



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE  
MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ACATLÁN**

**EL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL DERECHO ROMANO Y  
SU TRASCENDENCIA PARA EL DERECHO MEXICANO ACTUAL.**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE**

**LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A:**

**ALBA CAROLINA GUADARRAMA VEGA**

**ASESORA: LIC. MARICRUZ JIMÉNEZ TREJO**

**Abril 2011**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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 esta 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.

*A la vida.*

*Día a día me maravilla, cautiva y enloquece.*

*A Dios:*

*El ser que me bendice, me consuela y me alienta  
en todo momento.*

*A mi mamá:*

*Le agradezco su amor, comprensión y sobre todo su infinito apoyo, sin ella mi existencia no podría ser concebida de la misma manera, su corazón la hace única.*

*A mi papá:*

*Le agradezco su amor, su gran firmeza, su valor y sus lecciones porque me retan y motivan, constantemente, a reinventarme como una mejor versión de mi persona.*

*A mis hermanos:*

*Sin su presencia la vida no tendría el mismo sentido, juntos formamos ese triunvirato perfecto, y que nunca dejemos de serlo, eternamente me acompañan.*

*A mis abuelos.*

*Te siento a mi lado a cada instante, el parque  
jamás será lo mismo sin ti, tu grandota.*

*Espero que el universo me dé la oportunidad de  
coincidir en algún tiempo y espacio con usted. .*



*A mis abuelas:*

*Mujeres extraordinarias, intachables y pilares de la familia, son el magnífico ejemplo del dualismo femenino: delicadeza y fortaleza. Las adoro.*

*A mi familia:*

*A todos aquellos que por economía procesal no pudieron ser personalizados, les tengo un gran cariño a cada uno de ustedes, conservo tantas anécdotas y tantos recuerdos de los instantes convividos. A mi nueva familia, le agradezco su inconmensurable afecto.*

*A mis amigos:*

*Es y siempre será un placer, compartir la alegría y la tristeza, los aciertos y los errores, las victorias y las derrotas con las personas que más allá de la filiación, se convierten en tu familia, porque la vida, no obstante la distancia, nos mantenga unidos.*

*A mi asesora:*

*Mi infinito reconocimiento, es un ser excepcional,  
que ha logrado orientar el carácter de sus pupilos, su  
luz me acompañará a donde vaya.*

*A mis queridos maestros:*

*El haber tenido la oportunidad de recibir su cátedra representa un honor, espero enaltecer sus enseñanzas.*

*A mi Universidad:*

*La gran formadora de ilustres mexicanos, el tiempo  
no alcanzaría para retribuirte lo que me has  
brindado. Mi espíritu hablará por ti.*

*A mi corazón:*

*Amigo, compañero, confidente, novio y esposo, con tu presencia confirmo la persona tan afortunada que soy. Mi historia puede narrarse antes de ti y después de ti. Basta el tenerte a mi lado para que mi mundo resplandezca. Mi amor por siempre.*

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	I
--------------------	---

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA OBLIGACIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS

1.1 Derechos Reales y Derechos Personales .....	1
1.2 Definición de obligación .....	2
1.3 Evolución histórica de la obligación .....	4
1.4 Elementos que integran la obligación .....	6
1.5 Clasificación de las obligaciones .....	9
1.5.1 Clasificación según el vínculo .....	9
1.5.1.1 Obligaciones civiles y naturales .....	10
1.5.1.1.1 Principales casos que generan obligaciones naturales .....	10
1.5.1.1.2 Efecto de las obligaciones naturales .....	11
1.5.1.2 Obligaciones civiles y honorarias .....	11
1.5.2 Clasificación según los sujetos .....	12
1.5.2.1 Obligaciones de sujetos fijos y determinados .....	12
1.5.2.2 Obligaciones de sujetos variables o ambulatorias .....	12
1.5.2.2.1 Principales obligaciones ambulatorias .....	13
1.5.2.3 Obligaciones de sujetos múltiples: parciarias, cumulativas y solidarias .....	13
1.5.2.3.1 Obligaciones parciaria .....	14
1.5.2.3.2 Obligaciones cumulativas .....	14
1.5.2.3.3 Obligaciones solidarias .....	15
1.5.3 Clasificación según el objeto .....	16
1.5.3.1 Obligaciones divisibles e indivisibles .....	16
1.5.3.2 Obligaciones específicas y genéricas .....	17
1.5.3.3 Obligaciones alternativas y facultativas .....	18
1.6 Fuentes de las obligaciones .....	20

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL CONTRATO Y SUS CLASIFICACIONES

2.1 El pacto y el concepto de contrato .....	23
--	----



<b>2.2 Elementos del contrato</b> .....	26
2.2.1 Elementos esenciales y sus vicios .....	27
2.2.1.1 Los sujetos contractuales .....	27
2.2.1.1.1 La incapacidad de los contratantes .....	28
2.2.1.2 El consentimiento .....	30
2.2.1.3 El objeto .....	35
2.2.1.4 La causa .....	36
2.2.1.5 La forma .....	38
2.2.2 Elementos naturales .....	39
2.2.3 Elementos accidentales .....	39
2.2.3.1 La condición .....	40
2.2.3.2 El termino o plazo .....	41
2.2.3.3 El modo o carga .....	42
<b>2.3 Diversas clases de contratos</b> .....	43
<b>2.4 Generalidades de los contratos nominados: verbales, literales, reales y consensuales</b> .....	46
<b>2.5 Generalidades de los contratos innominados</b> .....	53

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **EL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN ROMA**

<b>3.1 Definición del contrato de compraventa (Emptio Venditio)</b> .....	55
<b>3.2 Origen del contrato de compraventa</b> .....	57
<b>3.3 Elementos del contrato de compraventa</b> .....	61
3.3.1 El objeto de la compraventa .....	61
3.3.2 El precio .....	61
3.3.3 El consentimiento .....	62
<b>3.4 Características de la compraventa</b> .....	63
<b>3.5 Obligaciones del comprador</b> .....	64
<b>3.6 Obligaciones del vendedor</b> .....	66
<b>3.7 Obligaciones recíprocas</b> .....	73
<b>3.8 Acciones jurídicas que tutelan el contrato de compraventa</b> .....	74

## **CAPÍTULO IV**

### **CASOS ESPECIALES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA**

<b>4.1 La doble venta</b> .....	76
<b>4.2 La compra de un bien propio</b> .....	76
<b>4.3 La emptio rei speratae</b> .....	76
<b>4.4 La emptio spei</b> .....	77
<b>4.5 Clasificación de los pactos</b> .....	77
4.5.1 Definición de pacto, según diversos autores .....	77
4.5.1.1 Los pactos nudos (desnudos o simples) .....	83
4.5.1.2 Los pactos vestidos .....	84
4.5.1.3 Los pactos legítimos .....	88
<b>4.6 Pactos adicionales al contrato de compraventa</b> .....	89
<b>CONCLUSIONES</b> .....	92
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	99

## INTRODUCCION

En estos siglos de evolución, encontramos respuestas inquietantes pero también elocuentes al cuestionamiento de como se formó “la obligación” y aparecieron sus fuentes, de donde sobresalen especialmente el delito y el contrato, y dentro de los contratos, los llamados nominados, especialmente dentro de la clasificación de los contratos consensuales, el contrato de compraventa motivo de este trabajo.

Nos referiremos inicialmente a la Teoría de las Obligaciones, lo que significa incursionar en las actividades que constituyen el eje económico de las personas. En este sentido es pertinente manifestar que la labor de los jurisconsultos romanos se encaminó, principalmente, a determinar las diferentes convenciones y formas en que la voluntad humana podía manifestarse. Es así que la Teoría de las Obligaciones no es más que la traducción jurídica de las relaciones económicas y morales de los hombres. Sin embargo, las transformaciones o innovaciones que se presentan en la actualidad, surgidas del desarrollo económico y tecnológico de los pueblos no ha alterado los conceptos de las instituciones jurídicas, aún cuando, cierto es, se ha dado novedosas interpretaciones a determinadas instituciones, tales como la responsabilidad, la culpa, la transmisión de las obligaciones, el daño a la persona, entre otras.

Para entender claramente esto, iniciamos con el concepto de obligación, por lo que es necesario remontarnos a su origen etimológico: obligación proviene de la preposición *ob* y del verbo latino *ligare, ligo, ligatum*, que significa atar, amarrar, sujetar. Se puede apreciar que se trata de la atadura del deudor, es decir, existe como elemento esencial el sometimiento de su persona hacia el acreedor.

Esta noción de “*obligatio*” seguramente fue posible gracias a la influencia de tipo griego, que permitió a los juristas de la época preclásica y clásica ir preparando el terreno hacia la elaboración de un concepto más acabado de la obligación.

Es hasta el siglo VI que en las Instituciones de Justiniano que se encuentra la primera definición de obligación, que como veremos más adelante se le atribuye a *Florentinus*, jurista del siglo II d, C; del que destaca su obra denominada *Institutionum libri XII* (doce libros de las instituciones).

Esta definición siendo la primera que sobre el tema se elaboró, con el paso del tiempo se constituyó en la piedra angular sobre la que descansa la Teoría General de las Obligaciones.

Gayo nos ofrece un concepto general de las obligaciones, que se fue desarrollando paulatinamente de acuerdo con las necesidades de la vida práctica, por lo que los romanos nunca hicieron un estudio dogmático y sistemático de él. Sin embargo su desarrollo fue portentoso, al grado que esta materia llegó a integrar nuestros códigos modernos.

Su concepto es producto de una larga evolución histórica, señalar su trayectoria ha sido una tarea ardua para los estudiosos del Derecho Romano.

Entendiendo como fuente de la obligación todo hecho jurídico que la origina. Gayo 3. 88., ofrece una clasificación inicial que comprende al delito y el contrato, al que posteriormente incluye el de “varias especies de causa”. En cuanto a este origen encontramos dos diferentes doctrinas:

La primera de Bonfante que señala, “la obligación romana nació en tiempos arcaicos, dentro del terreno de los delitos. Originalmente, la comisión de un delito hacia surgir, a favor de la víctima o de su familia, un derecho de venganza, eventualmente limitado por el principio del talión, el cual mediante una “composición”, podía transformarse en el derecho de la víctima o su familia a exigir cierta prestación del culpable o de su familia. Como garantía del cumplimiento de tal prestación, un miembro de la familia del culpable quedaba *ob-ligatus*, o sea “*atado*” en la *domus* de la víctima como una especie de rehén. Por tanto, la

obligación antigua era una “*atadura*” en garantía del cumplimiento de prestaciones nacidas de delitos”. Posteriormente como consecuencia del crecimiento y desarrollo de la comunidad, así como de los actos económicos se presenta la necesidad del préstamo de valores entre los paterfamilias, en donde el acreedor quería tener una garantía y es así como la “*atadura*” se trasladaba del campo delictual al derecho civil.

La segunda, el Contrato como fuente de las Obligaciones fue apoyada por los maestros Beatriz Bernal y Pietro de Francisci, en la que nos señalan que la “*obligatio*” nace de un convenio, es decir de un acto de voluntad del “*obligatus*” y que el delito no constituía de ninguna forma una obligación debido a que en sus orígenes éste solo engendraba la venganza del ofendido la cual se realizaba dentro de los límites determinados por la costumbre y más tarde por la autoridad pública, quedando únicamente expuesto el culpable a la venganza del lesionado, posteriormente esta fase primitiva da paso a la del arreglo voluntario, etapa en la que se admitió que el culpable se sustrajera de la venganza y de la Ley del Talión, pagando una compensación convenida, en este convenio el ofendido podía pretender garantizar el pago de la compensación mediante la entrega de un rehén, ya sea que fuera el culpable o un tercero garante. Es así como según estos autores nace la “*obligatio*” (garantía de pago futuro) de un acto voluntario del *obligatus*, o sea un “*contractus*”.

Y solo cuando la compensación pecuniaria voluntaria es sustituida por la compensación pecuniaria legal; es cuando el Estado liga al acto ilícito, la obligación de pagar la misma, se dice que la obligación nace del delito.

La idea de la obligación en materia contractual surge mucho después, en tanto que el derecho civil de la época republicana sólo reconocía eficacia jurídica a los negocios verbales, y los literales y sólo posteriormente, a los contratos reales y consensuales.

Dentro del segundo punto de estudio, se abundará sobre el contrato, sus elementos esenciales y los vicios de cada elemento, así como sus elementos accidentales. Además de analizar en forma general la diversas clasificaciones de los contrato; la generalidades tanto de los contrato nominados (verbales, literales, reales y consensuales) como de los contratos innominados.

Como veremos más adelante no es sino hasta la época Bizantina cuando aparece por primera vez una definición de contrato, atribuida al emperador Teófilo que en su obra *Paráfrasis de Teófilo* lo señala como “el acuerdo y el consentimiento de dos o más personas relativos a un mismo objeto con el fin de crear una obligación y vincular una persona a otra.”

Los principios que predominan en el campo de la voluntad contractual de nuestra época no se vislumbran en la antigua Roma; el derecho de la compilación Justiniana, recogiendo la rica experiencia de los clásicos, elaboró las estructuras que hoy en día sirven de punto de referencia a las legislaciones civiles occidentales.

La tercera parte de nuestro análisis, versara sobre el contrato de compraventa, integrante de la serie de los contratos consensuales; y parafraseando al maestro Alvaro D'ors diremos que los más importantes contratos, son los cuatro consensuales, pues ellos son la expresión más acabada del contrato fundado en la buena fe, y por eso se han constituido como el modelo dominante para el desarrollo histórico de la categoría del contrato hasta nuestros días. Entre ellos parecen primordiales los onerosos, sobre todo, la compraventa, y así ha prevalecido el orden gayano: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato. Contratos que como analizaremos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, sin importar la forma en que éste se manifiesta, y tampoco se requiere la entrega de la cosa, ni el cumplimiento de determinadas formalidades.

La idea de que el simple consentimiento, expresado sin forma determinada, incluso sin palabra por un gesto concluyente, pueda engendrar obligaciones es un incomparable logro del genio jurídico romano.

Finalmente hablaremos de los pactos, como acuerdos entre las partes interesadas, consistentes en simples proposiciones de una parte y aceptación de otra, a menudo después de regatear las condiciones, que por lo general no producían una situación jurídica amparada por sanciones procesales, y de acuerdo a sus clases encontramos los pactos nudos y los pactos vestidos, en donde encontramos en estos últimos: los legítimos, los pretorios y los adyectos, éstos se podían agregar al contrato en referencia y tenían el efecto de modificar las consecuencias jurídicas ordinarias del contrato. Estas cláusulas adicionales se hacían exigibles por la *actio empti* si se hubieran concertado a favor del comprador y por la *actio venditi*, si favorecieran al vendedor, ambas contempladas en el Digesto y en el Codex.

El derecho actual establece como principio rector que la base de los contratos es eminentemente consensualista, contrario al derecho romano que es esencialmente formalista.

Hoy se atiende al principio de autonomía de la voluntad y sólo son formales, aquellos actos que la ley exige para su eficacia legal, el cumplimiento imperativo de las formalidades.

En lo relativo al apartado sobre conclusiones, se pretende brindar una serie de razonamientos lógicos jurídicos que permitan a través del análisis histórico en relación con el Derecho Positivo Mexicano vigente, conocer y desarrollar un criterio jurídico aplicable a nuestro sistema de Derecho actual

# CAPÍTULO PRIMERO

## LAS OBLIGACIONES

### 1.1 Derechos Reales y Derechos Personales

Los romanos en su constante lucha por simplificar y resolver en forma práctica los diversos problemas que acontecían, se abocaron a la tarea de construir una categoría especial de acciones, las cuales como es lógico pensar debían de tener como fin principal un bien, tal clasificación es la que se refiere a los derechos patrimoniales, los cuales tienen como sello distintivo que persiguen, satisfacer necesidades económicas y que por tanto pueden ser valorables en dinero.

El derecho procesal romano nos habla de la diferencia entre acciones reales (que sirve para reclamar lo que a uno le pertenece) y las acciones personales (en las que se exige lo que otra persona le debe). La doctrina moderna se refiere a los derechos reales y los derechos personales. Los primeros se pueden definir como aquellos oponibles a terceros que autorizan a su titular a sacar el máximo provecho de una cosa propia en cuyo caso hablamos del derecho de propiedad o en forma reducida, en cuyo caso hablamos de derechos reales sobre cosas ajenas (*iura in re aliena*) como son los derechos de goce y garantía. En lo referente a los derechos personales, estos permiten a su titular reclamar de determinada persona la prestación de un hecho positivo o negativo que puede consistir en *dare* (transmitir el dominio sobre algo), *facere* (hacer un acto con efectos inmediatos), *praestare* (hacer un acto sin consecuencias inmediatas, como cuando se garantiza una deuda ajena o cuando uno se hace responsable de cuidar de un objeto),<sup>1</sup> *non facere* (no realizar el acto) y *pati* (tolerar).

Pero es importante conocer que el derecho personal o de crédito, es un aspecto, el activo, de la relación jurídica a la que calificamos como obligación,

---

<sup>1</sup> La fórmula *dare, facere, praestare* contiene duplicaciones y vaguedades, ya que procede de una época en que el pensamiento jurídico aun no era tan preciso como en tiempos clásicos. Margadant, Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge, México, 1983. Pág. 304



su aspecto pasivo, lo constituye el deber jurídico, y ambos forman el concepto doctrinal de la obligación.

