del donatario, *causa donationis*. En segundo lugar, la intención de llevar a cabo la liberalidad que es lo que en período postclásico se le llamó *animus donandi*.

113. Kaser, Max. DRP. p. 214.

114. Savigny, Frederick, Karl Von. DRA. p. 83.

En tercer lugar, requiere de un acto transmisivo propio, que puede ser la *mancipatio*, la *in iure cessio*, --- etc. Sin este último requisito, la *donatio* no surte efectos.

Habíamos señalado que la donación, es definitiva, -- sin embargo, tiene tres excepciones, cuando el donante temiendo su muerte hacia la donación y ésta no ocurría, recuperará el objeto por medio de la *condictio ob causam*.¹¹⁵ Este tipo de donación es la llamada *donatio mortis causa*. A ella se refiere Marciano en:

D.39,6,1, pr. *Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat -- quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.*

Hay donación a causa de muerte cuando el donante prefiere tener él a que tenga el donatario, y que tenga su donatario a que tenga su heredero.¹¹⁶

Y Justiniano en:

Inst. 2,7,2. *Aliae autem donationes sunt quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quae inter vivos appellamus...*

115. C. 8,56 (57); Cfr. D. 12,4,12.

116. Cfr. C. 8,55,1, pr.

Otras donaciones son aquellas que se --- hacen sin ninguna previsión de la muerte, a - las cuales llamamos inter vivos...

Otro tipo de donación que puede ser revocada, son -- las llamadas donaciones nupciales,¹¹⁷ que no surtirán -- efecto alguno si el matrimonio no llega a celebrarse, el donante tiene a su favor la *reivindicatio* para recuperar el objeto donado. Lo anterior queda de manifiesto en:

D. 39,5,1. *Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam donationem valere, propria appellatione utimur et factum demonstramus, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis nec umquam ullofacto ad se reverti velit cum vero dicimus, si hac mente donat sponsum sponsae, ut nuptiis non contrarium priori dicimus, sed concedimus inter eas personas fieri donationem eam quae sub ---- condicione solvatur.*

Así pues, cuando decimos que la donación -- entre los prometidos, antes de casarse, es válida, hablamos propiamente de donación, al significar el acto del que da con fin de liberalidad, -- de modo que algo se haga inmediatamente del donatario y no vuelva en modo alguno a él; pero cuando decimos que el prometido dona algo a la prometida con la intención de poder reclamar la restitución en caso de que no llegue a haber matrimonio, no decimos algo muy distinto a lo anterior, pero admitimos que hay entre ellos una donación -- que se pueda resolver por una condición.¹¹⁸

117. Para más detalle Vid. García, Garrido., M. IV. p. 81.

118. Frag. Vat. 272.

Un último caso en el que se puede revocar la donación es la que se hace a los libertos por ingratitud del mismo. El donatario en este caso conserva la *reivindicatio* para recuperarla.

En época postclásica, Teodosio II, realiza una serie de reformas sobre todo en lo que concierne a las relaciones patrimoniales, que según Amelotti,¹¹⁹ la intención de Teodosio con dichas reformas, fue facilitar la realización de negocios que sirvieran a la vida familiar.

Con dichas reformas, se suprimen un sinnúmero de formas solemnes de Derecho romano clásico, esto es, se eliminan ciertas exigencias formales para la celebración de determinados actos, entre los cuales se encuentra la donación.

En este período se da mucho la práctica, el hecho de consignar en documentos los negocios jurídicos, esto es, la observancia de la forma escrita, se consideró como requisito fundamental para la validez de todo negocio jurídico. La forma de llevar a cabo la donación no fue la excepción de las reformas, por lo que Constantino consideró que la validez de la donación no va a depender ya de los

119. Amelotti. *Per la riconsituzione di una legge di Teodosio II*, en Studi in onore di P. de Francisci, II, pp. 308-309. Citado por Ortega-Carrillo A. DD. p. 154.

actos por medio de los cuales se realiza, esto es, le da a la donación carácter de negocio jurídico típico, ya que prescribe que la donación se lleva a cabo bajo una nueva forma.¹²⁰ Burdese, al respecto manifiesta que "*Per la prima volta Constantino prescribe, sotto pena di nullità, una nuova forma per la donazione reale, considerata quale tipico negozio a sé (contractus) traslativo del diritto - e como tale spesso menzionata accanto alla compravendita...*"¹²¹ Esta cuestión la basamos en:

C. 8,53, (54), 25-26. *Donatio, sive directa sit, sive mortis causa instituta, sive conditione faciendi ac non faciendi suspensa, sive -- ex aliquo notato tempore promissa sive animo --- dantium accipientiumve sententis quantum ius -- sinit, cognominata, sub hac fieri debet observatione ut, quas leges indulgent, actiones, --- condiciones pactio neque contineat hisque --- penitus cognitis vel recipiantur, si complacitae sunt, vel reiciantur, si molestae.*

La donación, ya sea directa, ya haya sido formalizada por causa de muerte, ya esté ----

120. *Frag. Vat. 249. In conscribendis autem donationibus -- nomen donatoris, ius ac rem notari oportet, neque idoculte aut per imperitos aut privatim, sed ut tubulae aut quod cumque aliud materiae tempus devit vel ab -- ipso vel ab eo, quem sors ministraverit, scientibus -- plurimis perscribatur, et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim adque inruptionem advocatavicinitate omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide provabitur donatam rem, si est mobilis, ex voluntate traditam donatoris vel, si immobilis, ---- abcessu donatis neve domino patefactam actis etiam -- adnectendis quae a pud iudicem vel magistratum confienda sunt.*

121, Burdese, Alberto. M DPR. p. 617.

suspensa por condición de hacer y de no hacer, ya sea prometida desde algún tiempo determinado, ya esté denominada, en cuanto el Derecho lo consiente, por la intención de los que dan o las apreciaciones de los que reciben, deber ser hecha observándose esto, que contenga las acciones, condiciones y pactos que las leyes permiten, y que siendo estos perfectamente conocidos, sean admitidos, si son aceptables o rechazados, si son molestos.

Asimismo, Constantino establece para la validez de la *donatio*, la transmisión efectiva y material del objeto, -- además, la redacción de un documento y el registro del mismo ante funcionarios del emperador, dicho documento recibe el nombre de *insinuatio*. Es la insinuación la que da a la donación el carácter de acto típico, y autónomo, porque ya no depende para su validez, de los actos para la transmisión de la propiedad, que ya hemos mencionado.

La exigencia de la forma escrita para llevar a cabo la donación, la encontramos en una ley de Constantino.¹²²

Justiniano en sus Instituciones (Inst. 2, 7, 2.), limita la *insinuatio* a aquellas donaciones que superan los -- quinientos sueldos, por lo que aquellas que no sobrepasan

122. C. 8, 53, (54), 25; C. 8, 53, (54), 27; C. Th. 8, 12, 5.

dicha cantidad dispone que serán eficaces por simple pacto.

Podemos decir entonces que en el Derecho romano clásico, no se sujeta a una forma única y especial, sino --- simplemente va a adoptar una forma determinada de acuerdo con lo que se desee donar.

En el período postclásico, de acuerdo con Constantino Cloro la *donatio* adopta la forma escrita, registrando dicho documento (*insinuatio*), es hasta Justiniano en donde encontramos por vez primera que a la donación que sea inferior a los quinientos sueldos se llevará a cabo por simple pacto, cuestión que ha servido de confusión para los autores tradicionalistas de llamar a la promesa de donación pacto de donación y aún más, los compiladores basándose en el fragmento 6 de Paulo, le atribuyen el ---- nombre de pacto legítimo.

c) Pacto de compromiso.

Al *compromissum*, se le ha confundido muy frecuentemente con el *receptum arbitrii*, pero es menester aclarar que si bien es cierto son figuras muy ligadas, existe en ambas una gran diferencia. El *receptum arbitrii* se refiere como ya habíamos mencionado anteriormente¹²³ al acuerdo entre las partes litigantes y el árbitro, en cambio en el *compromissum* hay un acuerdo pero éste lo celebran los litigantes entre sí.¹²⁴ Además de que esta figura es la base para que surja el *receptum arbitrii*.