A fin de irrumpir al contrato de la compraventa, debemos estudiar de donde procede este importante contrato nominado consensual, por lo que nos referiremos al concepto de obligación y sus fuentes, que encontramos en las Instituciones de Justiniano. Sin embargo, la Teoría de las obligaciones a las que nos referiremos adelante es producto de la reinterpretación del Corpus Iuris, realizadas por los pandectistas alemanes del siglo XIX.

## 1.2 Definición de Obligación

El término obligación, no es propiamente del antiguo derecho quirritario; ya que no lo encontramos en ningún fragmento de las Doce Tablas, fue una palabra de uso tardío en Roma. No obstante, la frecuencia con la que se encontraban en la vida práctica: las obligaciones, fue lo que las convirtió en parte medular del estudio que hasta la fecha se realiza sobre ellas.

Para entender claramente el concepto de la palabra obligación es necesario remontarnos a su origen etimológico y así encontramos que: obligación proviene de la preposición *ob* y del verbo latino *ligare, ligo, ligatum* que significa atar, amarrar, sujetar. Entonces, se trata de una atadura del deudor en relación con el acreedor. Así pues, tenemos en las Instituciones de Justiniano la primera definición de obligación que se le atribuye al jurisconsulto Florentino (siglo II) que expresa *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicui solvendae rei secundum nostra civitatis iura*, es decir, la obligación es el vínculo jurídico que nos constriñe con la necesidad de pagar alguna cosa según el derecho de nuestra comunidad política.<sup>2</sup>

La anterior definición sin embargo ha sido objeto de diversas críticas, “Se ha dicho que los términos *solvendae rei*, que literalmente traducidos quieren significar pagar alguna cosa, excluyen todas aquellas relaciones obligacionales consistentes en un *hacer* o en un *no hacer*. Sin embargo, hay que admitir que se

---

<sup>2</sup> Inst. 3.13.3

trata de una fórmula genérica que se refiere, en amplio sentido, a cualquier prestación. En cuanto a las expresiones *nostra civitatis iura*, aluden al *ius civile*, según algunos autores, o al *ius populi romani*, por oposición al *ius gentium*, según otros. De cualquier manera no entrarían dentro del concepto de obligación dado por las Institutas, las relaciones obligatorias del derecho honorario. Se ha hecho notar también que la definición que comentamos sólo alude al sujeto pasivo de la obligación, que es el que queda constreñido a cumplirla desde el nacimiento de ella, olvidando al sujeto activo, que representa un papel fundamental dentro de la relación obligacional”.<sup>3</sup> Aunque la anterior definición de obligación como hemos visto tiene diferentes críticas o carencias contiene el valor indiscutible de ser la primera definición que sobre el tema se elaboraba y, constituye la estructura básica de la Teoría de las Obligaciones.

Al investigar en las fuentes del derecho romano encontramos que el jurisconsulto Paulo nos comenta acerca de la obligación en los siguientes términos: “la substancia de la obligación no consiste en que se haga nuestra una cosa corporal, o una servidumbre sino a exigir que se constriña a otra a darnos, hacernos o prestarnos alguna cosa (*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel para estandum*)”.<sup>4</sup>

Esta definición ha sido considerada incompleta y por lo tanto defectuosa, puesto que pretendía establecer las diferencias que existen entre la obligación y los derechos reales, significó una transformación de la *actio in personam* que habían contemplado los jurisconsultos de la época clásica.

La obligación, de acuerdo con los autores Luis Alberto Peña Guzmán y Luis Rodolfo Argüello, se considera que: “En un sentido lato, equivale a toda relación jurídica en virtud de la cual una persona, llamada acreedor (*creditor*), tiene el derecho de exigir de otra, denominada deudor (*debitor*), un determinado comportamiento positivo o negativo. En un sentido estricto la *obligatio* se

---

<sup>3</sup> Argüello, Luis Rodolfo. Manual de derecho romano. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1985. Pág. 247

<sup>4</sup> D. 44. 7. 3.

configura como un deber del deudor de cumplir una determinada prestación a favor del deudor.”<sup>5</sup>

De la anterior concepto, se desprende que en lo que se refiere al sentido lato de la obligación, encontramos coincidencia con lo manifestado por el maestro Margadant, que en forma analógica la describe como un derecho personal o derecho de crédito, aspecto positivo de la relación jurídica calificada como obligación, y en el sentido estricto, se refiere al aspecto pasivo; el deber jurídico de dicha relación.

El maestro romanista Camus E. F. al respecto señala, “que la obligación comprende uno o diversos actos aislados del hombre, cuya ejecución podemos exigir y la cual debemos considerar en esencia, como una restricción de la libertad ajena y como una consiguiente sumisión al poder de nuestra voluntad”<sup>6</sup>.

“La *obligatio* no es el *debitum* (lo debido), sino la cadena que ata el deudor a su acreedor; de ahí que en un principio se diera la figura del deudor, independiente de la del obligado que era el fiador (*sponsor*)”.<sup>7</sup>

Con base a lo anterior podemos afirmar que la obligación es un vínculo jurídico por el cual se encuentran unidas dos o más personas de las cuales una de ellas (sujeto activo o acreedor) está facultado para exigir a otra (sujeto pasivo o deudor) la prestación de un hecho consistente en un dar, hacer, prestar, no hacer o en un tolerar, y que tiene el deber jurídico de observar dicho comportamiento, lo que va a tener como fin último la afectación del patrimonio del deudor.

### **1.3 Evolución histórica de la obligación**

La obligación ha sufrido constantes cambios en su concepto como consecuencia directa del propio desarrollo de la sociedad romana.

---

<sup>5</sup> Peña Guzmán y Argüello. Derecho Romano. Ed. T.E.A. Argentina, 1966. 2ª edición, Tomo II. Pág. 171 y 172

<sup>6</sup> Camus, E. F. Curso de Derecho Romano. Ed. Universidad de la Habana. Cuba. 1951. Pág. 36

<sup>7</sup> Guerriero, Ángel Hugo. Instituciones del Derecho Romano. Ed. De los Cuatro Vientos. Argentina. 2004. Pág. 131

En cuanto al origen de las obligaciones, se discuten si se dio primero la delictual (doctrina mayoritaria sostenida por Jhering, Bonfante, Ledesma, Sáinz, entre otros) o la que señala que su origen proviene del contrato (Iglesias, Betti, Arangio Ruíz, Beatriz Bernal etc.). Por mi parte considero que tiene su origen en el campo de los delitos.

En la época arcaica, la obligación nació como producto del delito y al igual que este último ha dado lugar a diferentes sistemas de impartición de justicia. En un principio, la comisión de un delito hacía surgir a favor de la víctima o de su familia, un derecho de venganza siendo en sus inicios rígido e injusto, puesto que el infractor recibía mayores daños de los causados, surgiendo la necesidad de limitar la venganza creándose así el principio del Talión, lo cual significaba que el ofendido, solo tenía derecho de causar un mal de igual magnitud al infringido. Posteriormente, nace un sistema denominado de composición en concepto de pena, mediante el cual el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza, de tal forma que este sistema entrañaba un pago que requería en caso de no ser efectuado, de un procedimiento que le permitiera exigírselo al culpable. Como garantía del cumplimiento, un miembro de la familia del culpable quedaba atado “ob ligatus” en la domus de la víctima en calidad de rehén. Por lo que concluimos que la obligación antigua era una atadura que garantizaba el cumplimiento de prestaciones que nacían de los delitos.

Al irse desarrollando en Roma, esta práctica de garantía, se extendió al ámbito comercial denominándose *nexum* (significa nudo o el acto de atar, que aludía a la sujeción del deudor). Así, por ejemplo, al celebrarse un préstamo solemne por medio del *nexum*, se creaba una dependencia de carácter físico entre el acreedor y deudor. Este sometimiento físico ocasionaba, que en caso de incumplimiento el deudor pudiera perder la libertad e incluso la vida, esta situación ocasionó que se diera un estado de lucha social, que arrojó como resultado la promulgación en el 326 a. C., de la *Lex Poetelia Papiria* que prohibió la venta del derecho de dar muerte al deudor incumplido estableciéndose además la circunstancia de que una persona sólo respondiera

con sus bienes por aquellas obligaciones que hubiera contraído salvo que estas provinieran de un delito. Este principio se encuentra consagrado en el último párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala: “Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.”<sup>8</sup>

Al respecto la maestra Sara Bialostosky nos menciona que Justiniano amplía el contenido de la *Lex Poetelia Papiria* al disponer que “el deudor podía retener, en caso de declarársele insolvente la parte de su patrimonio que le fuera imprescindible para atender su subsistencia”<sup>9</sup>.

Es a partir de este momento cuando aparece el concepto de obligación como un lazo jurídico entre los sujetos de la misma, por el cual el acreedor tiene el derecho a exigir determinada conducta por parte del deudor. Lo cual puede ser considerado como el origen de la concepción moderna de obligación.

## 1.4 Elementos que integran la obligación

De la definición de obligación surgen sus elementos integrantes. Estos son:

- a) El vínculo jurídico que permite constreñir al deudor al cumplimiento
- b) Los sujetos: activo (acreedor); puede haber uno o varios y pasivo (deudor), también puede haber uno o varios y;
- c) El objeto (que consiste en un dar, hacer, prestar, no hacer o en tolerar)

Para una mejor comprensión de estos explicaremos particularmente cada uno de ellos.

En cuanto al vínculo, hemos mencionado que el deber de cumplir la prestación es el elemento sustancial de la obligación hacia el cual se dirige el derecho de obligaciones y la responsabilidad patrimonial, su consecuencia y

---

<sup>8</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed.SISTA. México. 2010. Pág. 10

<sup>9</sup> Bialostosky, Sara. Panorama del derecho romano. UNAM. México. 1982. Pág. 134

sanción. La sanción es lo que diferencia a la obligación del deber jurídico, del deber moral, y del social. De acuerdo a su fuente justiniana se originaba por el contrato, el delito, el cuasicontrato y el cuasidelito y otros más; creando a favor del acreedor medios coercitivos (*actio*) para compeler al sujeto obligado el cumplimiento de lo establecido.

En los primeros tiempos de la civilización romana el estricto derecho quiritario (que se aplicaba únicamente a los quirites o ciudadanos romanos) se aprecia que para la obligación lo predominante era el vínculo de responsabilidad más que el débito. Esta responsabilidad implicaba una supeditación a los poderes del acreedor, que recaían incluso sobre la persona del deudor y su familia que podían llegar a ser vendidos o adquiridos como esclavos precisamente por el acreedor, como se puede apreciar, el cumplimiento de una deuda no tenía como límite los bienes del deudor; sin embargo, a partir de la *Lex Poetelia Papiria*, del año 326 a. C. se determinó que el cobro de las deudas únicamente debía circunscribirse en los bienes materiales del deudor. De ahí, que el vínculo de responsabilidad patrimonial sea elemento esencial de la obligación, para llegar en el derecho clásico a la idea del deber del débito. El vínculo es el elemento que permite al acreedor constreñir u obligar, en algunos casos, al deudor al cumplimiento de la prestación mediante una acción y, en otros lo faculta para retener mediante una excepción o medio de defensa lo que le ha entregado voluntariamente el deudor.

Como observamos de lo anterior la sanción es el medio por el cual se hace efectivo el vínculo, se manifiesta en algunos casos, bajo la forma de acciones y excepciones como suele suceder en las obligaciones civiles que son las que están amparadas por el ordenamiento jurídico y provistas de acciones para ser exigidas en caso de que sean incumplidas y en otros solamente bajo la forma de excepciones como sucede en las llamadas obligaciones naturales. Por eso se dice que toda obligación, tanto civil como natural, es una relación jurídica sancionada por el derecho.

En cuanto a los sujetos, el sujeto activo denominado acreedor (*creditor*) es la persona a favor de quien existe el derecho y que tiene la facultad de exigir

al deudor el cumplimiento de la prestación, pudiendo ser tanto una persona física como una persona jurídica. Desde este punto de vista la obligación se denomina *creditum*. El sujeto pasivo, deudor (*debitor*) es la persona física o jurídica obligada a realizar una prestación, objeto de la obligación, en beneficio del acreedor. Las fuentes señalan que se entiende que es deudor aquel de quien contra su voluntad se puede exigir alguna cosa. Desde esta perspectiva la obligación recibe el nombre de *debitum*.

El objeto o prestación que es el otro elemento de la obligación, está constituido por la conducta o comportamiento que el deudor debe observar a favor del acreedor y puede consistir en un *dare, facere, praestare, non facere o pati*. Estos dos últimos términos son mencionado por primera vez por el maestro Margadant.

El término *dare* se utiliza para referirse a la transmisión de dominio de alguna cosa; es decir, hacer al acreedor propietario de algo. En la permuta por ejemplo encontramos un *dare*, ya que los contratantes se obligan a transmitir la propiedad de una cosa.

El término *facere* se refiere a toda conducta que consistía en un acto positivo, un hacer y que no implique transmisión de dominio de alguna cosa; es decir, que no signifique un *dare*.

Hay un *facere* en el contrato de prestación de servicios en el que una persona se obliga a realizar algún trabajo a favor de otra.

El término *praestare* se emplea para aludir al contenido de la obligación en general. De esta manera hablamos de la prestación, ya que consiste en un *dare* o en un *facere*; pero también se utiliza *praestare* (procurar el disfrute de una cosa) para referirse a algún comportamiento distinto de los anteriores, como cuando una persona se obliga a garantizar una deuda ajena.

Por otro lado, la conducta negativa del deudor configurada por un *non facere* o un *pati* consiste en un abstenerse de algo; es decir no hacer o tolerar

algo. Un ejemplo sería el contrato de arrendamiento el cual el arrendador no debe obstaculizar al arrendatario en el uso de la cosa arrendada.

La prestación, objeto de la obligación, debe reunir ciertos requisitos: ha de ser posible tanto física como jurídicamente. Nos encontramos con la imposibilidad física, por ejemplo, cuando se vende una cosa que ya no existe; la imposibilidad jurídica surge si se vende algo que esté fuera del comercio.

La prestación además, debe ser lícita, no debe contrariar a la ley ni a la moral o las buenas costumbres y, finalmente, valorable en dinero, determinada o determinable.

## **1.5 Clasificación de las obligaciones**

La obligación definida como el vínculo jurídico existente entre dos o más personas, en el que una de las partes se encuentra constreñida a dar a la otra una prestación u observar una determinada conducta; puede presentar diversas características jurídicas; los romanos no otorgaron una clasificación de las obligaciones, sólo distinguieron sus rasgos esenciales de cada una de ellas (a las que dotaban de una *actio* para que fuera exigible su cumplimiento).

Sin embargo, para facilitar el estudio de las mismas, algunos autores consideran que tomando en cuenta los elementos que las integran, las obligaciones pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

- a) Según su vínculo jurídico
- b) Según los sujetos que la integran
- c) Según el objeto

### **1.5.1 Clasificación según el vínculo**

Dentro de la definición clásica de la obligación encontramos que el vínculo jurídico entraña un poder de coerción que permitía al acreedor compeler al deudor a cumplir la obligación o lo que es lo mismo, a satisfacer el deber que la obligación creaba desde su nacimiento. Ya que de acuerdo a la eficacia del



vínculo jurídico, las obligaciones se clasificaban en civiles y naturales, y atendiendo al derecho que les había dado origen, en civiles y honorarias.

### **1.5.1.1 Obligaciones civiles y naturales**

Las obligaciones civiles son aquellas en las cuales el sujeto activo de la obligación tiene una *actio* (acción) para exigir al deudor el cumplimiento de la misma. “La obligación civil era la *obligatio* en el sentido estricto de la palabra”.<sup>10</sup>

En contraposición a aquellas encontramos en el derecho clásico a algunas obligaciones que se caracterizaban por la falta de tutela procesal es decir no otorgaba acción alguna al sujeto activo, además, de estar fundadas en la equidad y protegidas por el derecho de gentes; a estas se les denominó obligaciones naturales (*naturalis obligatio*). Aunque se ha cuestionado su contenido jurídico por estar desprovistas de protección procesal; han sido consideradas como obligaciones, por las diversas consecuencias jurídicas que producen.

#### **1.5.1.1.1 Principales casos que generan obligaciones naturales**

1. La *obligatio naturalis servi*: la obligación resultante de los negocios celebrados por esclavos es el ejemplo más típico.

2. Las obligaciones contraídas entre personas sujetas a la misma potestad, es decir, entre los *filifamilias* y entre estos y el *pater*.

3. Las obligaciones extinguidas por *capitis deminutio* (pérdida de la capacidad jurídica)

4. Las obligaciones contraídas por los pupilos sin la *auctoritas tutoris*

5. La obligación derivada del simple pacto se considera como natural.

Las fuentes se refieren propiamente a los pactos que versan sobre el pago de intereses.

6. Las obligaciones extinguidas por la *litis contestatio* (contestación de la demanda) subsiste como natural, etc.

---

<sup>10</sup> Argüello, Luis Rodolfo. Ob. cit. Pág. 255

### **1.5.1.1.2 Efectos de las obligaciones naturales**

1. En caso de pago, el acreedor puede retener lo pagado, puesto que el deudor no puede alegar que pagó, algo que no debía.
2. La obligación natural puede ser garantizada por fianza, prenda o hipoteca.
3. Por novación puede convertirse en obligación civil.
4. Debe tomarse en cuenta en el cómputo de la herencia y del peculio.
5. Puede oponerse, en compensación, a una obligación civil.

Junto a las obligaciones naturales existen otras fundadas en motivos de índole religiosa o moral, de piedad o de buenas costumbres, y a las que suelen conocerse bajo la denominación de obligaciones naturales impropias. Los siguientes son los casos más importantes:

1. La prestación de alimentos a ciertos parientes, cuando no se está obligado a ello civilmente.
2. La constitución de la dote por parte de la mujer, en orden a sí misma, bajo la creencia de considerarse obligada a ello.
3. El pago de los gastos hechos para el funeral de un pariente.
4. El pago efectuado por la madre para rescatar al hijo de la esclavitud.

### **1.5.1.2 Obligaciones civiles y honorarias**

Atendiéndose al derecho del cual provienen, o dicho de otra forma, al origen de la acción que les daba fuerza, pueden clasificarse las obligaciones en civiles y en honorarias o pretorianas. Las primeras eran las obligaciones sancionadas por una acción nacida del *ius civile*; en cambio las segundas contaban con una *actio* creada por el pretor.

“Superada la distinción entre *ius civile* y *ius honorarium* en época de Justiniano carece de sentido práctico hablar de estos dos tipos de obligaciones. Sin embargo, los compiladores justinianeos mantienen para las relaciones

obligatorias de creación pretoria la denominación de *obligationes* ya que de hecho no se diferenciaban de las designadas con ese nombre por el *ius civile*".<sup>11</sup>

## **1.5.2 Clasificación según los sujetos**

Atendiendo a los sujetos de la relación de las obligaciones pueden determinarse tres distintos grupos: obligaciones de sujetos fijos y determinados; obligaciones de sujetos variables o indeterminados, llamadas obligaciones ambulatorias, y de sujetos múltiples.

### **1.5.2.1 Obligaciones de sujetos fijos y determinados**

La encontramos en las relaciones obligacionales en que los sujetos que las integran, están determinados desde que la obligación se genera, hasta que cesa, de manera que el vínculo jurídico unirá a un acreedor y a un deudor fijo e individualmente determinado, que no variara mientras la relación no concluya.

### **1.5.2.2 Obligaciones de sujetos variables o ambulatorias**

Existen obligaciones en las que ya sea el acreedor, ya sea el deudor, o ambos, no están individualizados al momento de construirse la obligación (pudiendo cambiar los sujetos al momento de nacer la obligación hasta que se extingue), y las calidades del acreedor y deudor recaen sobre las personas que se encuentran en determinada situación. Los sujetos podían variar en relación a la propiedad de una cosa a la que estaban vinculados, por lo que la obligación se consideraba *propter rem*, y a la acción que la originaba, *actio in rem scripta*. En estos casos excepcionales, la obligación cambia de sujetos, que por esto son indeterminados y de aquí que reciban el nombre de ambulatorias según determinadas circunstancias que se encuentran señaladas en las fuentes.

---

<sup>11</sup> Argüello, Luis Rodolfo. Ob. cit. Pág. 257

### **1.5.2.2.1 Principales obligaciones ambulatorias**

1. La obligación de pagar los daños causados por un animal, esclavo o hijo, a cargo de quien sea el propietario cuando el perjudicado ejerza la acción correspondiente.

2. La obligación que tiene el propietario, el enfiteuta, o el superficiario de pagar los impuestos vencidos, aún cuando la falta de pago se deba a otras personas, es decir, a aquellas que con anterioridad tuvieran dichos títulos.

3. La obligación de restituir lo adquirido con violencia, que corresponde a cualquiera que haya obtenido un provecho o que tenga la cosa en su poder.

4. La obligación de reparar el muro a cargo de quien sea dueño del inmueble sirviente en el momento de ser pedida la reparación. En este caso también puede estar incierto el acreedor, que será quienquiera que sea el propietario del edificio dominante en dicho momento.

### **1.5.2.3 Obligaciones de sujetos múltiples: parciarias, cumulativas y solidarias**

“Por regla general, en cada relación obligatoria hay un solo acreedor frente a un solo deudor. Sin embargo, existen ciertos casos en que la obligación aparece constituida por varios sujetos principales, ya sea del lado activo, ya del pasivo, o de ambos a la vez, y tanto inicialmente, esto es, desde el momento en que viene puesta en existencia – cual sucede verbigracia, cuando varios individuos conciertan un préstamo en común con un acreedor-, cuanto después de surgir el vínculo obligatorio -como antecede, por ejemplo, cuando varias personas heredan a un individuo que contrajo una deuda”.<sup>12</sup>

Presentándose tres modalidades de acuerdo a la pluralidad de sujetos principales, como lo son:

---

<sup>12</sup> Iglesias, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Ed. Ariel. Barcelona. 1972. Pág. 384

### **1.5.2.3.1 Obligaciones parciarias**

Esta clase de obligaciones recibe los nombres de mancomunadas o parciarias, se originan, siempre que existe una pluralidad de sujetos activos (acreedores) o de sujetos pasivos (deudores), en el primer caso aquellos solo tienen derecho al cobro de una parte del crédito. En la segunda situación los deudores están obligados únicamente a una parte del total de la prestación.

### **1.5.2.3.2 Obligaciones cumulativas**

Se entiende por obligaciones cumulativas aquellas en las cuales cada uno de los acreedores podía solicitar por entero la prestación, sin que el pago realizado a uno, liberara al deudor respecto de los otros acreedores, por lo cual cada uno de los deudores estaba obligado a cumplir la totalidad sin que ello liberara a los otros deudores. Existía en realidad una pluralidad de obligaciones, las cuales se acumulaban, a diferencia de las obligaciones parciarias que antes se fraccionaban.

Los ejemplos de obligaciones cumulativas son citados por el maestro Juan Iglesias de la siguiente forma:

a) Si una persona vende separadamente la misma cosa a varios individuos, se obliga por la entera prestación hacia cada uno de ellos.

b) Si el testador lega una misma cosa a dos personas, en proporciones distintas, origina dos obligaciones por el total. Entregada la cosa al primer colegatario que se presenta, el heredero quede obligado para con el otro por el valor *-aestimatio-*.

c) En el antiguo Derecho civil y todavía en el Derecho clásico, los delitos cometidos por varios individuos en común en los que los daños fuesen varios, dan lugar a acumulación. Los coautores de un delito quedan obligados simultáneamente por la entera pena pecuniaria hacia la persona o personas perjudicadas. El pago de la pena pecuniaria por un coautor no libra al otro coautor de pagar también. En el Derecho justiniano, las obligaciones cumulativas resultantes de actos delictuosos se convierten en solidarias: el pago

de lo debido, hecho por uno de los coautores del delito, extingue la obligación para los demás.<sup>13</sup>

### 1.5.2.3.3 Obligaciones solidarias

Las obligaciones solidarias (*in solidum*) se caracterizan por la existencia de sujetos múltiples que pueden exigir y/o deben cumplir la presentación en su totalidad. De acuerdo con lo anterior podemos afirmar que se da una pluralidad de sujetos pasivos o activos y un solo objeto que, aunque divisible, debe ser satisfecho o puede ser requerido por cualquiera de los sujetos deudores o acreedores respectivamente.

“En estas obligaciones, por tanto, el pago de la deuda verificado por uno de los deudores o el cobro del crédito efectuado por uno de los acreedores extingue el vínculo obligacional, quedando subsistente sin embargo el derecho del deudor que ha satisfecho la obligación de exigir de sus codeudores el reembolso de la porción por la que cada uno de ellos estaba obligado y de los coacreedores que no han cobrado su crédito a reclamar del acreedor que ha recibido el pago la parte correspondiente del crédito”.<sup>14</sup>

De tal forma que se pueden clasificar como:

- a) Solidarias activas.- Concurren varios acreedores y un solo deudor.
- b) Solidarias pasivas.- Existe un solo acreedor frente a varios deudores.
- c) Solidarias mixtas.- Se presenta pluralidad en ambos sujetos.

Existen tres fuentes principales de obligaciones solidarias

- a) El contrato
- b) El testamento
- c) La ley

En el contrato (*ex contractu*) la solidaridad se daba en un principio como una estipulación (*stipulatio*) derivada del acuerdo de las voluntades de las partes

---

<sup>13</sup> Iglesias, Juan. Ob. cit. Págs. 384 y 385

<sup>14</sup> Peña Guzmán, Luis Alberto y Argüello, Luis Rodolfo. Derecho Romano. Tipográfica Editora. Argentina. 1966. Pág. 184

contratantes. Más tarde, se admitió que también proviniera de contratos consensuales y contratos reales, exceptuando al mutuo.

En el testamento, por declaración de última voluntad expresada a través de un legado.

Casos de solidaridad en la ley (*ex lege*) que se conocieron fueron los siguientes:

-La que se originaba en delitos, pasiva tratándose de varios cómplices y activa cuando el delito se cometía en perjuicio de varias personas.

-La surge de la responsabilidad de tutores o curadores frente al pupilo y;

-La que aparecía cuando la obligación tenía como objeto una prestación indivisible.

### **1.5.3 Clasificación según el objeto**

Tomando en consideración el objeto, es decir, la prestación b(*dare, facere, no facere, praestare o pati*) de las diversas obligaciones, estas pueden ser clasificadas en divisibles e indivisibles; específicas y genéricas y por último alternativas y facultativas.

#### **1.5.3.1 Obligaciones divisibles e indivisibles**

Son divisibles aquellas cuya prestación se puede cumplir o ejecutar por partes sin que se altere su esencia o valor, e indivisible cuando no puede fraccionarse sin alterar su esencia por lo tanto, si existen varios acreedores, todos y cada uno de ellos tienen que responder de la totalidad del hecho debido.

De ahí que los caracteres de la obligación divisible son los siguientes:

a) Que cada una de las partes sea homogénea y similar respecto de las otras como al todo.

b) Que la cosa no disminuya su valor debido a la división, pues si la disminución del valor es tan alta que pueda ser perjudicial se le debe considerar como indivisible.

En lo que se refiere a la divisibilidad de las cosas, los derechos como cosas incorporadas, se consideran divisibles cuando pueden ejercitarse por parte, como la propiedad que puede corresponder pro indiviso a varias personas como sucede con el condominio o copropiedad, o se consideran indivisibles en el caso contrario al supuesto fijado como ocurre con las servidumbres prediales. Como podemos observar de lo anterior lo que puede ser divisible o indivisible es no el derecho de obligación, sino la prestación que constituye su objeto, por eso se habla de obligaciones de prestación divisible e indivisible. Por ello se dice que la obligación divisible es aquella cuya presentación puede fraccionarse a los efectos del cumplimiento sin que la parte pierda la esencia del todo.

En cuanto a las condiciones requeridas para que la obligación sea indivisible, es necesario que existan desde que se contrae la obligación varios acreedores o deudores, o que posteriormente se integre con la diversidad de sujetos activos o pasivos, como ocurre en la herencia, si al acreedor o deudor original le sucedieron varios.

Además, la imposibilidad de fraccionamiento o de división, provienen de la naturaleza de la prestación. Ahora bien, en el caso de incumplimiento de la obligación indivisible la indemnización de daños y perjuicios convierte la obligación en divisible.

Para concluir diremos que las obligaciones de hacer y no hacer son generalmente indivisibles, mientras que las obligaciones de dar pueden ser divisibles o indivisibles.

### **1.5.3.2 Obligaciones específicas y genéricas**

Las obligaciones que tenían por objeto la prestación de una cosa determinada (species), eran llamadas de especie o específicas. “Esta clase de



relaciones obligacionales tenían la característica de que si la cosa que constituía la prestación llegaba a perecer, por caso fortuito, la obligación se extinguía, por aplicación del principio de que la especie perece para el acreedor (*species perit ei cui debetur*) (Inst. 3, 23, 3)<sup>15</sup>.

Las genéricas eran aquellas en que el objeto de la prestación era determinado únicamente en su género (*genus*), recaen sobre objetos no determinados individualmente.

Las obligaciones genéricas no se extinguían por perecimiento fortuito del objeto, aquí se aplicaba el principio de que el género nunca perece (*genus perire non censetur*), persistiendo la posibilidad de elegir entre los objetos que integraban el género.

### **1.5.3.3 Obligaciones alternativas y facultativas**

Las primeras son aquellas en que el deudor debe cumplir una sola prestación entre dos o más indicadas. En el segundo término había un objeto determinado y la posibilidad de que el deudor cumpliera con obligación entregando otro objeto aunque no fuera el debido.

El maestro José Ignacio Morales nos define las obligaciones alternativas como “Eran aquellas obligaciones que recaían sobre dos cosas, a elección del acreedor o del deudor; es decir, el deudor podía pagar con una o con otra, o el acreedor podía aceptar recibir una u otra”<sup>16</sup>.

El Digesto establece que la elección del objeto corresponde al deudor, si no se pacta lo contrario. Entregando un objeto la obligación se extingue.

Arias Ramos nos aclara que para que la obligación alternativa se extinga por destrucción del objeto es preciso que perezcan todos aquellos sobre los que se podía elegir. En otro caso, la obligación subsiste, concentrándose en los que queden, o transformándose en obligación simple si sólo queda uno. En el

---

<sup>15</sup> Argüello, Luis Rodolfo. Ob. cit. Pág. 264

<sup>16</sup> Morales, José Ignacio. Derecho Romano. Ed. Trillas. México. 1989. Pág. 235

derecho clásico nada importaba, si la elección correspondía al deudor, que la destrucción de los demás objetos hubiese acaecido por causa fortuita o pago del deudor, o incluso por culpa del acreedor. En esta última hipótesis, el obligado podía ejercitar contra dicho acreedor la *actio legis aquiliae* por el daño que le suponía la privación de la facultad electiva. La obligación concentrada ya en un solo objeto por destrucción de los demás, se extinguía si este último perecía por caso fortuito, aunque la causa de la destrucción anterior de los otros que estaban con él en la alternativa hubiese sido la culpa del deudor.

En el derecho justiniano se determinó:

1) Que el deudor, cuando la elección correspondía, podía cumplir la obligación pagando la *aestimatio* de la obligación que se hizo imposible por caso fortuito.

2) Que en el caso de que la obligación no pueda cumplirse porque una o más prestaciones se hicieran imposibles por culpa del deudor y la última por caso fortuito, pudiera ejercitarse contra el deudor la *actio dolo*, destinada en general a reparar un perjuicio injusto.

En lo referente a las obligaciones facultativas, el maestro Morales sostiene “Eran aquellas obligaciones que recaían sobre una cosa; es decir, se debía una sola cosa, pero el deudor podía cumplir la obligación o librarse de ella si entregaba otra similar o de igual valor”<sup>17</sup>. Esta denominación aunque es la corriente resulta contradictoria con la esencia misma de la relación obligatoria, pues ésta debe cumplirse forzosamente y no puede dejarse al arbitrio del deudor.

Es interesante destacar que en la obligación facultativa, la facultad se refiere al modo de pagar, ya que puede sustituirse la cosa debida por otra, y en ella existe y es lo que caracteriza una sola prestación, un solo objeto, no obstante, se le reconoce al obligado dar cumplimiento a la misma y librarse de su obligación realizando otra que sustituya a la debida.

En consecuencia no debe ser confundida con la obligación alternativa, pues, esta se encuentra integrada con todas las cosas en la obligación, es

---

<sup>17</sup> Morales, José Ignacio. Ob. cit. Pág. 235

compuesta y fuera de ellas no puede ejercitar su derecho a la elección y el deudor se libera pagando con una sola de las cosas debidas alternativamente. En cambio en la obligación facultativa existe una sola prestación y la facultad está en el modo de pagar. Más, si la sola cosa debida en la obligación facultativa se pierde o deteriora por causas ajenas a la voluntad del deudor (riesgos) queda el obligado liberado del cumplimiento de la obligación y el acreedor no puede ejercitar ningún derecho sobre la presentación. Igualmente si se declarase la nulidad de la cosa en obligación facultativa, el acreedor no tiene derecho sobre la otra cosa.

Se ha sostenido que la expresión, obligación facultativa que por lo demás no figura en las fuentes ha sido criticada, porque contradice la palabra obligación, ya que ésta implica la idea de necesidad jurídica, y que sería más correcto hablar de obligaciones de prestación facultativa, desde que es esta última y no la obligación misma, la que depende de la voluntad del deudor.

## 1.6 Fuentes de las obligaciones

“Se llaman *causae obligationum* -en la terminología moderna, fuentes de las obligaciones- los hechos jurídicos a los que el derecho atribuye el efecto de hacer nacer relaciones obligacionales”<sup>18</sup>.