Bonfante opina que el compromiso es un convenio en el que los litigantes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un árbitro.¹²⁵ En el mismo sentido Margadant manifiesta que es el acuerdo de las partes de someter su litigio a la opinión de uno o varios árbitros.¹²⁶

Nosotros consideramos que estos autores confunden la esencia misma del *compromissum*, porque para que éste se

123. Infra. p. 42.

124. D. 4,8,1. *Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet.*

El compromiso se acomoda a semejanza de los juicios, y sirve para resolver las controversias.

125. Bonfante, Pedro. IDR. p. 517.

126. Margadant, Guillermo F. DPR. p. 311.

de, es necesario en primer lugar, que el actor renuncie a la acción mediante un pacto, "que no tiene en época clásica más efecto que el negativo de una *exceptio*"¹²⁷, pero que sólo es un requisito o una base para que el *compromissum* sea celebrado, es decir, que primero se celebre un pacto de renuncia a la acción de parte del actor, - cuestión semejante totalmente al pacto clásico.

Pero el acuerdo de renuncia a la acción no es el --- compromiso ya que éste es el acuerdo formal mediante el - cual las partes en virtud de estipulaciones¹²⁸ penales - consistentes en el pago de una multa¹²⁹ (*multae dictio*) - se comprometen a acatar la decisión arbitral, así queda - de manifiesto en:

C. 2,16,1. *Ex sententia arbitri , ex -- compromisso iura perfectio aditi, apellar non - posse, saepe rescriptum est, quia nec iudicati actio inde praestori potest, et ab hec invicem*

127. D'ors, Álvaro. DPR. p. 175.

128. Así se manifiesta en Gai. 3,92. *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut: dabi spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fideiubes? fideiubes; facies? -- faciam.*

La obligación por palabras se contrae por medio de -- preguntas y respuestas tales como: ¿Prometes dar?; -- Prometo; ¿darás? daré; ¿Te comprometes? Me comprometo; ¿Empeñas tu palabra fielmente? La empeño fielmente; - ¿Te constituyes fiador? Me constituyo fiador; ¿Haras? Haré; . Cfr. Gai. 3,93.

129. Ep. Tit XI § 49. Hace alusión a una *pecunia compromissa*.

poena promittitur, ut metu eius a placitis -- non recedatur. Sed si ultra diem compromisso comprehensum iudicatum est, sententia nulla est, nec ullam poenam committit qui ei non paruerit.

Con frecuencia se respondió por rescriptos, que no se puede apelar de la sentencia del árbitro al cual se recurrió en virtud de compromiso legalmente hecho, porque tampoco se puede dar en virtud de ella la acción de cosa juzgada, y por esto se promete por ---- ambas partes una pena, para que por miedo a ella no se separe ninguno de lo convenido. Mas si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido.

En el mismo sentido se manifiesta en:

C. 2,16,2. Si contra compromissum --- adversarius tuus apud electum arbitrum ---- praesentiam sui facere detrectavit, placitae poenae videtur obnoxius.

Si contraviniendo el compromiso tu adversario se negó a comparecer ante el árbitro elegido, se considera sujeto a la pena estipulada.

De tal manera que el *compromissum* no es el acuerdo de las partes para someter sus diferencias a un árbitro, sino que sencillamente, es el acuerdo de imposición de -- una multa para el caso de no acatar la decisión arbitral.

Ahora bien, el pacto clásico siempre produce excepción, y en el caso del *compromissum* la parte que no hubiera aceptado el laude pagará la multa sin que pueda oponer *exceptio*, así, Ulpiano manifiesta en:

D. 4,8,2. *Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poena petitionem.*

Se admite que del compromiso no nace -- una excepción, sino una petición de la pena.

Concluyendo, podemos señalar que son necesarios varios momentos para que se dé el *compromissum*, no forman parte de él sino que son la base del mismo.

En primer lugar los litigantes celebran un pacto de renuncia a la acción, éste en el Derecho clásico, surtirá únicamente el efecto negativo de la *exceptio*, pero es precisamente por este momento, por lo que se le ha confundido y se le ha llamado pacto de compromiso, pero esta renuncia a la acción sólo es como ya habíamos mencionado anteriormente la base para que aquél surja.

Una vez que el actor ha renunciado a la acción, ---- acuerdan los litigantes nombrar a un árbitro para que dirima el litigio.

Sobre este las partes, acuerdan mediante estipulaciones,¹³⁰ la imposición de una multa en caso de que el vencido en el arbitraje no acate la disposición del árbitro. Que es a lo que podemos llamar *compromissum*.

Por último, sobre la base ya del *compromissum* celebrado, las partes, sigue el *receptum arbitrii*, que como ya habíamos mencionado en el apartado de los llamados pactos pretorios, es la aceptación del árbitro para fungir como tal.

Por otro lado, el pretor no puede obligar a las personas a asumir la función arbitral, pero una vez aceptado, tiene la obligación de dictar su sentencia. Al respecto, Ulpiano señala:

D.4,3,3,1. Tametsi nomen praetor cegat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam -- hanc rem pertinere, praetor putat; non tantum quod studeat lites finire verum quoniam non deberent dici, qui eum quasi virum bonum -- disceptatorem inter se elegerunt...

Aunque el pretor no obligue a nadie a asumir la función de árbitro, porque esto es cosa libre e independiente, y puesta fuera de la coacción del magistrado, sin embargo,-

130. D.4,8,2; h.t.,31; h.t.,32,13; Cfr. h.t.27,7 y 8.

tan pronto alguien hubiese aceptado el arbitraje, estima el pretor que la cosa corresponde a su cuidado y solicitud; no tanto porque deba procurar que se resuelvan las controversias, - cuanto porque no deben ser defraudados los que le eligieron, como hombre bueno, para que sea árbitro entre ellos...

Al *compromissum* lo introdujeron los compiladores en los llamados pactos legítimos porque éste era propio de los ciudadanos romanos¹³¹ y como ya vimos anteriormente, los compiladores substituyen la palabra *iuris civilis* por *conventio legitima*.

En época postclásica justiniano considera al *receptum arbitrii* como un contrato vinculante aunque no vaya acompañado de las estipulaciones penales, es decir: del *compromissum*.¹³²

131. Así, en Gai 3, 93 se expresa: *sed hoc quidem verberum obligatio dari spondes? Spondes, propria civium Romanorum est.*

Sin embargo la obligación contraída por medio de las - palabras: ¿Prometes dar? Prometo (*Idabi spondes? Spondeo*) es propia de los ciudadanos romanos.

132. C. 2,55,4; en el mismo sentido, Nov. 82,II.

CAPÍTULO III

A. Los Pactos en el Derecho Romano Clásico.

Habíamos mencionado en páginas anteriores¹, que el pacto clásico es aquél convenio lícito que no produce acción, y que da al demandado una *exceptio* para su defensa, además de que dicho convenio no agrava la situación del demandado. El objeto del pacto clásico es limitar o suprimir una obligación.

Ahora bien, en Derecho clásico, el pacto no produce acción por sí mismo; éste solo producirá acción cuando -- forma parte de una obligación prevista. De tal forma que los pactos adheridos vienen a ser cláusulas del contrato, esto es, son las leyes que rigen al mismo.

Los tradicionalistas, llaman a los pactos adheridos, pactos vestidos porque consideran que producen acción, pero ya ha quedado señalado que van a producir acción porque forman parte de las cláusulas de un contrato inicial, ya que los pactos nudos o separados sólo producen excepción.

1. Infra. p. 5.

Los pactos separados sólo producen excepción, pero se les otorgará acción sólo si inicialmente existe un negocio jurídico principal, esto es, cuando forma parte del contrato, como cláusula del mismo, ya que, forman parte de una obligación prevista con anterioridad. Aquellos -- que se convienen por separado sólo producirán excepción.²

1. Pacto a favor de tercero.

El pacto a favor de tercero es un tipo de *pacta adiecta* que existió durante la época clásica paralelamente a la *stipulatio alteri*, la cual terminó confundiéndose con el mismo durante la época postclásica debido a la desaparición del formalismo jurídico.