Las figuras que dan nacimiento a las obligaciones según Gayo son el contrato y el delito (*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*). Así pues para Gayo existen solamente dos instituciones jurídicas que pueden ser consideradas como fuentes de las obligaciones, porque ellas nacen *ex contractu*, es decir, del acuerdo de voluntades reconocido por el derecho civil, cuya fuerza obligatoria se hacía depender de la entrega de la cosa, de un acto formal, verbal o escrito o del simple consentimiento de las partes; *ex delicto*, esto es, de un hecho ilícito que colocaba al culpable en la obligación de pagar una pena pecuniaria a quien hubiera lesionado.

---

<sup>18</sup> Argüello, Luis Rodolfo. Ob. cit. Pág. 252

Petit precisa: “esta clasificación de las fuentes de las obligaciones llevo a ser insuficiente a medida que el derecho romano se perfeccionó. Los jurisconsultos, tratando de determinar las causas de las obligaciones sancionadas por el derecho, reconocen que se puede estar obligado sin que haya habido ni contrato ni delito. Gayo, en una de sus obras “Los *Aurei*”, de las que no tenemos más que fragmentos en el Digesto, estudia esas otras causas de obligaciones que no son ni contratos ni delitos, pero que se les parecen que son sus imágenes diversas, *vario causarum figurae*”<sup>19</sup>. Esta nueva clasificación presenta el inconveniente de que incluye figuras heterogéneas que en manera alguna pueden constituir una categoría con características propias y definidas.

En el Digesto encontramos que Modestino hace una enumeración de las fuentes de las obligaciones al expresar que “se contraen por una cosa, con palabras, o al mismo tiempo por ambas, o por el consentimiento o por la ley o por el derecho honorario o por necesidad o delito”.

No es hasta las instituciones de Justiniano cuando nos encontramos en una verdadera clasificación de las fuentes de las obligaciones, las cuales son agrupadas en cuatro grandes categorías: “las obligaciones o nacen de un contrato, de un cuasicontrato o de un delito o de un cuasidelito (*sequens diviso in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu; aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*)”<sup>20</sup>.

Sin embargo, a lo largo del Corpus Iuris Civilis encontramos varias citas que demuestran que, para los bizantinos, estas cuatro fuentes no agotaban la materia en cuestión.

Mencionemos como fuentes adicionales, la Ley en forma directa, la Sentencia; los Pactos y la Declaración Unilateral (*pollicitatio* y *votum*; ofertas hechas por justa causa a una ciudad o templo). Este grupo de fuentes, fueron incorporadas posteriormente por algunos autores clásicos y por parte de autores post-clásicos, basadas en diversas citas del *corpus iuris*.

---

<sup>19</sup> Petit, Eugene. Ob. cit. Pag. 316

<sup>20</sup> Inst. de Justiniano. 1.2.7

De las fuentes antes mencionadas, la única que para fines del presente estudio analizaremos será el contrato de compraventa, que se inserta dentro del capítulo correspondiente a los contratos nominados consensuales.

# CAPÍTULO SEGUNDO

## EL CONTRATO Y SUS CLASIFICACIONES

### 2.1 El pacto y el concepto de contrato

Como se ha mencionado con antelación, los juristas romanos no establecieron el concepto de contrato. El profesor Arias Ramos, nos advierte, que mientras el derecho moderno nos da un concepto de contrato, el derecho de Roma sólo nos ofrece una lista de contratos. “Fue la jurisprudencia del Derecho Romano común, la verdadera creadora de una teoría general del contrato”.<sup>21</sup>

En los textos romanos existen diversas expresiones que pueden tener un significado similar, refiriéndose, al acuerdo de voluntades entre dos a más sujetos: convención (*conventio*), pacto (*pactum*) y contrato (*contractus*).

El término “convención” (*conventio* de *convenire*, a su vez de *cum venire*) significaba el acto por el que varias personas se reunían en asamblea o en privado y se ponían de acuerdo o por el cual una persona pasaba a depender de otra (*conventio in manum*).

*Pactum* o *pactio* viene de *pacisci*, tratar reunidos, ponerse de acuerdo. Ulpiano define el *pactum* como “un acuerdo y consentimiento de dos o más acerca de lo mismo” (*Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*).<sup>22</sup> En la terminología clásica *pactum* significa “compromiso” y también todo pacto adicional.

Se afirma que en todo contrato hay una convención. A su vez, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo respecto a un objeto determinado, se dice que hay entre ellas convención o pacto.

Las partes que hacen una convención destinada a producir un efecto jurídico pueden proponerse crear, modificar o extinguir un derecho.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Schulz, Fritz. Derecho Romano Clásico. Ed. Bosch Casa Editorial. España, 1960. Pág. 445

<sup>22</sup> D. 2.14.12; crf.D.50.12.3pr.

<sup>23</sup> Petit, Eugene. Ob. cit. Pág. 317

Las convenciones que tienden a crear un derecho son aquellas que forman el género cuya especie es el contrato.

\*El maestro Argüello al respecto señala: “en el derecho romano la *conventio* no era por sí sola idónea para generar una *obligatio* tutelada por una acción. Era menester la presencia de otro requisito, que los intérpretes han denominado *causa civilis* y que se configuraban mediante una forma especial de celebración que daba prioridad en un principio a las solemnidades prescritas por la ley, antes que a la manifestación de voluntad de los contrayentes. La *causa civilis* se traducía en la solemnidad verbal en los contratos verbales (*verbis*), en la escritura en los contratos literales (*litteris*) y en la entrega o dación de la cosa (*datio rei*) en los contratos reales (*re*).

Aparecieron así las figuras típicas de contratos del derecho clásico, hasta que una progresiva evolución que dio primacía al elemento voluntad respecto de la forma del negocio (*negotium contractum*), incorporó a los anteriores la categoría de los contratos consensuales (*consensu*), que eran aquellos que se perfeccionaban por virtud del solo consentimiento de las partes, sin ningún otro elemento o requisito”.<sup>24</sup>

En lo referente a la *causa civilis* coincidimos con lo señalado por el maestro Eugene Petit: “Ciertos autores califican de *causas civilis* las formalidades, y hacen de ellas una *condición* esencial, sin la cual no podría haber contrato. Esta teoría es demasiado absoluta y extraña a los textos. De un lado en efecto, si se puede decir que las formalidades exigidas por el derecho *civil* para ciertos contratos son la causa por la cual las sanciona, es preciso reconocer bien, a menos de caer en sutilezas, que esta causa falta absolutamente en los contratos formados *solo consensu*. Por otra parte, la expresión *causa civilis* no se vuelve a encontrar más que en el L.49.2. D., *de pecul.*, XV,1, y Pomponio la emplea allí en un sentido completamente distinto: para indicar una fuente de obligación civil”.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Argüello, Luis Rodolfo. Ob. Cit., Pág. 268

<sup>25</sup> Petit, Eugene. Ob. cit. Págs. 317 y 318

En lo que respecta al pacto, que como se ha mencionado podía utilizarse como sinónimo de convención, se utilizó para designar las relaciones que a diferencia del contrato carecían de una acción (*ex nudo pacto actionem non nasci*).<sup>26</sup>

Con el transcurso del tiempo el pacto fue asimilándose al contrato, en el momento que se le reviste de acciones que le permiten el cumplimiento de las obligaciones, derivadas de los acuerdos. Sin embargo, la expresión contrato se reservó para denominar a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear una o más obligaciones civiles, que se exigían por medio de una acción.

Abocándonos al concepto etimológico de contrato, podemos encontrar que para algunos autores proviene del latín “*contractus*” que significa estrechar, unir, contraer, contratar, pacto. Voz que se deriva de *contraho*, que, entre otras acepciones tiene la de juntar o reunir.

Sin embargo para Schulz:” El verbo *contrahere* es un verbo antiguo y fue usado literal y metafóricamente. Usado metafóricamente *contrahere* significa, por regla general, realizar, perpetrar, concitar. Los autores deben guardarse mucho de creer que en la lengua latina, la palabra *contrahere* significa primariamente „celebrar un contrato’. En contraste con el verbo *contrahere*, el sustantivo *contractus* apareció mucho más tarde. El término jurídico *contractus* fue acuñado por los juristas del período último de la República, tal vez por el mismo Servio. Originalmente significó celebrar o realizar un acto y fue usado en unión con un sustantivo en genitivo: *contractus stipulationis* (la celebración de una estipulación), *contractus emptionis* (la celebración de una venta); pero como los juristas aplicaron el nuevo término únicamente a los contratos, ocurrió que éste se identificó con el contrato mismo”.<sup>27</sup>

Gramaticalmente, puede definirse como acuerdos o convenios entre personas que se obligan a determinada cosa y de cuyo cumplimiento están obligadas.

---

<sup>26</sup> D.2.14.7.4

<sup>27</sup> Schulz, Fritz. Ob. cit. Págs. 445 y 446



En la época clásica el jurisconsulto Gayo consideraba al contrato como un negocio o acto consistente en un acuerdo o convención entre las partes dirigido a crear una obligación.

A final de la época clásica el *contractus* adquirió un sentido más restringido señalando la relación bilateral de obligaciones en que las partes resultaban recíprocamente deudoras y acreedoras. Sin embargo, el significado de la palabra *contractus* no fue de interés para jurisprudencia romana.

Una verdadera definición de contrato no se encuentra en las fuentes clásicas, pero sí en cambio en la “Parafrásis de Teófilo” que dice: “El contrato es el acuerdo y el consentimiento de dos o más personas relativo a un mismo objeto con el fin de crear una obligación y de vincular una persona a otra”.<sup>28</sup>

Para el maestro Margadant, el contrato, “Es el acto por el cual dos o más personas regulan sus respectivos intereses jurídicos y al cual el derecho objetivo atribuye determinados efectos según la función económica social del acto jurídico en cuestión.”<sup>29</sup>

En concordancia con el maestro Pietro Bonfante, establecemos que el contrato es un acuerdo de dos o más personas con el fin de constituir una relación obligatoria reconocida por la ley.

## 2.2 Elementos del contrato

“La doctrina romanística estudia ampliamente los elementos integrantes de los contratos, indicando que se entiende por requisitos de los mismos simplemente los elementos que deben integrarlo”.<sup>30</sup>

De acuerdo a las diversas particularidades que cada contrato presenta, se ha llegado a definir cuáles son los *essentialia negotii*, los elementos esenciales sin los cuales el contrato no puede existir; los *naturalia negotii* que valen en una forma establecida por la ley, mientras las partes no los modifiquen

---

<sup>28</sup> Teófilo, Parafrásis 3.13.2

<sup>29</sup> Margadant, Guillermo Floris. Ob cit. Pág. 317

<sup>30</sup> Abouhamad Hobaica, Chibly. *Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano II. Derecho de las obligaciones*. Tomo II. Ed. Jurídica Venezolana. Venezuela, 1987. Pág. 110

*expressis verbis* y; los *accidentalía negotti*, que carecen de validez si las partes no los incorporan expresamente a los contratos.

### **2.2.1 Elementos esenciales y sus vicios**

Existen elementos que les son comunes a cada uno de los contratos e indispensables para su existencia: elementos esenciales del contrato. Son aquellos sin los cuales no puede formarse el contrato ni aún concebirse de manera alguna.

Tenemos que los elementos esenciales del contrato son cinco: sujetos, consentimiento, objeto, causa y forma.

Cada elemento puede originar ciertas particularidades especiales del contrato, y por ende, rasgos peculiares de la obligación que nació de dicho contrato. Además, cada elemento es susceptible de ciertos vicios, que dañan a la obligación resultante del contrato en cuestión.

Al momento de la celebración del acto, el contrato debía de contar con todos sus elementos esenciales, además de estar exento de vicios. Regla fundamental, aún en tiempos bizantinos; aunque con notables excepciones.

Este principio se establece en el *Digesto*, en su título *De diversis regulis iuris antiqui*, D.50.17. Si un contrato era celebrado por una persona incapaz, no bastaba que ésta obtuviera capacidad al momento del vencimiento de la obligación contraída, para que el contrato tuviera validez; puesto que, el negocio no contó con la validez desde su origen.

Este principio nace de la concepción de la antigua cultura jurídica y que cedió terreno en la época postclásica donde los antiguos principios ya no son tan rigurosos. Siendo aquí donde se permite, en ciertos casos, que algunos elementos esenciales maduren después de su celebración.

#### **2.2.1.1 Los sujetos contractuales**

Para la realización de un contrato es necesario el acuerdo de voluntades, es decir, requisito indispensable es la existencia de tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo de la relación. En el derecho romano existía el principio de que

los sujetos del contrato eran también sujetos de las obligaciones resultantes. En la actualidad se dan algunas excepciones a este principio.

Para que un contrato sea válido es preciso que esté hecho entre personas capaces. No debe confundirse la incapacidad con la imposibilidad de consentir. Los locos y los infantes no pueden contratar, porque no tienen voluntad y porque no pueden consentir. Por el contrario, los incapaces gozan de su libre albedrío, y pueden manifestar seriamente su voluntad; pero el Derecho civil, anula su consentimiento por diversos motivos.

La capacidad es la regla, mientras que, la incapacidad es la excepción, y no existe sino en medida en que es pronunciada por el Derecho.

#### **2.2.1.1.1 La incapacidad de los contratantes**

Como podemos analizar el vicio de dicho elemento es la incapacidad. La incapacidad podía ser general, prohibiendo al sujeto la realización de cualquier negocio, como en el caso de los infantes (personas *sui iuris* menores de siete años, que debían ser colocadas bajo tutela) además existían casos de incapacidad concerniente a ciertas categorías de negocios, o de negocios individualizados.

Hay incapacidades especiales en ciertos contratos. Sin embargo, nosotros nos enfocaremos en las incapacidades generales. Las incapacidades pretenden comúnmente, la protección del incapaz; son las que derivan de la falta de edad, de la prodigalidad y del sexo. Otras se referían a los esclavos.

#### **Incapacidades resultantes de la falta de edad:**

a) De los impúberes.- El impúber, salido de la infancia, es *sui iuris*, o sometido a la potestad paterna. Tiene voluntad pero no puede apreciar las consecuencias de un contrato; por eso el Derecho romano lo declara incapaz en cierta medida. Las impúberes de entre siete y doce años y los impúberes de entre siete y catorce años, estaban bajo tutela, pero podían intervenir en contratos con autorización del tutor (*interpositio auctoritatis*). Es capaz de desempeñar el papel de acreedor, de estipular, realizar todos los actos jurídicos que le beneficien.

b) De los menores de veinticinco años.- Por largo tiempo, el Derecho romano consideró como enteramente capaz al hombre *sui iuris* que había llegado a la pubertad. Es bajo la época de Dioclesiano cuando se trató como legalmente incapaces a los que tenían curadores permanentes. Habían sido colocados bajo un régimen de vigilancia que, a pesar de llamarse curatela, se parecía bastante a la tutela de los impúberes. También las mujeres *sui iuris* gozaban sólo de una capacidad limitada.

#### **Incapacidad del pródigo:**

El que disipaba locamente su patrimonio fue considerado incapaz, primero en interés de sus herederos agnados, después para protegerle a sí mismo contra sus seducciones. Era interdicto y puesto en curatela. Desde entonces podía aún adquirir y llegar a ser acreedor en contratos; pero era absolutamente incapaz de obligarse por contrato.

En el caso de los *mente capti* y *furiosi sui iuris*, generalmente colocados bajo curatela; son capaces en momentos de lucidez, lo cual es contrario a la seguridad jurídica.

#### **Incapacidad resultante del sexo:**

Para la concepción romana, el sexo femenino despertaba una presunción de ligereza y de debilidad, a diferencia del hombre que llegado a púber, era de inicio capaz. El derecho civil la dotaba de incapacidad fuese *sui iuris* o *alieni iuris*.

a) De la mujer púber *sui iuris*.- Esta clase de mujeres se encontraban bajo tutela perpetua. Podía estipular, y en general ser acreedora, sin embargo sólo podía obligarse con la *auctoritas* del tutor. La figura de la tutela perpetua desaparece en época justiniana.

b) De la hija de familia púber y de la mujer *in manu*.- Pueden al contratar, convertir en acreedor a aquel que tiene sobre ellas la patria potestad. En la época antigua y clásica, la hija de familia y la mujer *in manu* son incapaces de obligarse civilmente por contrato. Esta incapacidad tendía a la conservación del patrimonio de la mujer para sus herederos agnados. En el derecho de Justiniano, la hija de familia es capaz de obligarse al contratar como en el caso

del hijo de familia. En cuanto a la potestad de la mujer *in manu* ya había caído en desuso.

### **Incapacidad del esclavo:**

Se considera al esclavo como una cosa dentro del patrimonio del dueño. El esclavo no tiene por sí mismo ninguna capacidad y no puede al contratar llegar a ser civilmente ni acreedor ni deudor.<sup>31</sup> Pero por interés del dueño se modifica el rigor de este principio, puesto que el esclavo puede ser por sí un instrumento útil de adquisición.

Solo tenían capacidad para adquirir a favor de sus dueños; además podían asumir contractualmente obligaciones en relación con el *peculio* cuya administración les hubiera sido confiada. Por consentimiento especial de su señor, podía obligarse válidamente, celebrar contratos que repercutían sobre el patrimonio de aquel de manera favorable.

La capacidad del esclavo no era más extensa que la del dueño, y el esclavo sin dueño quedaba incapaz. Los mismos principios se aplicaban en la época clásica a la persona *in mancipio*.

### **2.2.1.2 El consentimiento**

El consentimiento consiste en la congruencia entre las voluntades declaradas de las partes.

El consentimiento es el acuerdo de dos o varias personas que se entienden para producirán efecto jurídico determinado; es este acuerdo el que forma la convención, base de todo contrato.

El ofrecimiento hecho por el que consiente en contratar una obligación no afecta de ninguna manera, mientras no haya acuerdo de voluntades. Es una simple *pollicitation*, promesa hecha, pero no aceptada aún. Que no engendra ninguna obligación. Este principio tiene una excepción, la promesa hecha y aún no aceptada obliga cuando se ha ofrecido a una ciudad.

---

<sup>31</sup> Ulpiano, L. 14, D., *de oblig.*, XLIV, 7)

Es necesario que el consentimiento sea real. No se sabría si hay consentimiento de parte de una persona que no tiene voluntad, así, el loco, el infante, no pueden contratar. Sin embargo, no es necesario que la voluntad involucre todas las consecuencias jurídicas y materiales del contrato; basta con que se refiera a los efectos típicos más importantes y previsibles.

No existe consentimiento cuando las partes han cometido un *error* tal que en la realidad no están de acuerdo sobre la obligación que han querido contratar.

En la fase preclásica, el consentimiento jugaba un papel modesto. Si la forma del negocio era impecable, y las partes eran capaces, el contrato valía, salvo en el supuesto de un negocio celebrado como ejemplo de clase, o evidentemente por broma.

Con el desarrollo jurídico de Roma, el formalismo del derecho arcaico cede su lugar a un ambiente más orientado a la equidad y a factores subjetivos, siendo considerado el consentimiento, como elemento cada vez más importante, convirtiéndose en esencial para la realización de los contratos.

Los vicios del consentimiento pueden originarse por:

- a) El error
- b) El dolo
- c) La intimidación
- d) La lesión

**a) El error**

El *Corpus iuris* sólo nos ofrece múltiples casos de errores en diversos contratos y la solución a los problemas que estos originan; el derecho romano no realizó propiamente una teoría general del error jurídico.

La teoría del error y su importancia, parte de la teoría sobre la interpretación de los negocios jurídicos.

Se puede realizar una distinción entre los errores que afectan la formación de la voluntad y los que se refieren a la manifestación de dicha voluntad. Según la dogmática moderna los primeros son *errores propios*, mientras que los segundos son llamados *errores impropios*.

Por los que respecta a los *errores propios* pueden, a su vez, ser divididos en errores de derecho y errores de hecho.

En cuanto al error de derecho, la parte que lo cometió no puede alegarlo para invalidar el contrato. Si la *ignorantia iuris* fuera argumento válido, toda la vida jurídica perdería su estabilidad. En Roma, se podía invalidar un acto jurídico a causa de la *ignorantia iuris*, cuando un menor de veinticinco años, una mujer, un soldado o un campesino que hubiese cometido el error y, que a la vez alegara su propia ignorancia del derecho además de buscar evitar un daño y no obtener un lucro.

El *Corpus iuris*, nos enuncia una serie de errores de hecho, con diferentes consecuencias jurídicas. Mencionaremos algunos de ellos:

➤ *Error in negotio*. Cuando las partes se engañan sobre la naturaleza del contrato. Por ejemplo, A cree entregar cierta suma en depósito, y B considera que la recibe a título de préstamo: no hay ni depósito ni *mutuum*, porque no existe acuerdo ni para uno ni para otro de los contratos. Esta clase de error anula el negocio respectivo.

➤ *Error del objeto*. Las partes no entienden sobre el objeto mismo del contrato. No hay acuerdo entre las personas que ha querido contratar. X considera que compra determinado esclavo, mientras que Y cree vender a otro esclavo. La venta es nula.

➤ *Error in persona*. Se refiere a la persona de la parte contraria y, el contrato se celebra en función de las cualidades especiales de ésta, dicho error anula el negocio.

➤ *Error in demonstratione*. El error se presenta sobre la indicación del objeto del contrato. No obstante, sin las partes, piensan, en el objeto correcto, el error es irrelevante. El contrato es válido: *falsa demonstratio non nocet*, es decir, el mero error de nombre no perjudica.

➤ *Error in substantia*. Se produce el error sobre las calidades del objeto del negocio en cuestión. Se tiene que diferenciar entre las calidades esenciales y accesorias. Un error de las calidades esenciales anula el negocio. Por su parte, cuando se trata de las calidades accesorias no se invalida el negocio. En el contrato de compraventa, el vendedor responde de los vicios ocultos del objeto.

➤ *Error in causa*. Uno de los contratantes se equivoca sobre el motivo que tiene la otra parte para celebrar dicho negocio. Por lo general, este error no invalida el contrato.

En lo que se refiere, a los *errores improprios*: la falta de coincidencia entre la voluntad y su manifestación. Los romanos hacían que prevaleciera la manifestación sobre la intención, excepto cuando el error fuera tan notorio que la parte contraria tendría que darse cuenta de él. En tal caso, en los contratos de buena fe, el error invalida dicho acto.

## **b) El dolo**

Se entiende por dolo los manejos fraudulentos empleados para engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en un acto jurídico.

El maestro Margadant afirma: "los romanos reconocían, en determinadas circunstancias, la existencia del *dolo bueno*, la astucia comercial, los trucos mercantiles acertados, siendo actos de inteligencia más que actos inmorales".<sup>32</sup> A la par de reconocer el *dolus malus* (dolo malo), toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta, con la que se engaña a otra persona, como dice Labeón.

El dolo puede originarse tanto de actos positivos como de negativos. Hay dolo si una parte omite maliciosamente una circunstancia de la cual tuvo

---

<sup>32</sup> Margadant, Guillermo Floris. Ob. cit. Pág. 339



conocimiento y, que para la otra parte sería un obstáculo para la celebración del dicho negocio.

Existe una íntima relación entre dolo y error: el dolo es una maquinación consciente, con la intención de producir en la parte contraria un error propio, por lo regular error de hecho.

### **c) La intimidación**

La violencia física o psicológica que quita su libertad al consentimiento, no elimina este elemento: *coacta voluntas tamen voluntas est*<sup>33</sup>, es decir, aún bajo coacción, la voluntad no deja de ser voluntad. Sin embargo, la intimidación podía ser sancionada por el pretor; siempre y cuando la parte perjudicada reuniera ciertos requisitos:

- a) Que la intimidación impresionara a un hombre muy valiente.
- b) Que el intimidado, no se comportará cobardemente y tontamente, aceptando un mal mayor, bajo amenaza, de lo que hubiera resultado de la realización de la amenaza misma.
- c) Que la intimidación fuera ilegítima. Un acreedor podía obtener su pago, bajo la amenaza al deudor de un embargo.
- d) Tratándose de una amenaza actual, verdadera y dirigida contra uno mismo sus hijos, y que no consistiera sólo en una posibilidad de peligro.

Las personas que realicen un acto por “temor reverencial”, en lo que respecta a autoridades, miembros mayores de su familia, etc., no podían alegar que existió intimidación.

El pretor llegaba a conceder una *in integrum restitutio*, anulándose el negocio, generalmente en perjuicio de terceros; además de conceder a cualquiera una *actio quod metus causa*, donde subsistía el negocio, pero obligaba al culpable a pagar a la víctima cuatro veces el daño sufrido.

Justiniano sólo dejó que subsistiera la *actio quod metus causa* y le añadió una característica de la *in integrum restitutio*: el efecto frente a terceros.

---

<sup>33</sup> D. 4.2.21.5

#### **d) La lesión**

La lesión puede entenderse como el aprovechamiento de la ignorancia o de una situación difícil del otro contratante, buscando un beneficio propio. No existe equilibrio entre prestación y contraprestación. Es un abuso excesivo de la desigualdad intelectual o social entre los contratantes.

Comenzó a ser sancionado en el derecho postclásico. Justiniano no le otorgaba validez a una compraventa que fuera realizada por un precio menor de la mitad del valor objetivo.

En la Edad Media, se aplica el concepto de lesión a favor del comprador, y se extiende al préstamo con intereses. El jusnaturalismo aplica el concepto de lesión a los demás contratos, como se enuncia en nuestra legislación en el art. 17 del Código Civil actual.

#### **2.2.1.3 El objeto**

El contrato realizado por el acuerdo de personas capaces, debe tener un objeto que reúna determinadas características. El objeto de un contrato se basa en la creación de una o varias obligaciones. Éste puede consistir en un *dare, facere, praestare, non facere o tolerare*.

Para que el objeto de la obligación sea válido es necesario que cuente con ciertas condiciones:

1. Debe ser posible.- La imposibilidad (vicio del objeto) de llevar a cabo un hecho puede ser natural o jurídica. La primera una imposibilidad física, ya sea de una cosa que no puede existir o, de una cosa que no existe ya. Sin embargo es válida la obligación que nace de comprometer una cosa futura en el momento de la ejecución de la obligación. La segunda puede resultar de una regla del derecho, por ser contrario a la ley, a las buenas costumbres o por versar sobre cosas que se encuentran fuera del comercio. Cuando esta imposibilidad existe en el momento de la celebración del contrato, éste es nulo, puesto que la obligación no puede originarse.

2. Debe ser lícito.- No debe confundirse el hecho ilícito con el hecho cuya realización es legalmente imposible. El hecho ilícito puede ser realizado pero está reprobado por la ley, como en el caso de un robo.

3. Debe constituir para el acreedor una ventaja apreciable en dinero.- La obligación, siendo una restricción a la libertad del deudor, no puede ser creada por puro capricho, sino únicamente si el objeto es de ordinario el procurar una ventaja al acreedor.<sup>34</sup> Puede suceder que el deudor no quiera cumplir con la obligación, y el acreedor no tenga otro recurso que el de obtener daños y perjuicios; es necesario que este acto se valore en dinero.

4. Debe estar suficientemente determinado o ser fácilmente determinable.- No es necesario que el objeto del contrato este precisado de manera absoluta; pero es preciso que no esté incierto. Desde el punto de vista, de su determinación, los objetos de los contratos son susceptibles de ciertas divisiones: pueden recaer sobre un cuerpo cierto, es decir, sobre una cosa determinada en su individualidad o recaer sobre cosas *in genere*, determinadas solamente en cuanto a su especie. También, el objeto de un contrato puede ser *certum o incertum*.

#### **2.2.1.4 La causa**

La causa es quizás de los elementos esenciales del acto, el más controvertido dentro de la doctrina, pues, son muchas las teorías existentes que intentan explicar el concepto y la noción de causa.

En materia de obligaciones, los jurisconsultos romanos emplean la palabra *causa* en acepciones muy diversas. Podemos abocarnos a dos diferentes acepciones: la primera designa las fuentes mismas de las obligaciones (Gayo habla de contratos, delitos y otras causas de las obligaciones), los contratos y los delitos se consideraban causas civiles de obligaciones.<sup>35</sup> La segunda, “en su aspecto subjetivo, la causa designa el motivo

---

<sup>34</sup> L. 61 D., *De pactis*, II, 14

<sup>35</sup> Recordemos nuestro punto de vista, en coincidencia con el maestro Eugene Petit, respecto de las denominadas “*causa civilis*”.

que impulsa a las partes a la celebración del negocio. Así: en una compraventa, la causa por la que contrata el vendedor es el pago del precio; y la del comprador es la entrega de la cosa”.<sup>36</sup>

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 fueron anticausalistas. El Código vigente, tampoco usa el término causa, emplea los términos: fin o motivo determinado de la voluntad (art.1831). Podemos entender por causa: el motivo legítimo que según la naturaleza del acto puede presumirse que ha determinado a las partes a celebrar un acto.

Los romanos afirmaban que todo negocio necesita de una “causa” limpia, es decir, en sentido subjetivo, la motivación subjetiva e individual de cada negocio, debe ser confesable, concordante con la ley y la moral. En el derecho clásico, se investiga constantemente los motivos individuales. Se encuentran en la *causae probatio*, la *actio doli* y la *actio iniuriarum* instrumentos de la justicia para explorar entre la moral y el derecho. Al respecto, encontramos una importante institución: el *fraus legis*.

En cuanto al *fraus legis*, Ulpiano afirma que existen actos que son formalmente legales, pero que van en contra de la voluntad del legislador, y, por tanto implican una actuación *in fraudem legis*. Cuando el acto se realiza apegado a las disposiciones establecidas por la ley, pero éste es contrario al espíritu de la misma; se configura el fraude a la Ley. En la actualidad, es una figura de suma importancia tanto en el derecho internacional privado como en el derecho interno.

La simulación es otra institución que se relaciona con los motivos individuales, dentro de una fachada impecable de algún negocio; el motivo de las partes en la celebración del acto no coincide con el fin económico y social de dicho acto. Su estudio se realiza hasta el derecho postclásico.

Para que exista la simulación se requieren tres supuestos:

- 1.-Un negocio fachada, es decir, el negocio simulado.
- 2.-Un pacto entre las partes que le reste eficacia al negocio simulado.

---

<sup>36</sup> Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Ed. Porrúa. México, 2006. Pág. 321

3.- El negocio disimulado, representa el verdadero interés de las partes para obligarse.

#### **2.2.1.5 La forma**

Era el molde por el cual las partes debían pasar el convenio para que éste tuviera efectos obligatorios. Resultaba un medio de prueba muy eficaz en los actos jurídicos formales, cuando se cumplía con la forma en tales actos, ello traía consecuencias jurídicas para los interesados.

En el derecho preclásico, los principales actos jurídicos eran formales. La forma ocupaba un papel esencial en la realización de estos; si no se observaba, las convenciones carecían de valor.

“Los códigos modernos parecen consagrar el principio de libertad de forma estas declaraciones van siempre acompañadas de la salvedad de que la ley puede prever, en determinados casos, la necesidad de una forma determinada... De hecho, estamos más cerca del formalismo que de la libertad de forma”.<sup>37</sup>

El jurista Jhering nos dice: “La forma es a los negocio jurídicos lo que el cuño a las monedas”. La debida forma en los actos jurídicos crea la presunción de que éstos son válidos y señala instantáneamente que clase de acto es.

La forma es de gran utilidad en la vida jurídica: proporciona seguros medios probatorios, no permite que se tomen importantes decisiones por impulsos momentáneos, favorece la claridad y la seguridad jurídica.

En el derecho romano cuando el negocio no era vestido de la forma exigida por el *ius civile*, no producía los efectos jurídicos que se habían propuesto las partes. En ciertos casos, el pretor podía intervenir otorgando eficacia a los negocios.

---

<sup>37</sup> Margadant, Guillermo Floris. Ob. cit. Pág. 350

### **2.2.2 Elementos naturales**

Son elementos naturales, los que si ser esenciales y aun cuando no se mencionen de un modo expreso, se sobreentienden que quedan comprendidos en el acto jurídico: por la ley, o por costumbre o por equidad natural. Por ejemplo, pertenece a la categoría de los elementos naturales la seguridad que se supone dan todos los vendedores a los compradores para los casos posibles de evicción.

“Los elementos naturales son los consustanciales, los peculiares a cada contrato en especie, como la evicción en la compra venta. No es necesario pactarlos expresamente, especialmente por derivarse del propio contrato y presumirlos la ley positiva”<sup>38</sup>

De las definiciones que dan los tratadistas, podemos afirmar que los elementos naturales corresponden a la naturaleza del acto que se verifica, y que por lo tanto son peculiares a cada contrato específico. Están contemplados en el ordenamiento jurídico. Dichos electos pueden ser excluidos por voluntad de las partes, es decir, pueden renunciar al beneficio legal que la naturaleza del contrato les confiere.

Se habla de la evicción como elemento natural en el contrato de compraventa, toda vez que es una obligación del vendedor responder al comprador de la evicción, es decir, el comprador no sufrirá despojo de la cosa vendida mediante el reclamo del derecho de un tercero. El saneamiento es una obligación que por la ley contare el vendedor para con el comprador, no obstante, ambos no establecieran dicha obligación.

La doctrina moderna conserva la misma concepción romana sobre los elementos naturales del contrato.

### **2.2.3 Elementos accidentales**

Son elementos accidentales aquellos que pueden añadirse al acto jurídico por convención especial de las partes, sin que le sean inherentes ni por

---

<sup>38</sup> Camus, E. F. Ob. cit.. Pág. 159

naturaleza ni por ley, ni por costumbre. Se refieren a cierta categoría de modalidades del acto jurídico que se establecen por la voluntad libre y expresa de las partes.

“Son introducidos voluntariamente por las partes, a condición de que el negocio mismo admita la presencia de estos elementos. Los elementos accidentales no son propiamente indispensables a la naturaleza del negocio, sino que las partes intervinientes en la realización del acto introducen a fin de modificar su fisonomía y las consecuencias corrientes del acto”.<sup>39</sup>

No deben confundirse los elementos naturales con los accidentales, ya que los primeros se encuentran normalmente en el acto jurídico, salvo que hayan sido excluidos del mismo por la voluntad de las partes. Los accidentales en cambio existen en los casos en que los interesados los han incluido.

De manera didáctica se consideran, principalmente, tres figuras: la condición, el término (algunos autores lo denominan plazo) y el modo o carga.