Consideramos importante enfatizar que no deben ser confundidas ambas figuras, ya que aunque guardan ciertas similitudes son esencialmente diferentes, pues mientras el pacto a favor de tercero se traduce en una obligación accesorias que se desprende de otra principal, la *stipulatio alteri* constituye por sí misma esa obligación principal; dicho pacto carece de toda formalidad como requisito de existencia mientras que para la *stipulatio alteri* se --

2. D.18,1,72, pr. Cfr. D.18,5,3.

convierte en el principal; el pacto a favor de tercero -- podrá dar lugar solamente a un *exceptio*, mientras que la *stipulatio alteri* podrá generar una *actio ex stipulatu*.

En estricto sentido el pacto a favor de tercero resultaba ser simplemente una cláusula adicional al contrato principal como por ejemplo la que reserva el uso del -- derecho de habitación en favor de algún liberto, respecto de una porción de la cosa que ha sido vendida *secundum defuncti voluntatis*.³

Por otra parte diremos que por regla general la --- *stipulatio alteri* era inexistente de acuerdo con la Jurisprudencia clásica,⁴ ya que tal como Schulz lo manifiesta, dicha Jurisprudencia no aceptó la representación directa,⁵ y de llegar a efectuarse aquella, ni el tercero ni el --- *stipulator* tenían acción alguna contra el promitente.

Sin embargo, a la anterior regla existió una excepción: en el caso en que el tercero en favor de quien se estipula, se encontrara ejerciendo la patria o la *dominica potestas* sobre el *stipulator* aceptante; en otras palabras, cuando el promitente realizaba dicha estipulación con un-

3. D. 7, 8, 10, 3.

4. D'ors, Alvaro, DPR. p. 495.

5. Schulz, Feitz, DRC. p. 465.

alieni iuris o con un esclavo, en favor del *paterfamilias* o del *dominus* respectivamente, en este caso solamente dicho tercero podía ejercitar la *actio ex stipulatione* ante el incumplimiento del promitente. Así Gayo establece en: Gai 3,103:

Gai. 3, 103. *Praeterea inutilis est ---- stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri - subiecti non sumus, unde illud qua esitum est, - dari stipuletur, in quantum valeat stipulatio, - nostri praeceptores putant in universum valere, et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecerit...*

Es igualmente inútil la estipulación que - hiciéramos en favor de una persona, bajo cuya - dependencia no estuvieremos constituidos. De - aquí la cuestión por la que se pregunta qué va- - lor tendrá la estipulación que uno hiciere a la - vez para sí y para otra persona en cuya dependen- - cia no se hallare. Nuestros maestros creen que - es válida en todo esta estipulación y que el -- importe total de la obligación debe pagarse al- - que estipuló cual si en la estipulación no se - hubiese mezclado el nombre de un extraño.

Y en:

Gai. 3,163. *Ex positis generibus obliga- tionem quae ex contractu nascuntur, admonesdi- sumus adquiri nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas personas, quae in nostra --- potestate, manu, mancipione sunt.*

Expuestas las diferentes especies de --- obligaciones que hacen de los contratos, conviene advertir que no solamente adquirimos -- por nosotros mismos, sino también por aquellas personas que se hallan en nuestra potestad, poder o mancipio.⁶

Finalmente diremos que ni el pacto a favor de terceros ni la stipulatio alteri deben confundirse a su vez -- con el mandato, ya que técnicamente, aunque éste se celebra mediante una stipulatio el mandatario promete cumplirlo, por lo que dicha promesa recae sobre el mandato mismo y no sobre la conducta encomendada por el mandante. Por otra parte el mandato podía ser revocado en cualquier momento, sin que existiese tampoco en él la representación-directa.

2. Pacto comisorio.

El pactum comissorio, llamado también lex ----- comissorio, es un pacto adherido pacta adiecta, por virtud del cual, el acreedor asegura su crédito reservándose el derecho de conservar la cosa en su patrimonio, si el - deudor no paga en determinado plazo su deuda, "cobrándose de esta manera el crédito no satisfecho".⁷

6. Cfr. Inst. 2,7, 1 y 2.

7. Iglesias, Juan. DR. p. 356.

La *lex commissoria* es una cláusula que puede ir como pacto adherido al contrato de compraventa, a la fiducia, o bien a la prenda.

En el primer caso, es un pacto que opera cuando el crédito objeto de la compraventa es a plazo, de tal forma que el comprador se obliga a regresar la cosa al vendedor en caso de no cumplir puntualmente con el precio en el día ya fijado.⁸

Pomponio al respecto señala:

D. 18,3,2. *Cum venditor fundi in lege -- ita caverit si ad diem pecunia soluta non sit -- ut fundus inemptus sit, ita accipintur inemptus esse fundus, si venditur inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur emptiris -- futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.*

Cuando el vendedor de un fundo hubiese hecho una cláusula diciendo: si el predio no --- fuese pagado dentro del término se tendrá por no comprado el fundo, se entenderá que el fundo no queda comprado si es que el vendedor así lo prefiere, porque esto se ha convenido en -- interés del vendedor pues si de otro modo se admitiese en el caso por ejemplo, de incendiarse la casa de campo vendida, quedaría al arbitrio del comprador no entregando el precio, el tener por no comprado el fundo que habría estado a -- su riesgo.

8. D'ors, Álvaro. AHDE. In diem addictio. 1945. p. 208 y ss.

En época clásica, se considera al pacto comisorio como un pacto sujeto a condición, *magis est, ut sub condicione resolutio emptio, quam sub condicione contrahi venditur.*⁹

Una vez que el pacto comisorio se ha celebrado, y ante el incumplimiento del comprador, en el importe del precio, el acreedor tiene a su favor la *actio venditi* para recuperar el objeto materia de la compraventa, esto, de acuerdo con la doctrina sabiniana.¹⁰ Aunque Próculo establece que el objeto deberá recuperarse por medio de una *actio in factum*. Así señala:

D. 19,5,12. *Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est -- convenisse inter eos, si ea nupta ei esse disisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum.*

Si el marido vendió a su mujer unos fundos y en la venta se consignó que entre ellos se había convenido que dichos fundos, si ella dejase de ser su mujer y él quisiera se los transmitiera ella por el mismo precio, creo que ha de darse la acción por el hecho y ello ha de observarse también respecto a otras personas.

9. D. 18,3,1.

10. D'ors, Alvaro, DPR. p. 552.

Por lo que respecta a los frutos del objeto materia-
de la compraventa, que el comprador hubiese percibido du-
rante el tiempo que lo poseyó, éstos deberán restituirse.¹¹

La *fiducia* surte efecto como negocio formal, cuando-
"el deudor enajena una cosa al acreedor en forma de ----
mancipatio in iure cessio y con fines de garantía".¹²

A la *fiducia* puede adherirse la *lex comissorla*, en-
este convenio el deudor acuerda que en caso de no pagar -
a tiempo su deuda al acreedor, éste podrá conservar la co
sa fiduciada satisfaciéndose así el crédito.¹³

En caso de que el deudor haya satisfecho la deuda --
y el acreedor retenga el objeto fiduciado, el acreedor, -
dispone de la *actio fiduciae*.

De igual forma, en el caso de la prenda, el pacto --
comisorio opera entre acreedor y deudor, cuando ante el -
incumplimiento del crédito, se estipula que el acreedor -
conservará dentro de su patrimonio el objeto dado en pre
nda.

11. D. 18,3,5.

12. Iglesias, Juan. DR. p. 356

13. Cfr. C.8,13,13.

Las acciones que se originan por virtud del pacto comisorio surgen como el contenido propio de la obligación principal, esto es, forman parte de las cláusulas del contrato, porque recuérdese que *ex nuda pactio, actio non nascitur*.

La lex commissoria, fue anulada por Constantino, por considerarla muy ventajosa a favor del acreedor.¹⁴

3. Pacto de vendendo.

El pacto de vendendo, es un convenio que puede ir adherido tanto a la prenda como a la *fiducia*.