### **2.2.3.1 La condición**

Es un acontecimiento futuro y de realización incierta del cual depende el nacimiento o la extinción de los efectos de un acto jurídico. Un hecho pasado o presente no puede constituir objeto de la condición. También se requiere que el acontecimiento sea posible, que sea idóneo de producirse en el futuro.

“Condiciones son aquellas declaraciones accesorias según las cuales el efecto del negocio jurídico se hace depender de un acontecimiento futuro e incierto. Se llama condición al mismo acontecimiento futuro e incierto expresado en la declaración. En antítesis al negocio condicionado, el negocio sometido a condición llámese puro”.<sup>40</sup>

De manera genérica analizaremos los dos tipos de condición: la condición suspensiva y la condición resolutoria.

---

<sup>39</sup> Abouhamad Hobaica, Chibly. Ob. Cit. p. 136

<sup>40</sup> Bonfante, Pietro. *Instituciones de Derecho Romano*. Ed. Reus. España, 1965. Pág. 82

### **Condición suspensiva**

Podemos entenderla como el acontecimiento futuro, incierto y posible del cual se hace depender el nacimiento y existencia de la obligación. Durante el derecho preclásico no fue considerada, por ser contraria a los principios de la sencillez de los actos jurídicos de esa época. En el periodo clásico fue generalmente admitida y analizada con sus reservas.

### **Condición resolutoria**

Se define por lo general como el acontecimiento futuro, incierto y posible del se hace depender la extinción o resolución de los efectos del acto. Esta condición lo que suspende no es la obligación que ya existe desde que se concluye el contrato, sino su extinción o resolución. Ni los clásicos ni los compiladores justinianos admitieron la condición resolutoria, que fue obra de los comentaristas.

#### **2.2.3.2 El término o plazo**

Se puede definir como un acontecimiento futuro, de realización cierta, del cual depende la entrada en vigor o la cancelación de los efectos de un acto jurídico. Para el primer caso, el plazo es suspensivo o inicial, teniendo el acto efectos *ex die* (“desde ahora”), es decir, el contrato surte efectos a partir de determinada fecha. En lo que respecta al segundo caso, el plazo es resolutorio o final, con efectos *in diem* (“hasta determinada fecha”).

Para Bonfante, “el término *dies certus* es la determinación de una fecha en la cual empieza o cesa el efecto del negocio”.<sup>41</sup>

Durante el lapso de tiempo entre la celebración del contrato y el cumplimiento del plazo, el adquirente de un derecho sujeto a un plazo suspensivo se encontraba en una mejor posición que el adquirente de un derecho sujeto a condición suspensiva, puesto que, el plazo, por definición, es de realización cierta.

---

<sup>41</sup> Bonfante, Pietro. Ob. Cit. Pág. 86



El efecto esencial del plazo suspensivo consiste en aplazar la exigibilidad y no la existencia de la obligación. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación antes del vencimiento del plazo, incurre en *plus petitio tempore*. En cambio, el deudor puede renunciar al beneficio del plazo en su favor, y cubrir antes del vencimiento.

Vencido el plazo suspensivo, la obligación se convierte en pura y simple y puede requerirse su cumplimiento. Sin embargo, el deudor no incurre en mora, si el acreedor no lo requiere del pago, es decir, debe ser interpelado.

En el plazo resolutorio, el acto jurídico produce de inmediato sus efectos, los cuales concluirán a la llegada del plazo.

### **2.2.3.3 El modo o carga**

El *modus* es un gravamen impuesto a actos de liberalidad. Es una modalidad del acto jurídico. Se caracteriza por ser una obligación accesorio. Generalmente encontramos en la doctrina romana la concepción de que el modo envuelve la idea de carga o cargo, según algunos autores.

Según Shom: “*Modus* -carga son cláusulas – consistentes por lo común en prescribir a los bienes un determinado destino de aplicación y que se incorporan a las donaciones mortis causa, manumisiones. Estos gravámenes no se interponen ante los efectos del negocio no los suspenden ni los resuelven; sólo que guarden la voluntad del disponente, el beneficiado”.

La carga impuesta al beneficiario no hacía variar la naturaleza y gratuidad del acto, pues, dicha no deriva una contraprestación para el beneficiario por el aumento que percibe en su patrimonio.

En el derecho clásico, el modo sólo tenía una sanción moral; quien aceptaba la liberalidad y no cumplía con el gravamen, arriesgaba su reputación, pero no se le podía obligar a devolver lo recibido. Solo existieron algunos medios de coacción indirecta para lograr la ejecución de los gravámenes. Por ejemplo, el heredero podía por medio de la *exceptio doli* retener el bien sujeto al gravamen, si el legatario no garantizaba su cumplimiento.

Durante el período postclásico se concede cierta sanción jurídica al modo. Justiniano autoriza al juez a utilizar medios de apremio para obtener el cumplimiento del gravamen. Como último remedio se permitía la revocación de *donaciones sub modo*, si el donatario no cumplía.

## 2.3 Diversas clases de contratos

Los contratos del derecho civil y del derecho de gentes, durante la época clásica, se limitaban a las categorías mencionadas en las Institutas de Gayo, a los contratos *verbis, litteris, re y consensu*. Como lo afirma: *aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu* (las obligaciones son contraídas mediante entrega del objeto, mediante ciertas fórmulas verbales, en forma escrita o mediante el simple consentimiento). El desarrollo del derecho romano permitió admitir otras figuras dentro del sistema contractual.

El contrato romano se diversificó en distintos tipos: los contratos formales, los contratos reales, los contratos consensuales y los contratos innominados. También los pactos, convenciones desprovistas de otro requisito que el concurso de voluntades de los sujetos, llegaron a formar parte del sistema contractual romano.

Se puede hablar de pactos vestidos (*pacta vestita*), que estaban dotados de una *actio*. Por ser agregados a ciertos contratos (*pacta adiecta*), sobre todo en la compraventa, por disposición del pretor (*pacta praetoria*), por disposición de los emperadores (*pacta legitima*). Y los pactos desnudos (*nuda pacta*) que carecían de una acción para exigir su cumplimiento.

“Existen diversos criterios para clasificar los contratos que surgieron en Roma. Desde luego tiene especial relevancia la clasificación derivada de las Instituciones de Gayo y del derecho Justiniano, ya que de aquí se partirá para el estudio de cada uno de los contratos en particular. Paralelamente abordaremos otras clasificaciones que se han considerado de gran utilidad para

entender las actuales clasificaciones que ha formulado el derecho civil mexicano”.<sup>42</sup>

Según diversas clasificaciones tenemos que los contratos pueden ser:

1) Atendiendo a los requisitos necesarios para su perfeccionamiento. Se dice que un contrato se “ha perfeccionado” cuando está en condiciones de generar derechos y obligaciones.

- Contratos *verbis*.- Se perfeccionaban, de manera oral, pronunciando palabras solemnes conforme a la tradición. Son contratos verbales: la *stipulatio* y la *dotis dictio*.

- Contratos *litteris*.- Surgen de la transcripción de la deuda en los registros del libro Codex que llevaba el acreedor. Estos son: los *nomina transcripticia*, los *chirographae* y los *syngraphae*.

- Contratos *re*.- Se perfeccionan con la entrega de la cosa: el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

- Contratos *consensu*.- Por la manifestación del consentimiento de las partes se perfeccionan: la compraventa (*emptio venditio*), el arrendamiento (*locatio conductio*), el mandato (*mandatum*) y la sociedad (*societas*).

2) Desde el punto de vista del desarrollo histórico en Roma:

Esta clasificación fija los límites entre el antiguo derecho clásico y el nuevo. Además podemos considerarla como una categoría que se desprende de la anterior clasificación.

- Contratos formales.- Son aquellos que para su perfeccionamiento requieren el cumplimiento de ciertas formalidades prescritas por la ley. Son los contratos *verbis* y los contratos *litteris*.

---

<sup>42</sup> Sáinz y Gómez Salcedo, José María. El contrato en el derecho romano., Ed. Navarra. México, 2007. Pág. 141

- Contratos no formales.- Para su perfeccionamiento no requieren del cumplimiento de ninguna forma específica. Son los contratos reales y consensuales.

3) Según las partes que resultan obligados:

- Contratos unilaterales.- Contratos en los que una sola de las partes resulta obligada, como los contratos reales, literales y el mutuo dentro de los contratos reales.

- Contratos bilaterales o sinalagmáticos.- En estos contratos ambas partes resultan obligadas. Pueden ser bilaterales perfectos o bilaterales imperfectos. En los primeros las obligaciones nacían *ab inicio* para ambas partes, como la compraventa, la sociedad, etc. En los segundos, los contratos, naciendo unilaterales como el comodato, el depósito, el mandato, etc., podían convertirse bilaterales en razón de la obligación de resarcir eventuales erogaciones de los originariamente obligados.

4) Atendiendo a las acciones que los protegían:

- Contratos de derecho estricto (*stricti iuris*).- Si la facultad del juez para interpretarlos se limitaba a lo expresamente convenido por las partes. Tales como los verbales, literales y dentro de los reales el mutuo.

- Contratos de buena fe (*bonae fidei*).- El juez tenía la facultad de valorar las particularidades del caso conforme a la buena fe e intención de las partes. De los reales, el comodato, el depósito, la prenda y los consensuales.

5) Atendiendo a su naturaleza:

- Contratos onerosos.- Existe reciprocidad de prestaciones para la partes, como ocurre en la compraventa, en el que las partes han contratado en vista de una ventaja o utilidad recíproca.

- Contratos gratuitos.- No implica una contraprestación equivalente en lucro como el mutuo o la donación.

6) Según su regulación y origen:

- Contratos *iuris civilis*.- Sólo podían ser celebrados por los ciudadanos romanos, como la *sponsio*, el *nexum* y los *nomina transcripticia a persona in personam*.

- Contratos *iuris gentium*.- Podían ser celebrados entre romanos y extranjeros o solamente entre extranjeros. Lo eran, la *stipulatio*, los contratos reales, los consensuales y los *nomina transcripticia a re in personam*.

7) De acuerdo a la compilación Justiniana:

- Contratos nominados.- La ley los reconocía con un nombre propio (*proprium nomen*). Integran esta clasificación los cuatro grandes grupos de contratos: verbales, literales, reales y consensuales.

- Contratos innominados.- Sin nombre propio y con causa, consistentes en relaciones no sancionadas por el derecho civil en la que una de las partes ha entregado a la otra una cosa, o realizado a su favor una prestación de distinta índole, y esta a su vez se ha obligado a realizar, en cambio otra prestación convenida; como la permuta, el *precarium*, la *transactio*, el *aestimatum*, entre otros.

8) Desde el ámbito de su existencia:

- Contratos principales.- Por sí mismos existen con todas sus consecuencias implícitas. Tales como el arrendamiento.

- Contratos accesorios.- Para su existencia, era necesario que hubiera un contrato principal, no podía subsistir por sí sólo. Como ejemplo tenemos la fianza.

## **2.4 Generalidades de los contratos nominados: verbales, literales, reales y consensuales.**

### **A) Contratos Verbales (*Verbis*)**

Eran aquellos contratos que se perfeccionaban, oralmente, pronunciando palabras solemnes de acuerdo a la tradición. Si las partes se apartaban de las

formulas verbales establecidas, aunque constara su voluntad de obligarse, no se podía considerar como un contrato *verbis*.

Dentro de ese tipo de contratos encontramos a la *stipulatio*, la *dotis dictio* y la *promissio iurata liberti*<sup>43</sup>

### **La *Stipulatio***

Consistía en el intercambio de una pregunta y una respuesta sobre una futura prestación. En ambos casos se utilizaba el mismo verbo como *promittere*, *spondere*, entre otros.

Por su sencillez en el derecho arcaico la *stipulatio* se convierte en la fórmula más utilizada para contratar, puesto que tenía una infinidad de aplicaciones, ya que podía tener por objeto sumas de dinero, cosas ciertas y a partir del período clásico podía recaer sobre cosas inciertas. La flexibilidad de este contrato admitía su utilización para diversos negocios.

Partiendo de los conceptos señalados podemos precisar que la *stipulatio* era un contrato oral, solemne, que utiliza una fórmula ritual y sacramental, perfeccionado mediante una *interrogatio* por parte del acreedor, el que pregunta (estipulante, *stipulator*) seguida de una *responsio* afirmativa por parte de deudor, (el que responde, *promissor*) cuya *responsio* debía concordar exactamente con la *interrogatio*.

La *stipulatio*, sirvió para dar efectividad judicial al simple acuerdo de

---

<sup>43</sup> Algunos autores señalan la existencia de otro contrato *verbis* de fase arcaica del derecho, denominado negocio *per aes et libram*, esto se debía a que en un principio que todo negocio se celebraba en *per aes et libram*, ante una balanza (*libra*), y en la presencia de cinco testigos, las partes pronunciaban fórmulas establecidas por la tradición, tocando la balanza con un pedazo de bronce (*aes*). Según las frases pronunciadas podía tomar la forma de *mancipatio*, *nexum*, *conventio in manum* en forma de una *co-emptio* (acto celebrado para que la mujer pase de la *domus* de su padre a la *domus* de su marido), el testamento mancipatorio y para formalizar contratos de depósito, de prenda y de comodato antes de ser reconocidos como contratos reales. Estos negocios fueron desapareciendo paulatinamente: el *nexum* fue suprimido por la *Lex Poetelia Papiria* como vimos anteriormente, la *co-emptio* desapareció con la *manus*; el testamento mancipatorio con el testamento tripartito y el desarrollo de los contratos reales y consensuales fue sustituyendo esta figura. La presencia de la *stipulatio* determinó que esta figura cayera en desuso. La única excepción que encontramos es la *mancipatio*, todavía utilizada en el derecho justinianeo, debido a la eficacia que ofrecía la *actio autoritatis* (dos veces el precio, en caso de evicción). Sáinz y Gómez Salcedo, José María. Ob. cit. Pág.145.

voluntades; le confería obligatoriedad contractual a cualquier convenio. Especialmente se utilizó como contrato de carácter accesorio, en relaciones en que los terceros prometían en interés de los sujetos de la relación principal.

Frecuentemente en la estipulación se incluía la cláusula penal (*stipulatio poenae*), que fue un modo de reforzar la obligación del deudor, que quedaba obligado al pago de una pena si no cumplía con lo debido. Era una obligación accesorio, sujeta a una condición suspensiva.

De lo anterior puede verse que la estipulación romana, más que un contrato fue un negocio abstracto, es decir “una forma de contratación”, de tal manera que es probable que los negocios bilaterales se hayan podido formar en la época arcaica a través de estipulaciones recíprocas.

### ***La Dictio Dotis***

Esta forma de obligarse realizada unilateralmente, consistía en la promesa verbal y solemne de dote, esto es el compromiso de la persona que se comprometía a constituirla; esta podía realizarse por la mujer *sui iuris*, o el padre o por un ascendiente paterno o por su deudor, a favor del futuro marido.

### ***La Promissio iurata liberti***

Consistía en una promesa bajo juramento, por parte del esclavo, obligándose a prestarle servicios a su futuro patrón, a cambio de su libertad (de ser manumitido). Tal juramento generaba una obligación natural, una vez liberado, hacía nuevamente otro juramento de prestar los servicios ofrecidos, por lo que quedaba obligado civilmente.

## **B) Contratos Literales (*Litteris*)**

Los contratos *litteris* que tenían como elemento esencial la escritura, se caracterizaban por ser formales, unilaterales y de derecho estricto. Entre ellos encontramos los *nomina transcripticia (expensilatio)*, los *chirographae* y los *sygraphae*.

### **Los *nomina transcripticia (expensilatio)***

Este contrato, consiste en generar una obligación pecuniaria, por el hecho de asentar una deuda en la contabilidad doméstica. Se perfeccionaba por la inscripción de una deuda en la contabilidad domestica del *paterfamilias*.

Podemos considerar a ese contrato como un antecedente de los asientos contables modernos, de la letra de cambio y del cheque.

### ***Chirographae y Syngraphae***

Eran *formas litteris* de obligarse propias de los peregrinos; diferenciándose así de los *nomina transcripticia*, contrato literal propio de los ciudadanos romanos (*Quod genus obligationis, proprium peregrinorum est.*).<sup>44</sup>

a) *Los chirographae*, eran unos documentos firmados únicamente por el deudor en un solo ejemplar, que constituían un compromiso de pagar una suma determinada de dinero y que probaban que el negocio había sido realizado.

b) *Los syngraphae*. Eran documentos en los cuales se asentaba que una persona entregaba a otra, una cantidad de dinero y ésta se obligaba a pagarla, este documento se elaboraba en dos ejemplares debiendo ser suscritos tanto por el deudor como por el acreedor. De tal forma que no era una promesa de pago unilateral por parte del deudor, como sí ocurría en los *chirographae*.

### **Contratos Reales (Re)**

Los contratos “reales”, se perfeccionaban mediante la entrega de la cosa u objeto indirecto, aunque este requisito debía de ir acompañado de un consentimiento sin vicios. Así aparecieron el mutuo, comodato, depósito y prenda.