En el caso de la prenda, el deudor puede autorizar al acreedor, para que pueda vender el objeto dado en garantía y de esta manera satisfacer con el precio lo que le es debido, a este convenio es a lo que se le da el nombre de pacto de vendendo.¹⁵

El acreedor, una vez que ha satisfecho el importe de su crédito, debe restituir al deudor la cantidad sobrante llamada *superfluum*.¹⁶

14. C.8,34.3.

15. Iglesias, Juan. DR. p. 257. Le da el nombre de *pactum de distrahendo pianoze*.

16. D'ors, Alvaro. DPR. p. 475. Establece que en D.20,4,20. a este sobrante se le da el nombre de *hyperocha*, sin embargo lo considera interpolado.

El deudor por su parte tiene a su favor la *actio pignoratitia in personam* en contra del acreedor para reclamar el llamado *superfluum*, aunque en D. 13,7,7., se permite hacer la reclamación mediante una *actio in factum*.

La venta que hace el acreedor de la cosa pignorada, es válida y solía llevarse a cabo por medio de subasta, - si no llega a venderse el objeto, podía recurrir al Príncipe para solicitar su autorización de poder conservar la prenda en propiedad. Ulpiano señala al respecto lo siguiente:

D.13,7,24. *Elegantur apud me quaesitum - est, si impetrasset creditor a Caesare...*

Si un acreedor hubiese alcanzado del César la concesión de la posesión definitiva de la prenda...

Como en la prenda el acreedor tiene sólo la posesión del objeto pignorado (no el dominio) éste, al venderlo -- no podrá hacerlo mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, - de tal manera, que el comprador del objeto pignorado sólo podrá adquirir la propiedad bonitaria del mismo.

El pacto de vendendo en la fiducia es distinto, en virtud de que el acreedor como propietario, dispone libremente de la cosa fiduciada, puede transferir el dominio por medio de *mancipatio* o de la *in iure cessio*. El deudor dispone en este caso de la *actio fiduciae* para reclamar el *superfluum*.

Las acciones que nacen en la prenda y en la fiducia cuando se conviene el pacto de vendendo, insistimos que no se originan del simple pacto, sino que éste al formar parte de las cláusulas de estas figuras, queda respaldado por la obligación antes establecida.

4. Pacto en la fiducia.

En la fiducia, el deudor otorga al acreedor por medio de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, el dominio de un objeto a manera de garantía, con la condición de -- que este último la restituya cuando el deudor satisfaga su deuda.

Alberto Burdese afirmando la transferencia del dominio por parte del deudor al acreedor establece: "*Effetti del negozio solenne di alienazione fiduciaria sono il --- trasferimento del dominium ex iure Quiritium sulla res -*

*fiduciae data del fiduciante al fiduciario...*¹⁷

En la fiducia, existe de antemano una deuda original, que el deudor garantiza con un objeto, transmitiéndolo al acreedor.

El deudor conviene con el acreedor, que una vez satisfecha la deuda este último, restituirá la cosa objeto de la fiducia, cuestión que es conocida con el nombre de *pactum fiduciae*.

D'ors, por su parte se refiere a la fiducia de la -- siguiente manera: "Aunque el formulario de la *mancipatio* (o de la *in iure cessio*) figurase la mención de la fiducia como causa del acto, esta mención no era suficiente -- para tipificar el acto, pues de esta causa tan sólo se -- derivaba una obligación de restituir sin determinar cómo y en qué momento. Para esta determinación era necesario convenir un pacto especial, que da contenido al derecho -- del fiduciario y gracias al cual se puede decir si la --- fiducia se ha contraído con fin de garantía (*cum ---- creditore*) o mandato (*cum amico*).

17. Burdese, Alberto. M DPR. p. 430.

Una vez que el deudor ha pagado su deuda al acreedor, dispone de la *actio fiduciae* para recuperar el objeto dado en garantía.

Juan Iglesias¹⁸ señala que el pacto *fiduciae* va adherido a la transmisión del objeto y se une como un convenio de fidelidad, D'ors amplía diciendo que la reciprocidad de la relación se establece en la frase *fidei --- fiduciae causa*.¹⁹

Si el acreedor enajena el objeto, dicha enajenación es válida ya que es un bien que le pertenece, puesto que se le transmitió el dominio, pero si se celebró con el deudor el pacto *fiduciae*, el deudor ejercitará la *actio fiduciae* para obtener del acreedor una indemnización por haber faltado éste a la *fides* (confianza) y a la vez por haber incumplido el pacto.

Ahora bien, es necesario aclarar, que no es que del pacto *fiduciae* se haya originado acción, sino que ha nacido de la enajenación *fiduciae causa* y por ende viene a ser contenido del contrato de fiducia.

18. Iglesias, Juan. DR. p. 357.

19. D'ors, Alvarc. DPR. p. 527.

5. Pacto de indemnización por evicción.

Existen en el contrato de compraventa dos obligaciones consideradas como las principales, la del vendedor de hacer entrega de la cosa objeto de la compraventa al comprador, y la del comprador de pagar el precio al vendedor. De tal forma, que como bien afirma d'Ors, "el vendedor cumple su obligación cuando entrega la cosa vendida, aunque ésta no sea suya..."²⁰ Esto es, se obliga a transmitir la pacífica posesión del objeto, *vacuum possessionem tradere*, sin embargo, en el Derecho clásico, no existe la *actio empti* para el caso de que el comprador sufra evicción,²¹ por lo que podemos concluir, que la evicción no es propia ni va adherida al contrato de compraventa.

Cuando el objeto de la compraventa es una *res mancipi*, en época clásica el vendedor tiene obligación de transmitir la cosa por medio de *mancipatio* y adherida a esta forma de transmisión de la propiedad, el vendedor se hace responsable de la venta, ya que si el verdadero dueño vence en juicio al comprador, para recuperar el

20. D'ors, Álvaro. DPR. p. 555.

21. Evicción, proviene de la voz *evincere*, que significa recobrar lo propio. Al respecto vid. Carbonei, Sebastián. DFC. p. 237.

objeto que le pertenece, el comprador tiene a su favor -- *actio auctoritatis*, por medio de la cual obtendrá del --- vendedor el doble del valor de la cosa.²²

El verdadero propietario (*dominus*) ejercitaba la --- *reivindicatio*, para reclamar del comprador la cosa que -- le había sido vendida, y éste a su vez podía ejercitar -- la *actio auctoritatis*²³ en contra del vendedor para obtener el doble del precio que él había pagado.²⁴

D'ors, afirma que cuando la *mancipatio* se realiza *nummo uno*,²⁵ esto es, cuando deja de ser un acto real -- y pasa a ser un acto abstracto, la *actio auctoritatis* -- desaparece, lo cual ocurre a principios de la época clásica.

22. Huschke, sostiene que la *actio auctoritatis*, sólo servía para reclamar el precio simple, pero que si el -- vendedor se negaba, entonces, se elevaba el precio al doble. Huschke, *Über das Recnt des Nexum und alte -- Romische Schukrecht*, p. 188. Citado por Calonge, A. *Evicción* p. 15.
23. Schulz, Fritz. DRC. p. 510. Señala que el nombre clásico de esta acción es desconocido. Cfr. D. 21,2,76. *Si alienam rem niki tradideris et eandem pro derelicto habueris, amitti auctoritatem, id est actionem pro --- eviccióne, placet.*
Si me hubiese entregado una cosa ajena, y la adquiriese yo por usucapión como abandonada, se estimó procederme que se perdiese la autoridad, es decir, la acción de evicción.
24. D.21,2,53,1; Cfr. h.t., 39; h.t., 62.
25. La *mancipatio* es *nummo uno* cuando con la aparición -- de la moneda, no se paga realmente en dinero, sino -- únicamente se entrega una sola moneda como símbolo. -- D'ors, Alvaro. DPR. p. 163.

Si la compraventa no se lleva a cabo por medio de la *mancipatio*, esto es, si se celebra por mera *traditio* o *in iure cessio*, o en el caso de una *res nec mancipi*,²⁶ el vendedor prometerá garantizar la pacífica posesión del objeto por medio de una *stipulatio duplae*,²⁷ que irá --- adherida al contrato de compraventa.

La *stipulatio duplae*, es una garantía similar a la que va implícita en la *mancipatio*, y es de donde deriva la verdadera responsabilidad por evicción, por medio de esta garantía, el vendedor se compromete a pagar el doble del precio que recibió para el caso de que se lleve a cabo la evicción.

Asimismo, es importante hacer notar que dicha estipulación podía convenirse *triplae* o *quadruplae*, en virtud-

26. D'ors, Álvaro. DPR. p. 557 n.l., afirma que la *stipulatio duplae* podía exigirse en ventas de cosas *nec mancipi*, cuando éstas tuvieran un valor muy elevado.
27. Kaser, Max. DRP. p. 193. Afirma que es posible que la *stipulatio duplae* tenga su origen en el comercio con los peregrinos. Por su parte Calonge, A: en Evicción p. 25., establece que algunos autores atribuyen el origen de esta estipulación en el edicto de los ediles curules, en cuanto se considera obligatoria en la venta de los esclavos, y que posteriormente fue extendida a las cosas que tuvieran un valor alto. A su vez Hernández Tejero, La propiedad primitiva de la *res nec mancipi*. AHDE. 1945, p. 378. Afirma que la *stipulatio duplae* se origina con la aparición de la moneda.

de que se trataba de una estipulación potestativa, quedaba al arbitrio de los contratantes convenir el monto en caso de evicción, o bien no convenirla, pero si se convenía, el comprador podía reclamar la cantidad señalada por medio de la acción que nace de la estipulación.

Los juristas clásicos, tales como Juliano consideraron que el vendedor debe responder por la evicción, y que ésta es un elemento natural del contrato de compraventa, por lo que se le concede al comprador la *actio empti* para exigir del vendedor la responsabilidad asumida por la *stipulatio duplae*, así, se establece en:

D.19,1,30,1. *Si sciens alienam rem ----
ignoranti mihi vendideris, etiam prinsquam --
evincatur utiliter me ex empto acturum putavit
in id, quanti mea intersit meam esse factam --
quamvis enim alioquin verum sit venditorem --
hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat,
non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum --
malum abesse praestare debeat, teneri eum qui
sciens alienam, non suam ignorantem vendidit --
id est maxime, si manumisso vel pignori --
dato vendiderit.*

Si me hubiese vendido a sabiendas una cosa ajena, ignorándolo yo, antes de que se re vindicase, opinaba Juliano que yo habré de de mandar con éxito, por la acción de compra, -- por mi interés en que la cosa se hubiese hecho mía, pues, aunque sea verdad que el vendedor -- sólo está obligado a que el comprador tenga -- la pacífica posesión de la cosa, y no a que se haga suya, no obstante como debe responder de la ausencia de dolo, el que vendió una cosa -- ajena, sabiendo que no era suya, al que lo --

ignoraba, queda obligado esto, sobre todo, si la hubiese vendido al que había de manumitir o dar en prenda.

De tal forma que el Derecho romano clásico, en su -- última etapa, concede una forma directa de responsabilizar al vendedor por la evicción, esto es, con la misma acción de la compraventa, sin necesidad de estipulación adjunta, sino únicamente mediante pacto convenido llamado pacto de indemnización por evicción, adherido como cláusula del -- contrato de compraventa, el cual obliga al vendedor al doble del precio que recibió.

El pacto de indemnización por evicción, al igual que la *stipulatio duplae* es potestativo, por lo que puede no convenirse esto es, las partes pueden convenir limitar la responsabilidad del vendedor, de tal forma que si no se -- conviene, *pactum de non praestanda evictione*, el vende--dor únicamente se obliga a restituir el precio que reci--bió, y no al doble.²⁸

28. D. 21,2,74,pr. *Si plus vel minus, quam pretii nomine datum est, evictione secuta dari convenerit, placitum custodiendum est.*
Si se hubiese convenido dar más o menos, en caso de -- evicción que el precio dado, ha de mantenerse lo acordo dado.

CONCLUSIONES

PRIMERA:

Ulpiano divide a las convenciones en públicas y privadas, a su vez, subdivide a estas últimas en legítimas y de Derecho de gentes, añadiendo que estas convenciones privadas de Derecho de gentes, unas producen acción y otras --- excepción.

De las convenciones privadas de Derecho de gentes que producen excepción, se refiere precisamente a los pactos, - por lo que podemos concluir que el pacto clásico, tiene su origen en la convención.

SEGUNDA:

El pacto clásico es aquél acuerdo o convenio lícito, - que da al demandado una *exceptio* para su defensa, por lo - que tiene por objeto limitar o suprimir su obligación.

TERCERA:

El pretor en su expresión *pacta conventa servabo*, con dicionaba el efecto de los pactos a que no fueran contrarios a las leyes, plebiscitos o senadoconsultos; -----

refiriéndose además a aquellos acuerdos que tienen por objeto limitar o suprimir una obligación, y también a aquellos acuerdos adheridos que den contenido a una obligación previamente establecida.

CUARTA:

Autores tradicionalistas, clasifican a los pactos enudos y vestidos, y encuadran en estos últimos a los *adiecta*, *praetoria* y *legítima*

QUINTA:

El pacto nudo, es aquél acuerdo simple e informal, -- que tiene como único requisito, la proposición de una de las partes y la aceptación de la otra; del pacto nudo sólo se origina una *exceptio*, en el no se dan los actos constitutivos para que nazca una obligación civil.

SEXTA:

La doctrina tradicionalista, establece que los pactos vestidos son aquellos que están revestidos o dotados de acción, sin embargo, dichos pactos no fueron conocidos por los juristas clásicos, esta denominación fue dada hasta la época de Justiniano.

SEPTIMA:

Los *pacta adiecta*, son aquellos que se encuentran adheridos a un contrato, que por sí mismos no producen acción, ni están protegidos por la misma, sino que forman parte de las cláusulas de la obligación o contrato principal, y como cláusulas del mismo, producen acción.

Los *pacta adiecta*, se pueden celebrar en el momento de la realización del contrato, de tal forma que van a considerarse incorporados al mismo, por lo que su cumplimiento podrá exigirse con la acción que corresponde al propio contrato, estos pactos reciben el nombre de *pacta in continenti*.

Ahora bien, hay ocasiones en que se celebra el pacto después de concluido el contrato, en este caso podría pensarse que es un pacto nudo, puesto que se conviene cuando el contrato ya se ha celebrado, sin embargo, es menester aclarar que dicho acuerdo va a valer únicamente como cláusula del contrato, cuando disminuya la obligación del demandado, o bien cuando se trate de renunciar a la acción.

OCTAVA:

La doctrina tradicionalista ha concluido que los pactos pretorios son aquellos acuerdos que para exigir su cumplimiento están protegidos por una *actio in factum*, basándose en el comentario ulpineano de *pactis*, encuadrando dentro de este apartado el *constitutum debiti* y a los *recepta* en sus tres tipos (*argentarii, arbitrii y nau-tarum cauponum stabulariorum*), pero en este *edicto*, el pretor se refiere solamente a aquellos acuerdos o convenios que disminuyen o extingan la obligación del demandado. Además, estos pactos que están protegidos por el pretor, sólo darán origen a una *exceptio*, nunca una acción.

NOVENA:

Por lo que se refiere al *constitutum debiti* podemos -- decir, que es un convenio por virtud del cual, el deudor fija y el acreedor acepta un plazo para el pago de una cantidad de dinero o de cualquier otra cosa fungible ya exigible.

Los tradicionalistas introducen al *constitutum* en los pactos pretorios, porque consideran que existe un convenio- (convenio de aplazamiento) que extingue la acción que el -- acreedor ya puede hacer valer, sin embargo, por medio de la

actio de pecunia constituta, que es la acción que corresponde al acreedor en caso de incumplimiento del deudor para el pago de su deuda, se puede obtener tanto el importe de la deuda original, y además una indemnización por los perjuicios que la mora en el pago hubiese ocasionado al acreedor, esta acción no tiene plazo para hacerla valer, ni desaparece con la muerte del deudor, por otra parte es transmisible a los herederos. Todas estas cuestiones agravan la situación del demandado, y son precisamente estas las razones que se contraponen al concepto clásico del *--- pactum*. El *constitutum debiti* es en realidad un préstamo pretorio, el cual lo encontramos en el *edicto de rebus creditis*.