Gayo no incluye entre los contratos reales la *fiducia*, que podría haber sido considerada como la primer figura contractual que se perfeccionaba *re*, y

---

<sup>44</sup> Gayo 3, 134.



en la que una parte transmitía a otra la propiedad de un bien o cosa, con la obligación de que ésta deba ser trasferida al transmitente al realizarse determinada circunstancia o fin específico mediante la forma de la *in iure cessio* o de la *mancipatio*.

La *fiducia* no fue considerada como un contrato.

### **El Mutuo (*Mutui datio o mutuum*)<sup>45</sup>**

Podemos definir al Mutuo, como un contrato real, por el cual una persona llamada mutuante o prestamista (*mutuo dans*), entregaba en propiedad a otra llamada mutuario o prestatario (*mutuo accipiens*), una determinada cantidad de bienes genéricos y fungibles, obligándose éste a devolver más tarde a aquél una cantidad de bienes del mismo género y calidad (*tantumdem*).

### **El Comodato (*Commodatum*)<sup>46</sup>**

Podemos definir al comodato, como un contrato real, por el cual una persona llamada comodante (*commodans*), entregaba a otra, llamada comodatario (*commodatarius*), un bien específico no consumible, mueble o inmueble, para que lo usara gratuitamente y lo devolviera después de un tiempo convenido<sup>47</sup>

### **Depósito (*Depositum*)<sup>48</sup>**

Podemos definir al depósito, como un contrato real, por el cual una

---

<sup>45</sup> D. 12.1; Cl.4.1-2; cfr. Inst. 3.14.

<sup>46</sup> D.13.6; Cl.4.23

<sup>47</sup> Guzmán Brito Alejandro. Derecho privado romano. Editorial Jurídica de Chile. 1996. Pág. 770.

<sup>48</sup> D.16.3; Cl.4.34

persona llamada depositante (*deponens*), entregaba un bien mueble,<sup>49</sup> a otra persona llamada depositario (*depositarius*), para que la custodiase gratuitamente y se la devolviera cuando se la solicitara.<sup>50</sup>

### **Prenda (*Pignus e Hypotheca*)<sup>51</sup>**

Podemos definir a la prenda, como un contrato real, es decir, que se perfecciona jurídicamente por la entrega del bien o de la cosa, por el cual una persona propietario de un bien, que toma el nombre del constituyente, entregaba un bien a otra, llamada acreedor prendario o (pignoraticio) en garantía de una deuda propia o de un tercero, con la obligación de quien la recibía, de cuidarla y restituirla cuando el crédito fuera pagado.

### **Contratos Consensuales (*Consensu*)**

Podemos definir a estos contratos, como aquéllas convenciones que se perfeccionaban por el sólo consentimiento de las partes, o sea, aquéllos que generaban obligaciones y derechos una vez producido el intercambio de recíprocas ofertas y aceptaciones, (*sufficit eos qui negotium gerunt consensisse*).<sup>52</sup>

El sólo consentimiento como elemento constitutivo de un contrato o *causa civilis*, era suficiente para que nacieran obligaciones reconocidas por *ius civilis*, aceptando así las modalidades impuestas por las leyes comunes a los pueblos de la antigüedad (*ius gentium*).

Los reconocidos por las acciones a los contratantes fueron en la época clásica: Compraventa, arrendamiento (locación), mandato y sociedad, todos de buena fe (*bonae fidei*) y sinalagmáticos, los tres primeros perfectos y el último imperfecto.

---

<sup>49</sup> En el derecho romano el depósito no podía tener por objeto un bien inmueble. Nuestro derecho civil admite el depósito indistinto para bienes muebles e inmuebles. Art 2516 del Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>50</sup> D.16.3.1pr; 16.3.1.22.

<sup>51</sup> D.13.7; Cl.4.24.

<sup>52</sup> Gayo, 3,136.

### **Compraventa (*Emptio Venditio*)<sup>53</sup>**

Podemos definir a la compraventa, como un contrato consensual, por el cual una persona llamada vendedor (*venditor*), se obliga a transferir a otra, llamada comprador (*emptor*), el poder que tiene sobre el bien, y a su vez el comprador, se obliga a pagar un precio en dinero (*pretium*) al vendedor.

Antes de ser reconocido como contrato consensual, los contratantes para lograr consecuencias jurídicas, lo debían realizar con el rito de la primitiva *mancipatio*, que tenía el grave inconveniente de no permitir ventas a crédito. Su denominación de dos palabras “*emptio venditio*” nos permite suponer que el antecedente de la compraventa debió de encontrarse en la realización de dos *stipulationes*, una para establecer las obligaciones del comprador y otra para las del vendedor. (Su estudio detallado se encuentra a partir del capítulo III, de éste trabajo).

### ***Locatio conductio* (Arrendamiento)<sup>54</sup>**

Podemos definir la *locatio conductio* (arrendamiento), como un contrato consensual, por el cual una de la partes se obliga a pagar a la otra, un precio (*merces de mereor*: merecer) y la otra, en cambio a brindar a aquella el uso y disfrute temporal de un bien (*locatio rei*), o a prestarle determinados servicios (*locatio operarum*), o a llevar a cabo una obra (*locatio operis*).

### **El Mandato (*Mandatum*)<sup>55</sup>**

Podemos definir el mandato, como un contrato consensual,<sup>56</sup> por el cual una persona llamada mandatario (*procurator*), se obligaba a cumplir gratuitamente un encargo o una gestión que le encomienda otra, llamada mandante (*mandans, mandator o dominus negotii*), por cuenta e interés de éste

---

<sup>53</sup> D.18.1-7; Cl.4.38; Inst.3.23.Cfr.D.41.4; Cl.7.26

<sup>54</sup> D.19.2; Cl.4.65; Inst.3.24.

<sup>55</sup> D.17.1; Cl.4.35; Inst.3.26.

<sup>56</sup> D.17.1.1pr.

o de un tercero.<sup>57</sup>

### **Sociedad (*Societas*)<sup>58</sup>**

Podemos definir el contrato de sociedad, como un contrato consensual,<sup>59</sup> por el que dos o más personas a los que se les denomina socios (*socii*), se obligaba recíprocamente a poner en común ciertos bienes o actividades de trabajo, con la finalidad de alcanzar un fin común y compartir los resultados

## **2.5 Generalidades de los contratos innominados**

Durante la época clásica el esquema de los cuatro grandes grupos de los contratos nominados se había establecido en forma definitiva. Los juristas romanos, no modificaron dicho esquema y dejaron a un lado formas contractuales, hasta que los comentaristas crearon para ellas una categoría especial, los contratos innominados.

Tradicionalmente se consideran contratos innominados, aquellos que para su perfección requieren que una de las partes haya realizado su prestación a favor de la otra, viniendo ésta, a estar obligada a ejecutar, a cambio, la contraprestación convenida. Su fundamento se basa en la promesa de realizar la contraprestación convenida y no en la entrega de la misma.

Esta familia de contratos se componía, igualmente que los contratos nominados, de cuatro grupos:

1. *Do ut des* (doy para que des).- Cuando la prestación cumplida y la que a cambio debe cumplirse, tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa.

2. *Do u facias* (doy para que hagas).- La prestación cumplida consiste en una trasmisión de propiedad, mientras la prestación esperada tiene por objeto un determinado comportamiento.

---

<sup>57</sup> Nuestro Código Civil art 2546 limita el mandato a actos jurídicos.

<sup>58</sup> D.17.2; Cl.4.37; Inst. 3.25.

<sup>59</sup> D.17.1.1pr.Art 2688 del Código Civil del Distrito Federal.

3. *Facio ut des* (hago para que des)<sup>60</sup>.- Una persona se declaraba dispuesta a prestar ciertos servicios, a cambio de que la otra persona le prometiera algún objeto, que no podía ser dinero.

4. *Facio ut facias* (hago para que hagas).- El convenio respectivo de intercambio de servicios solo producía acción cuando alguna de las partes cumplía con lo pactado y, no por el simple acuerdo de voluntades.

Los contratos innominados más comunes eran los siguientes:

a) La permuta. Una persona trasfiere a otra la propiedad de una cosa cierta y determinada a cambio de una prestación idéntica. Los sabinos consideraban a la permuta como un caso especial de compraventa, alegando que era un antecedente histórico de ésta. Por su lado, los proculeyanos alegaban que existían diferencias jurídicas entre una figura y la otra, razón por la cual, era preferible considerar a la permuta como un contrato innominado. Justiniano les da la razón a los segundos.

b) El precario (*precarium*). Contrato de préstamo de uso, concedido a petición especial del beneficiario y cuyo objeto debía restituirse al propietario en cuanto lo reclamara. El objeto podía consistir en bienes corporales o en derecho reales como las servidumbres. El rasgo esencial era el poder absoluto por parte del propietario de reclamar el objeto *precario accipiens* en cualquier momento, aun existiendo un término.

c) El contrato estimatorio (*aestimatum*). Un comerciante aceptaba mercancía con la obligación de devolverlas después de algún tiempo, en caso de no haberlas vendido, o entregar un precio previamente establecido, para el caso de haber podido venderlas.

d) La transacción (*transactio*). Contrato donde las partes, haciéndose concesiones recíprocas, buscaban evitar un futuro litigio o terminar un litigio pendiente.

---

<sup>60</sup> Nótese que el contrato *do ut facias* y el *facio ut des* son, en realidad, un mismo contrato, observado desde el ángulo de quien debía prestar el servicio, o desde el ángulo de quien ofrecía la indemnización en especie. Margadant, Guillermo Floris. Ob. cit. Pág. 384

## CAPITULO TERCERO

### EL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN ROMA

#### 3.1 Definición del contrato de compraventa. (*Emptio Venditio*)<sup>61</sup>

La palabra *emptio* proviene del verbo *emere*= “merecer”, y como en ello consiste el acto del comprador, terminó por significar “compra”. *Venditio*, a su vez, deriva de *vendere*, verbo éste formado por la fusión de *venum* = “venta” y *dare*, de donde *vendere*.

Podemos definir a la compraventa, como un contrato consensual, por el cual una persona llamada vendedor (*venditor*), se obliga a transferir a otra, llamada comprador (*emptor*), la posesión de una cosa mueble o inmueble (*merx*) y asegurar el goce pacífico y definitivo de la misma (*habere licere*) a cambio de una suma de dinero (*pretium*) que el comprador se obliga a transmitirle en propiedad.

Para entender el término *emptio venditio*, hay que tener presente que el contrato no implicaba la transferencia de la cosa vendida, sino que generaba tan sólo dos obligaciones recíprocas: en el vendedor, transmitir la posesión del bien, asegurando su pacífico uso y goce (*habere licere*); en el comprador, transferir la propiedad del dinero que pagaba como precio (*pretium*).

Antes de ser reconocido como contrato consensual, los contratantes para lograr consecuencias jurídicas, lo debían realizar con el rito de la primitiva *mancipatio*, que tenía el grave inconveniente de no permitir ventas a crédito. Su denominación de dos palabras “*emptio venditio*” nos permite suponer que el antecedente de la compraventa debió de encontrarse en la realización de dos *stipulationes*, una para establecer las obligaciones del comprador y otra para las del vendedor.

La compraventa (*emptio venditio*) presenta la estructura más definida del contrato, con sus rasgos de consensualidad e interdependencia de dos obligaciones recíprocas, aunque el acto del comprador, el (*emere*), es el

---

<sup>61</sup> D.18.1-7; Cl.4.38; Inst.3.23.Cfr.D.41.4; Cl.7.26

elemento principal del negocio, no impide la simultaneidad de las prestaciones, por lo que podemos concluir que este contrato consensual mercantil por excelencia, sirve para el intercambio de bienes y productos.

Entendemos a la compraventa, como él ***Convenio de cambiar una cosa (merx) que se entrega al comprador (emptor), por una cantidad de dinero (pretium) que se paga al vendedor (venditor).***

Para saber cómo era la compraventa durante la época del derecho romano, hay que recordar que el contrato no implicaba la transferencia de la propiedad de la cosa vendida, sino que generaba, sólo dos obligaciones recíprocas: en el vendedor, transmitir la posesión de la cosa, asegurando su pacífico uso y goce (*habere licere*); mientras que al comprador, transferir la propiedad del dinero que pagaba como precio. (*Pretium*).

No nacía, pues a favor del adquirente un derecho real, ya que la obligación de transmitir y la efectiva transmisión se producían independientemente. Esta segunda se hacía efectiva después de la celebración del contrato mediante cualquiera de las siguientes formas: la *mancipatio*, “modo derivativo de adquirir la propiedad, consistía en el cambio de una cosa por una suma de dinero, negocio que debía realizarse en presencia del pueblo, y en el que el vendedor daba la cosa y el comprador entregaba el precio en dinero. Ceremonia que se realizaba mediante el empleo del cobre y una balanza, una persona que sostenía la balanza llamada *libripens* y cinco testigos. El precio solía estar representado por un lingote de cobre (*aes*) o una pequeña moneda que el comprador o adquirente (*mancipio accipiens*) ponía en la balanza (*libram*) y, pronunciando palabras solemnes, declaraba que la cosa era suya según el derecho de los quirites y que la había adquirido con aquel cobre y con aquella balanza. Si la cosa que se transmitía era mueble tenía que estar presente y si era inmueble, se utilizaba algo que la simbolizase: un terrón, una teja, etc”. La *in iure cessio*<sup>62</sup> también o *traditio*<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Modo derivativo de adquirir la propiedad de acuerdo al *ius civile*, consistente en que dos personas a través de un pleito ficticio transmitían la propiedad. Solo era accesible a ciudadanos romanos que tuvieran el *ius commercii*.

### 3.2 Origen del contrato de compraventa

En el derecho arcaico los antecedentes que encontramos de la compraventa, son poco conocidos, parece ser que en sus orígenes fue un acto real de intercambio o trueque, lo que se intercambiaba eran cosas “*nec Mancipi*”, por lo que el tipo original del que deriva este negocio, fue la permuta.<sup>64</sup>

Cuando se empieza a utilizar el dinero y en el intercambio una de las cosas consistía en una suma de dinero, se inicia la evolución de este negocio, aunque todavía real, tipificada por la constancia de uno de sus objetos. Este intercambio de dinero por *res Mancipi* o viceversa debía celebrarse mediante de la *Mancipatio*. La compraventa propiamente consensual posiblemente aparece cuando una de las partes aplaza su propia prestación, de manera de entenderse que, a pesar de constituir lo actuado a manera de un acuerdo, se creaban obligaciones para cumplir lo acordado en virtud de buena fe recíproca.

Existen varias teorías para explicar el origen de la compraventa:

Iniciaremos con la interesante opinión del maestro Caramés Ferro, comentada en su obra, “La venta ha pasado en Roma por tres períodos:

1) En el primero sólo se realizaba al contado, confundiéndose entonces con la permuta, porque la contraprestación no tenía porque consistir necesariamente en dinero.

2) En un segundo período aparece la venta a crédito. Pero ésta no consistía todavía en un contrato autónomo, sino que, según parece, se realizaba por medio de una doble estipulación: por una parte el vendedor estipulaba el precio, y por la otra el comprador hacía lo propio con las cosas. Su inconveniente radicaba según ya lo hemos observado, en la independencia de las respectivas obligaciones.

---

<sup>63</sup> La *traditio* fue un modo derivativo de adquirir la propiedad, de acuerdo al *ius gentium*, consistía en la entrega de un bien o cosa hecho por el propietario (*tradens*) a otra persona (*accipiens*) con la intención de que ésta la adquiriera ocupando su lugar. Se requería capacidad para enajenar y adquirir, además de que el *tradens* tuviera la calidad de propietario y la preexistencia de una causa justificada

<sup>64</sup> D.18.1.1.



3) Por último, en una época indeterminada hacia el fin de la República, se admitió que el contrato quedara concluido por el simple acuerdo de las partes.

Desde entonces se separó en la venta la obligación de ejecución; así el vendedor no entregaba sino que se obligaba a entregar la cosa, como de la misma manera que el comprador podía no pagar sino obligarse simplemente a pagar el precio.

El punto más discutido, dice Girard es el de saber a partir de qué momento el simple acuerdo de voluntades ha hecho nacer entre los dos contratantes las acciones de buena fe *empti y venditi*. Observa que se ha creído encontrar en el teatro de Plauto, en el Tratado de Economía rural de Catón y un texto del Digesto, la prueba de que este paso habrá sido dado antes del fin del siglo VI y, en consecuencia en una época en que las acciones de la Ley constituían aún el único procedimiento judicial imperante, pero agrega que no hay un indicio serio de una venta obligatoria sólo *consensu* antes de la *Lex Aebutia*, para concluir afirmando que la existencia de acciones de buena fe nacidas de la venta consensual, sólo resulta atestiguada desde la mitad del siglo VII, no sólo por el testimonio de Mucius Scaevola, sino también por ejemplos concretos extraídos de la práctica judicial”<sup>65</sup>.

Se observa de la cita anterior que la venta arcaica y antigua propia de la época del derecho quirritario, consistía por lo que al vendedor se refiere en un negocio jurídico mediante el cual, se trasmitía de inmediato la propiedad de la cosa vendida. La propia situación económica jurídica para la satisfacción imperiosa de las necesidades más elementales, se satisfacía antes de aparecer la venta como contrato autónomo e independiente por el cambio puro y simple de unas cosas por otras (permuta) de un modo manual, al que se le adiciona posteriormente el trueque real y efectivo de una cosa por un precio.