DÉCIMA:

Por lo que se refiere a los tres casos de *recepta*, los encontramos en el edicto de *receptis*; el *receptum argentarii* es un acuerdo informal por el cual un banquero promete pagar el *debitum* de su cliente, y por el mismo convenio, se extingue la deuda del deudor original, cuestión que encuadra dentro del pacto clásico, pero de este acuerdo, surge para el acreedor la *actio recepticia*, acción perpetua y --- transmisible a los herederos, lo que se opone a nuestra institución en virtud de que agravan la situación del banquero.

El *receptum argentarii* es en realidad un préstamo de solvencia.

El *receptum nautarum cauponum stabulariorum*, es la asunción de responsabilidad del transportista marítimo, y del hostelero de albergue o establo, por la custodia de los accesorios introducidos a la nave, hostería o establo, dicha asunción de responsabilidad se constituye mediante un convenio informal, que en caso de pérdida de dichos accesorios, obligarán al dueño al doble del valor de los objetos extraviados, cuestión contrapuesta al concepto del pacto. El *receptum nautarum, cauponum stabulariorum*, más que un pacto pretorio, es un seguro de riesgo.

Por lo que hace al *receptum arbitrii*, los litigantes convienen con un tercero llamado *arbiter*, para que sea quien dirima su controversia.

Si el *arbiter* acepta, tiene obligación de dictar una sentencia dando solución al litigio, si no cumple con lo convenido, el pretor con base en su *imperium* puede coaccionarlo para que lo haga, mediante la imposición de una multa.

De igual forma, el *receptum arbitrii* por virtud del-

convenio sin formalidad alguna, podría parecer un pacto, pero agravará la situación del demandado si no cumple -- con lo acordado. El *receptum arbitrii* es un procedimiento arbitral, basado en el acuerdo de las partes, sin requerir mayor formalidad o solemnidad.

DÉCIMA PRIMERA:

Por lo que se refiere a los mal llamados pactos legítimos, el primero se origina desde el momento en el ---- Ulpiano, al hacer la división o clasificación de las convenciones no define a la llamada *conventio legitima*, sino únicamente la contrapone a la convención de Derecho de -- gentes, sin embargo, la contraposición la hace en el más-estricto sentido, porque al hablar de convenciones de Derecho de gentes se refiere a los acuerdos que pueden llevar a cabo personas de los demás pueblos, por otro lado -- habla de aquellos convenios que sólo están reservados al *civis romanus*, esto es, se refiere a la *conventio privata iuris civilis* y no a la mal llamada *conventio legitima*.

El problema continúa, cuando en época postclásica nacen los pactos de dote, donación y compromiso, de tal manera que los compiladores bizantinos al no tener en donde encuadrar dichos pactos substituyen la expresión *iuris*

civilis por la *legítima*, y así introducir a los nuevos pactos como pactos legítimos.

DÉCIMA SEGUNDA:

La promesa de dote como "pacto legítimo" tiene su antecedente en la *dictio dotis*, que en el período clásico es un acto jurídico que consiste en una declaración unilateral, solemne y especial para la constitución dotal reservada, a los ciudadanos romanos, por la que el ascendiente paterno o la mujer prometen al futuro marido la dote; ahora bien, en el período postclásico, con la decadencia de las formas solemnes del *ius civile*, Teodosio II establece en una de sus constituciones imperiales, que para la constitución de la dote no es necesaria ya la *dictio dotis*, no ordena su abolición sino señala que la dote puede ser constituida o prometida mediante simple convenio, esto es, por medio de un pacto. sin embargo los compiladores malinterpretan la reforma teodosiana y suprimen del Digesto y del Código el término *dictio dotis* substituyéndolo por la *dotis promissio*, y aún más la encuadran dentro de los llamados pactos legítimos.

DÉCIMO TERCERA:

En el Derecho romano clásico, la donación no se perfila como un negocio jurídico con régimen propio, sino únicamente como un acto jurídico que implicaba el enriquecimiento de una persona en detrimento de otra, cuyos requisitos eran: el convenio de hacer la donación, la intención de -- llevar a cabo la liberalidad y un acto jurídico transmissivo propio de acuerdo con lo que se deseara donar, así puede requerirse la *mancipatio*, la *in iure cessio* o bien -- la *traditio*. Sin este último requisito, la donación no -- surte efectos.

Con las reformas teodosianas al suprimirse las formas solemnes del *ius civile*, la formalidad requerida para la donación es suprimida de tal manera que ahora las donaciones que sobrepasen los quinientos sueldos requerirán del documento llamado *insinuatio* y aquellos que no superen dicha cantidad, se dispone que serán eficaces por simple pacto, pero esto, sólo en época postclásica, ya que en la época clásica no es considerada como tal.

DÉCIMA CUARTA:

Del *compromissum* podemos decir que es aquel convenio-

por medio del cual las partes de un litigio acuerdan la imposición de una multa para el caso de que el vencido no acate la decisión arbitral, el compromiso al ser propio de los ciudadanos romanos, los compiladores lo introducen como pacto legítimo en virtud de que substituye la expresión *iuris civilis* por *conventio legitima*.

DÉCIMA QUINTA:

En el Derecho romano clásico, son conocidos el pacto a favor de tercero, el pacto comisorio, el de indemnización por evicción, entre otros y gran parte de la doctrina contemporánea afirma que estos pactos producen acción, sin embargo, esta idea la consideramos errónea puesto que el pacto clásico sólo genera excepción; lo que sucede con estos pactos es que van unidos a un contrato principal y forman parte del mismo como cláusulas de él produciendo acción no el pacto mismo sino la cláusula de la obligación previamente establecida.

ÍNDICE ALFABÉTICO

- abire in creditum* 32, 42.
acceptilatio 35, 81.
 acción personal civil 4, 57; pretoria crediticia
 vid. *actio de pecunia constituta*.
actio auctoritatis 108; *certi* 31, 35, 71;
 conducti 47; *de pecunia constituta* 23, 24,
 31, 36, 40; *emi* 107, 110; *ex stipulatione*
 40, 97; *ex stipulatu* 96; *fiduciae* 101, 104,
 106; *in factum* 21, 23; *locati* 47; *oneris*
 aversi 48; *pignoratitia in personam* 103;
 recepticia 43; *rei uxoriae* 61; *venditi*
 100.
ad manus 61.
ad sustinenda onera matrimonii 61.
adversus nautas 50.
affectio maritalis 62.
animus donandi 80.
arbiter 52.
argentarius 43.
 arrendamiento de obra vid. *locatio conducti*
operis.
 beneficio de división vid. *beneficium divisionis*;
 de cesión de acciones 41ss, de excusión: vid.
 excusionis; divisionis 41.
caupones 26 ss,
causa donandi; 80; *donationis* 81.
cautio dotis 62.
civis 57.
civis romanus 58.
civitas 58 n. 61.
compromissum 88.
condictio ob causam 82
 Constantino 85.
constitutum 10, 24, 26ss.
constitutum debiti 22; *debitialieni* 40, 43;
 debiti proprii 36, 40.
 convención 1ss; negocial 1, 4.
 convenciones clasificación de las 2; de derecho de
 gentes 3, 4, 55. Legítimas 2, 3, 55 ss. Privadas
 2, 3ss, 55. públicas 2ss, 55.
 convenio de aplazamiento 24.
conventio legitima 3, 56, 60 ss; *privata iuris*
 civilis 58ss. *privata iuris gentium* 58.
 convenciones 1ss.

creditum 26n. 12; 48.
cum creditore 105.
cum amico 105.
custodia de mercancías 48.

dare 26.
datio 26.
debito 33.
deudas naturales 32.
dictio dotis 63ss; abolición de la *dictio dotis*
75ss; naturaleza formal de la 69.
dimidia pars 33.
dolo malo 22.
dominica potestas 96.
dominus 97, 108.
donatio 79; *mariti causa* 82.
dos 64. *consignata* 62.
dotis datio 63, 64ss.
dotis nomine 61.
duplum 50.

Edicto de *receptis* 25.
Edicto perpetuo 32, 40.
esponsales 69 n. 90.
Etapa clásica tardía 72.
evincere 107 n. 21.
exceptio 5, 13, 39, 91; *pacti* 41.
ex sponsione-obligación 36.
excusationis 41.

Factum 24, 33.
fianza 40.
fides 106.
fiducia 99, 101ss, 104.
fiduciae causa 106.

iactus 46.
imperium 25, 53.
in duplum 26.
in factum: *concepta* 33.
in iure cessio 64, 80, 109.
insinuatio 86.
instrumentum dotale 62.
ius civile 58 n. 61; convenciones privadas de 1, 57.
ius gentium 58 ss.
ius honorarium 58 n. 61.

juramento voluntario 40.
Justiniano 19.

Lex commissoria 98ss 101.

Lex Rhodia 46ss.

Locatio conductio 45; *operarum* 45 n. 46; *operis* 45, 48; *rei* 45.

laudo 53.

mancipatio 64, 81, 108.

matrimonii causa 64, 76.

multae dictio 54, 89, 109.

nautae 26ss 51.

negocio convencional vid. *convención negocial*.

nudum pactum 6, 12ss.

nummo uno 108ss.

obligación civil 13.

obligación natural 13.

pacisci 5.

pacta adiecta 9, 11, 15ss, 21, 95, 98; *conventa* 22 n. 2; *conventa servabo* 8ss; *ex intervallo* 10, 16ss; *in continenti* 16ss; *legitima* 10, 20, 55ss; *praetoria* 9, 21. *vestita* 21ss; *pactis conventis* 22n. 2, 59.

pacto clásico 4ss, 91, 92; *comisorio* 98ss; *de comprehenso* 53, 85; *de donación* 59ss; *de dote* 59; *de indemnización por evicción* 107ss; *de non petendo* 37, n. 33, 81; *de vendendo* 102ss; *a favor de tercero* 95ss; *en la fiducia* 104ss; *de juramento* 11; *nudo* vid. *nudum pactum*;

pactos del Derecho romano clásico 94ss.

pactos legítimos 11, 12, 51.

pactos preteritos 10, 18, 21.

pactos vestidos 9, 13ss, 54.

pactio 5.

pactum 5ss; *comissorio* 88; *contenido del* 7; *de distrahendo pignote* 102; *de non praestanda eviczione* 111ss; *pactum donationis* 10, 30; *dotis* 10, 20; *ex comprehenso* 10, 20; *fiduciae* 105ss *patria potestas* 61.

pax 5.

pecunia 34; *comprehensa* 89 n. 129; *debita* 33.

prenda 93, 102.

prestamo de plazo 37.

prestamo de solvencia 25, 43.

promesa de donar 79ss.

promesa de dote 60ss.

promissio dotis 62, 66, 77.

rebus creditis edicto de 23.
recepta 18, 25.
receptis Edicto de 25.
receptum 22; *arbitrii* 10, 25, 51ss, 54, 88, 92;
argentarii 10, 25, 41ss; *nautarum cauponum*
stabulariorum 26, 45ss; *Salvas fore* 49.
recipere 53.
reciperint 51.
reivindicatio 83.
res dotales 69; *mancipi* 107; *nec mancipi* 109;
uxoriae 60.
Rutiliana constitutio 31 n. 21.

solemnia verba 74.
sponsio 33.
sponsor accesorio 36.
stabularii 26ss, 51.
stipulatio 35, 40, 72, 31; *alteri* 95ss; *duplae* 139.
stipulator 96.
superfluum 102, 104.
sui iuris 61.

Teodosio II 76.
tractus de pactis 59.
traditio 64, 81, 139.

vacuam possessionem tradere 109.
verba, obligacion que nace 72 n. 96.
verbum generale 2.

INDICE DE FUENTES

A. Corpus Iuris Civilis

Instituciones de Justiniano

2. 7, 1	:	98 n. 6
- - 2	:	82, 98 n. 6
4. 6, 8	:	44 n. 44
- - 9	:	41

Digesto

2. 14	:	56
- - 1	:	4
- - - 2	:	4
- - - 3	:	1
- - 5	:	2, 59
- - 6	:	19, 56, 59, 75 n. 100
- - 7, pr.	:	3
- - - 4	:	4, 12
- - - 5	:	5 n. 11, 16
- - - 7	:	8, 21
- - - 9	:	22
- - 20, pr.	:	8
4, 8, 1	:	88
- - 2	:	91, 92 n. 130
- - 3, 1	:	52, 92
- - 15, pr.	:	53
- - 27, 7	:	92 n. 130
- - - 8	:	92 n. 130
- - 31	:	92 n. 130
- - 32, 13	:	92 n. 130
- 9, 1	:	49
- - 7	:	50 n. 47
- - - 1	:	50
7, 8, 10, 3	:	96 n. 3
10, 2, 20, 2	:	61 n. 66
- - 40	:	61 n. 67
12, 4, 12,	:	82 n. 115
13, 5, 1, pr.	:	31
- - - 7	:	28 n. 19
- - 11, 1	:	28 n. 20
- - 17	:	39
- - 18	:	39 n. 35
- - 27	:	43
- 7, 24	:	103

14,	2,	1	:	46
-	-	-	:	47
15,	3,	1, 7	:	32 n. 32
17,	1,	34, pr.	:	32 n. 25
18,	1,	72, pr.	:	16 n. 24, 95 n. 2
-	3,	1	:	100 n. 9
-	-	2	:	99
-	-	5	:	100 n. 11
-	5,	3	:	16 n. 28, 95 n. 2
19,	1,	30, 1	:	110
-	5,	12	:	100
20,	4,	20	:	102 n. 16
21,	2,	39	:	108 n. 24
-	2,	53, 1	:	108 n. 24
-	-	62	:	108 n. 24
-	-	74, pr.	:	111 n. 28
-	-	76	:	108 n. 23
23,	1,	1	:	69
-	3,	2	:	62 n. 27
-	-	4, pr.	:	77
-	-	7, pr.	:	61 n. 66
-	-	-	:	64 n. 81
-	-	3	:	64 n. 81
-	-	8	:	64 n. 81
-	-	10, 3	:	62 n. 77
-	-	25	:	67
-	-	44, 1	:	67, 78
-	-	46, 1	:	67
-	-	56, 1	:	61 n. 66
-	-	57	:	67
-	-	59	:	68
-	-	69, 8	:	62 n. 77
-	-	75	:	61 n. 66, n. 70, n. 77
-	-	76	:	61 n. 66
-	4,	26, 4	:	7 n. 12
-	5,	13, 2	:	62 n. 77
24,	3,	1	:	61 n. 66
39,	5,	1	:	83
-	-	-	:	79
-	-	9, pr.	:	79
-	-	33, pr.	:	33 n. 28
-	-	34, pr.	:	80
-	6,	1, pr.	:	82
40,	1,	21	:	63
40,	6,	30	:	39 n. 35
50,	16,	125	:	68

Código de Justiniano

2,	3,	10	:	12 n. 19
-	16,	1	:	54, 89

2.	16.	2	:	90
-	55.	4	:	93 n. 132
4.	1.	1	:	32 n. 22
-	18.	1, pr.	:	36
-	-	2	:	28. 44 n. 44
-	-	3	:	41 n. 38
-	65.	27	:	12 n. 19
5.	3.	1	:	80 n. 112
-	5.	6. 2	:	77
-	11.	6	:	77 n. 105
-	12.	1	:	77 n. 105
-	-	-	:	71
-	-	pr.	:	71
8.	13.	13	:	101 n. 13
-	34.	3	:	102 n. 14
-	53.	(54)	:	86 n. 122
-	-	- 25	:	86 n. 122
-	-	- 27	:	86 n. 122
-	55.	1. pr.	:	82 n. 116
-	56.	(57)	:	82 n. 115

Novelas de Justiniano

4.	1	:	41 n. 39
82.	2	:	93 n. 132

B. Otros libros jurídicos

Código Teodosiano

3.	7.	3	:	73 n. 78
-	12.	3	:	76
-	13.	14	:	75. 76 n. 104

Epitome Ulpiani

6.	1.	:	63 n. 78
6.	2	:	70
11.	20	:	63 n. 78

Fragmenta Vaticana

1	:	31 n. 21
113	:	75 n. 102
249	:	85
272	:	83 n. 118

Institutiones de Gayo

3. 92	:	71 n. 93. 89
- 93	:	89 n. 128. 93 n. 131
- 95	:	65 n. 82
- 96	:	65 n. 82
- 103	:	97
- 163	:	97

Sententiae Pauli

1. 1. 4	:	9
- - 4a	:	9

C. Fuentes Literarias

Cicerón*

de officiis	3.	109	:	2 n. 2
de oratore	1.	140	:	2 n. 2
leg	2.	32	:	2 n. 2
	1.	42	:	57 n. 59
pro Caecil	34		:	2 n. 2
Tópica	9		:	2 n. 2
	23		:	61n. 68

Dionisio*

11. 10	:	61 n. 71
--------	---	----------

Festo*

2. 35. 27	:	58 n. 62
-----------	---	----------

Gelio*

2, 2, 11 : 57 n. 60
4, 4, 2 : 69 n. 90
18, 6 : 61 n. 69

Livio*

9, 8, 6 : 2 n. 2
30, 27 : 58 n. 62
38, 42 : 2 n. 2

Marcial*

2, 91, 92 : 57 n. 59
3, 95, 9, 95 : 57 n. 59

Plinio*

Ep. 2, 13, 18 : 57 n. 59

Plutarco*

13 : 61 n. 71

Servio*

ad Aeneida 12, 79 : 69 n. 90

Suetonio*

25, 29 : 62 n. 75

Tácito*

annales 11, 27 : 62 n. 75

Tito Livio*

24, 44, 10 : 57 n. 60

Valerio Máximo*

6, 3, 3 : 2 n. 2

* Las fuentes literarias señaladas con asterisco han sido tomadas de la obra *Vrbs. Roma, Vida y costumbres de los romanos*, T. I y II. Ed. Sígueme, Salamanca.

BIBLIOGRAFÍA

MANUALES

- 1.- ARIAS Ramos, Juan-Arias Bonet, Juan Antonio. Derecho Romano I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, - 1963.
- 2.- BIONDI, Biondo. *Instituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè Editore. Ristampa Inalterada della - Quarta Edizione, 1972.
- 3.- BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano, traducción de Luis Bacci y Andrés Larrosa. Madrid. Ed. Reus, S.A., 1965.
- 4.- BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Romano*, Torino, -- Editrice Torinese, Terza Edizione, 1977.
- 5.- HERNÁNDEZ Tejero, José Francisco. Lecciones de Derecho Romano, Madrid, 1972.
- 6.- IGLESIAS, Juan. Derecho Romano, Barcelona, Ediciones -- Ariel, 6a. Edición, 1972.
- 7.- KASER, Max. Derecho Romano Privado, traducción de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Ed. Reus, S.A., 2a. Edición, 1982.
- 8.- MARGADANT Sarquis, Guillermo Floris. Derecho Romano, México, D.F., Editorial Esfinge.
- 9.- D'ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano, Pamplona, Ed. -- Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 5a. Edición revisada, 1983.

- 10.- OURLIAC, Paul. Derecho Romano, Barcelona, Ed. Reus, -
3a. Edición, 1960.
- 11.- PADILLA Sahagún, Gumesindo. Derecho Romano, Primer --
Curso, México, Universidad Nacional Autó-
noma de México, E. N. E. P. Aragón, 1988.
- 12.- PEROZZI, Silvio. *Instituzioni di Diritto Romano*, Roma,
2a. Edición, 2 Vols., 1928 (reimpresión --
1963).
- 13.- SAVIGNY, Frederick, Karl Von. Derecho Romano Actual, -
traducción de Jacinto Mesía y Poley, Ma-
drid, Centro Editorial de Vergara, 2a. Edi-
ción, 6 Tomos en 3 Volúmenes.
- 14.- SCHULZ, Fritz. Derecho Romano Clásico, traducción de-
José Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, Bosch,
Casa Editorial, 1960.
- 15.- VOCI, Pasquale. *Instituzioni di Diritto Romano*, Milano
Giuffrè Editore, Terza Edizione rifatta, --
1954.

MCNOGRAFÍAS:

- 1.- CALOGNE, Alfredo. Edición, Universidad de Salamanca, -
1968.
- 2.- GARCÍA Garrido, Manuel. *Ius Vxorium*, Roma-Madrid, 1968.
- 3.- GONZÁLEZ Reyes, Rafael. La disponibilidad del marido -
sobre la dote en el Derecho Romano Clásico.
Tesis Profesional. México. E. N. E. P. Ara-
cón. 1988.
- 4.- ORTEGA-Carrillo de Albornoz, Antonio. *Dotis Dicitio*. --
Bologna. Publicaciones del Real Colegio de-
España. 1978.

- 5.- SOLAZZI, Siro. *La Restituzione della Dote nel Diritto Romano*, Roma, *Citta di Castello*, Tipografia dello Stabilimento S. Lapi, 1899.

HISTORIA:

- 1.- ARANGÓ Ruiz, Vicente. *Historia del Derecho Romano*, traducción de la 2a. Edición italiana por Francisco de Palsmaeker e Ivañez, Madrid, Ed. Reus, S.A. 3a. Edición, 1974.
- 2.- FRANCISCI, Pietro de. *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Roma, *Edizione dell' Ateneo*, traducción española, Ed. Revista de Derecho Privado, 1954.
- 3.- GUILLÉN, José. *Vrbs*, Roma. Salamanca, Ed. Sígueme, Tomos I (1977), II 2a. Edición (1980) y III (1980).

DICCIONARIOS:

- 1.- BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia. Reprinted, 1980.
- 2.- CARENELL, Sebastián. *Dizionario Fraseologico Completo*, Milano, Editore Ulrico Hoepli, Milano 1981.
- 3.- GUTIÉRREZ ALVIZ y Armario, Faustino. *Diccionario del Derecho Romano*, Madrid, Ed. Reus, S.A., 3a. Edición, 1982.

FUENTES:

- 1.- *Corpus Iuris Civilis*, 3 vols. I: *Institutiones* ---- (P. Krueger) y *Digesta* (Mommsen y P. Krueger); II: *Codex* (P. Krueger) 12 ed. (Berlín 1959); III *Novellae* (R. Schroll y G. Kroll) 6a. ed. (Berlín 1954).
- 2.- *Institutiones de Justiniano*. Traducción Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas. Buenos -- Aires Rep. Argentina. Edición Bilingüe. Editorial Heliasta S.R.L. 1976.
- 3.- *Institutiones de Justiniano*. Versión española de Francisco Hernández-Tejero Jorge. Madrid. Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. 1961.
- 4.- *Digesto de Justiniano*. D'Ors y otros. 3 vols. I (1968); II (1972); III (1975). Pamplona. Editorial -- Aranzadi.
- 5.- *Reglas de Ulpiano*. Traducción Francisco Hernández Tejero. Madrid. Edición Bilingüe. Publicaciones -- del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1946.
- 6.- *Institutiones de Gayo*. Traducción de Álvaro d'Ors Pérez-Felix. Dirigida por Ursicino Álvarez Suárez. Edición Bilingüe. Colección escolar de fuentes jurídicas romanas. Patronato Raimundo Lulio-Instituto Francisco de Vitoria. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 1943.
- 7.- *The Theodosian Code and Novels and The Sirmundian Constitutions*. A Translation by Clyde Pharr. Ed. Greenwood Press, Publishers. New York. Reprinted 1969.
- 8.- *Pauli Sententiae, Collectio Librorum Iuris Anteiustiniani*. P. Krueger. Weidmann. 1978. T. 2.

- 9.- Das Edictum Perpetuum. Otto Lenel, Ein Versuch zu --
seiner Wiederherstellung (3a. ed. Trad. -
Alemana). 1927.
- 10.- *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*. Edidit Notisque --
illustravit. Johannes Baviere. Libri Syro-
Romani. Florentiae Apud S.A., G. Barbera.
1940 - XVIII.