El autor Cristóbal Montes nos comenta: “ la opinión más difundida es la que sostiene que el carácter exclusivamente obligacional de la compra-venta, jurídicamente no lo era, sino que constituía una *stipulatio*, y por lo tanto debía

---

<sup>65</sup> Caramés Ferro, José. Curso de Derecho Romano. Edit. Perrot. 7a. Edición. Págs.276 y 277.

regirse por las normas propias de esta variedad contractual, por la cual no se transmiten derechos sino que se constituyen obligaciones, de manera que cuando la venta vino a constituirse como contrato autónomo, participó de la naturaleza del negocio que la precedió en la práctica”<sup>66</sup>.

Otros sostienen que el paso de la venta primitiva venta-trueque a la venta consensual histórica no se explica por medio de la estipulación, sino en base al carácter de buena fe, propias de las acciones del vendedor y del comprador.

Entre las más significativas, encontramos la hipótesis de que su génesis o de que su fuente proviene de la práctica de utilizar dos estipulaciones cruzadas entre las partes, una que promete el precio y otra que provee el bien.

Antes de ser reconocida como contrato consensual, los contratantes se habrían valido, para lograr consecuencias jurídicas, del rito de la primitiva *mancipatio*, que tenían el inconveniente de no permitir las ventas a crédito. Su designación con dos palabras –*emptio venditio*- permite suponer que el antecedente de la compraventa debió de encontrarse en la realización de dos *stipulationes*, , una para fijar las obligaciones del comprador, otra para las del vendedor. Esta práctica habría correspondido al típico espíritu del derecho primitivo, que construía una relación bilateral con dos relaciones unilaterales.

“En el derecho clásico la compraventa se aplica indistintamente a *res Mancipi* y *res nec Mancipi* y se distingue de la adquisición del dominio en que sólo se encuentra en virtud de la *mancipatio* o de la *in iure cesio*, tratándose de *res Mancipi* o por la *traditio* en lo que se refiere a la *res nec Mancipi*. Para estos casos la compraventa opera como causa y lo propio ocurre con la posesión del bien comprado, sólo la entrega del bien es lo que hace poseedor del bien al comprador”<sup>67</sup>.

“Como señala el maestro Gabino Trejo Guerrero en el derecho romano la compraventa no fue traslativa de dominio, ya que el vendedor se obligaba

---

<sup>66</sup> Cristóbal Montes, Angel. Curso de Derecho Romano. Derecho de Obligaciones. Pág. 428.

<sup>67</sup> Sáinz y Gómez Salcedo, José María, Ob. cit.. Pág. 186.

únicamente a entregar la cosa, y garantizar una posesión pacífica al comprador<sup>68</sup>. Para que el contrato de compraventa tuviera eficacia se requería la concurrencia de elementos generales necesarios a toda relación contractual – la capacidad de las partes y el consentimiento-, y otros específicos de esta convención: los concernientes a la cosa vendida y al precio.

Sin embargo el derecho romano admitía la posibilidad de una venta de cosas ajenas, remediando los problemas que pudieran suscitarse mediante el desarrollo de la figura de la evicción y del saneamiento.

En lo referente a la capacidad, era menester que las partes fueran capaces de obrar, esto es, que tuvieran la aptitud legal tanto para enajenar como para obligarse. No podían, por tanto, celebrar válidamente una compraventa los incapaces de obrar, ya fuera la incapacidad absoluta o relativa. Por razones especiales la legislación romana creó incapacidades de derecho para comprar o vender, de las que estaban afectadas ciertas personas que se encontraban en circunstancias particulares. Así, los tutores y curadores respecto de los bienes de sus pupilos y los padres en lo concerniente a los bienes de sus hijos, a menos que se tratara de aquellos que integraban el peculio castrense, cuasicastrense, sobre los cuales el *filius* tenía la libre administración. Incapacidad de derecho fue también la del gobernador de provincia, al que no estaba permitido adquirir inmuebles sitios en el territorio en que cumplía sus funciones.

Por lo que respecta el consentimiento, podía éste manifestarse de cualquier modo, sin solemnidad alguna, expresa o tácitamente, entre ausentes, por carta, por mandato y hasta por intermedio de un *nuntius*. Sin embargo, se hizo práctica corriente que la compraventa se confirmara con documentos escritos que al principio tuvieron mera función probatoria. En la época postclásica, si se había convenido realizar el acto escrito, la venta sólo se perfeccionaba cuando se cumplía tal exigencia.

---

<sup>68</sup> Trejo Guerrero, Gabino, Discurso en la ceremonia inaugural de las XI Jornadas de Actualización Procesal Civil de Petróleos Mexicanos, pronunciado en México, el día 1 de agosto de 2005.

### **3.3 Elementos del contrato de compraventa.**

Existiendo la capacidad para transmitir y adquirir de las partes contratantes, se requiere para la conclusión del contrato de compra-venta tres condiciones: el Objeto (*merx*), precio (*pretium*) y consentimiento (*consensus*).

#### **3.3.1 El objeto de la Compraventa.**

En cuanto al objeto de la compraventa, o mercancía (*merx*), podía ser cualquier cosa mueble o inmueble, corpórea o incorpórea, presente o futura que estuviera *in commercio*. En relación las cosas incorpóreas se reconocieron como válida la compraventa de una servidumbre predial, del usufructo, de una herencia ya adquirida por el heredero y de un crédito, mediante la correspondiente cesión. También se admitió la eficacia de la venta de cosa futura, ya fuera bajo la condición de que la cosa llegara a existir (*emptio rei speratae*), en cuyo caso solamente se pagaba el precio, como ocurría si se compraba la cosecha próxima de un fundo, o incondicionalmente (*emptio spei*), de suerte que había que pagar el precio aunque no sobreviniera la existencia de la cosa, como acaecía cuando versaba sobre la pesca que se recogería echando la red.

#### **3.3.2 El precio.**

Por lo que concierne al precio, debía consistir en una suma de dinero, contrariamente a la idea de los sabinianos, que estimaban de cualquier cosa podía ser dada como *pretium*. Tenía que ser también cierto (*certum*), es decir, determinado o determinable. La determinación no podía quedar librada a la voluntad exclusiva del comprador o del vendedor, porque en tal caso la venta era nula. En el derecho justiniano se admitió que se la remitiera al arbitrio de un tercero, en cuyo caso el contrato se consideraba condicionado, de suerte que si el tercero no fijaba el precio el negocio no quedaba perfeccionado por no cumplirse la condición. En el (*verum*), no simulado. Así, no había venta, sino donación, cuando el vendedor convenía con el comprador, en que no le exigiría el precio.

Durante mucho tiempo, incluso en el derecho clásico no se exigió que el precio fuera justo (*iustum*), esto es, proporcionado al valor de la cosa.

### **3.3.3 El Consentimiento.**

El contrato de compraventa se perfeccionaba con el consentimiento de las partes sobre la cosa u objeto y el precio, lo que derivaba las respectivas obligaciones dimanantes del contrato. Tal conceptualización es verdadera cuando la venta se realizaba sin escritura, pero cuando las partes convenían que fuese con escritura, la compraventa se perfeccionaba entonces cuando se hubieren confeccionado los documentos de venta escritos o por los propios contratantes, o por otro, pero fundamentalmente suscrito por las partes. En consecuencia privó el principio de la consensualidad en la venta sin escritura, no así cuando se convenía la venta mediante documento, lo que hacía que la consensualidad de la compraventa se hiciera nugatoria, y si las partes en tal supuesto (venta con escrituras) no concluían el negocio, no le era aplicable sanción de ninguna especie, lo que determina que el instrumento es un elemento esencial de la compraventa cuando se trata de venta *cum scriptura*.

En caso de existir garantías como arras en la venta con documento, éstas cumplían cierta penalidad, ya que por el hecho de las partes de retirarse del negocio provocaba la pérdida de las mismas. Pero si la venta perdida fuere sin escritura (consensual) y se hubieren entregado arras como garantía para la ejecución del contrato, éstas sólo se consideraban como medio de prueba de la perfección del contrato, y la venta es perfecta desde que hay acuerdo del consentimiento en la cosa y precio.

Creemos que aún cuando el consentimiento adquiere particularidades específicas y resaltantes en la compraventa y que en oportunidades esa consensualidad desaparecería (venta con escrituras) ella fue un contrato consensual por tanto se perfeccionaba por el simple consentimiento sobre el precio y el objeto, habida cuenta de que el mismo debía ser libre y legítimo exento de vicios o imperfecciones. No obstante hubo casos de ventas forzosas como cuando se inhumaba un cadáver en fundo ajeno, podía obligarse a

exhumarlo o a adquirir el terreno donde se había realizado la sepultura.

### **3.4 Características de la compraventa**

La compraventa fue un contrato consensual, pues bastaba para su conclusión el solo acuerdo de voluntades de las partes. Era bilateral perfecto, porque engendraba obligaciones recíprocas para ambos contrayentes. Tenía carácter oneroso dado que cada prestación encontraba su equivalente en la otra, y conmutativo, pues en principio las ventajas que acarreaba eran ciertas para las partes desde el nacimiento de la convención. Se caracterizaba también por ser un contrato de buena fe, dada la amplitud de los poderes de apreciación del juez para interpretar las obligaciones que correspondían a comprador y vendedor.

a) La compraventa era un contrato consensual, en virtud de que bastaba para su conclusión, el sólo acuerdo de voluntades de las partes. Este consentimiento podía ser manifestado en forma tácita o expresa, entre ausentes, por carta, por mandato y hasta por intermediarios. Posteriormente se empezó requerir para comprobar la compraventa de documentos escritos, y en el derecho posclásico, sólo si se convenía realizarlo por escrito, la venta se perfeccionaba.

b) La compraventa era un contrato sinalagmático perfecto (bilateral), que engendraba obligaciones recíprocas para ambas partes.

c) De buena fe ("*bonae fidei*"), en tanto que el juez tenía la facultad discrecional para interpretar las obligaciones del vendedor y el comprador.

d) Era oneroso dado que cada prestación encontraba su equivalente en la otra. En la compraventa romana el precio debía pagarse en dinero.

e) Es nominado.

f) Que es de derecho de gentes

g) Principal

h) Conmutativo

i) No formal, obedece al principio *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser respetados)

j) No era un contrato traslativo de dominio, pues el vendedor sólo se obligaba a transmitir,<sup>69</sup> la transmisión debía de tomar la forma de *mancipatio, in iure cessio o traditio*. Dió lugar a una obligación de entregar.<sup>70</sup>

### 3. 5 Las obligaciones del Comprador

a) Pagar (*Solvere*) el precio convenido. La obligación principal del comprador era de *dare* y consistía en entregar una determinada suma de dinero, denominada (*pretium*). sin un precio determinado u objetivamente determinable, no hay compraventa<sup>71</sup>; pero la determinación del mismo se deja al libre acuerdo de las partes contratantes.

La escuela Sabiniana, pensaba que el precio podía pagarse con otros bienes de igual valor a lo comprado, como un esclavo. De modo que la compraventa la concebían como una especie de permuta; sin embargo la escuela Proculeyana separaba estrictamente uno y otro negocio, fundado en que el intercambio de “cosa por cosa” no se puede saber cuál es el precio, cuál la mercadería quien la vendió y quien la compró. Celio Sabino sustenta una opinión intermedia, se basaba en quien había tomado la iniciativa del negocio, si el comprador o el vendedor. La opinión dominante fue la proculeyana.<sup>72</sup>

b) El precio debía ser determinado o cierto. (*certum, participio pasado del*

---

<sup>69</sup> En el Código Civil del Distrito Federal, se obliga a transmitir la propiedad del bien objeto del contrato, artículo 2269 (nadie puede vender sino lo que es de su propiedad).

<sup>70</sup> C.2.3.20: *non pactis, sed traditionibus dominia transferuntur.*

<sup>71</sup> Puede determinarse objetivamente el precio por referencia al que alcance la mercancía vendida en el mercado de tal fecha. si se deja al arbitrio de persona individualmente designada, en contrato se entiende como condicionado a la decisión de ese tercero encargado de tasar; si se deja el señalamiento del precio a persona indeterminada (p.ej. al arbitrio de persona honrada), no hay compraventa. por lo de más, si el precio es simulado, tampoco vale la compraventa aunque puede valer la donación disimulada, si es una donación lícita. sobre el precio no pecuniario en la permuta.

<sup>72</sup> Gayo.3.141; D.18.1.1pr.1; 19.4.1pr.; cfr.CI.4.64.2

*verbo cerno que significa decidir, establecer*).<sup>73</sup> Se considera así aunque sea meramente determinable en un momento futuro, el precio también puede referirse a un eventual sobre valor que alcance el bien y las partes pueden encargar su determinación a un tercero; en caso que no lo hubiere podido o querido hacer el tercero, la venta se consideraba nula. Pero la determinación no podía quedar al arbitrio de una sola de las partes.

c) El precio debía ser real, verdadero (*verum*). El acto simulado podía encubrir una donación cuya validez dependía, de que no estuviera prohibida entre los contratantes, puesto que se anulaba (ejemplo: entre cónyuges).

d) No se exigió que el precio fuera justo *iustum*, o sea proporcionado al valor del bien.<sup>74</sup> Durante la época clásica a lo más que se refería era una cuestión moral; en el año 301 el emperador Dioclesiano, fijó el precio máximo para la venta de ciertos artículos de consumo pero esto no afectaba la validez de la compraventa, pues el edicto se limitaba a establecer ciertas sanciones. Pero no es sino hasta en el derecho Justiniano que se permitió al vendedor de un fundo o inmueble pedir judicialmente la rescisión de la compraventa, si el precio obtenido fuera inferior a la mitad de un justo valor (*laesio ultra dimidium*), lo que implicaba una lesión enorme (*laesio enormis*),<sup>75</sup> que el comprador podía subsanar ofreciendo el pago de la diferencia.

e) El pago debía realizarse al perfeccionarse el contrato por el consentimiento de la partes, los riesgos por la pérdida o deterioro del bien, derivada de su propia constitución o por causa de fuerza mayor o por caso fortuito, eran a cargo del comprador (*periculum rei venditae statim at emptorem pertinet*), quien quedaba obligado a pagar el precio aunque el bien se hubiera perdido antes de la entrega y aún cuando el vendedor no fuera su propietario.<sup>76</sup> Por lo tanto la regla de que las cosas se pierden para su dueño (*res perit*

---

<sup>73</sup> Gayo 3.140.

<sup>74</sup> D.19, 2, 22,3 y D.4.4.16.

<sup>75</sup> La *laesio enormis* fue introducida por medio de interpolaciones en rescriptos de Dioclesiano y Maximiano. Aparecen en el *codex iustinianus* bajo la rúbrica "sobre la rescisión de la venta" (*deresidenda venditione*). Cl.4.44.2; 4.44.8

<sup>76</sup> Paulo. D.41, 1, 31.



*domino*) quedaba derogada en materia de compraventa por el principio *res perit emptori* (las cosas se pierden para el comprador).

f) Recibir el bien comprado. En caso contrario incurría en *mora creditoris*.<sup>77</sup>

### 3.6 Obligaciones del vendedor

La obligación del vendedor no es dar la propiedad (*dare*), sino entregar (*tradere*) la posesión libre e indiscutida (pacífica posesión) de la cosa vendida, la <vacua possessio> cuando se trata de inmuebles<sup>78</sup>. Debe, pues, hacer la *traditio* de ella al comprador o a persona habilitada por el comprador para recibir la posesión.

En el cumplimiento de esta obligación, el vendedor responde de su culpa. Si la entrega se hace imposible sin su culpa, el contrato se considera resuelto, y el comprador, por su parte, no queda obligado a pagar el precio, o puede repetirlo si ya lo pago<sup>79</sup>, pero la responsabilidad del vendedor se agrava cuando se trata de un mueble, pues incumbe al vendedor el conservarla hasta la entrega, y responde de ella por *custodia*<sup>80</sup>, queda a cargo del comprador tan solo pérdida la fuerza mayor (regla <periculum est emptoris>)<sup>81</sup>, naturalmente, la responsabilidad por custodia del vendedor cesa cuando el comprador incurre en mora para recibir la posesión que le ofrece el vendedor<sup>82</sup>. Cuando se trata de

---

<sup>77</sup> Margadant, Guillermo Floris, Ob. cit., Pág. 405

<sup>78</sup> Vacua possessio quiere decir libre de arrendatarios y otros usuarios; pero puede pactarse la conservación del arriendo, la cosa no se considera entregada si el comprador no obtiene la superioridad en la posesión interdictal, cuando se compra solo una parte, el vendedor debe aceptar al comprador en la posesión indivisible, y realizar el acto idóneo para transmitir aquella parte.

<sup>79</sup> Se presenta el caso en que la finca vendida haya sido objeto de expropiación forzosa antes de la entrega., en cambio la finca había sido ya entregada al comprador, y por eso el riesgo es ya del comprador, que deberá pagar el precio aunque pierda la posesión. en caso del terreno vendido e inundado por el agua del lago, se trata de un problema de interpretación de los límites declarados en el contrato, y próculo cargaba con ese riesgo al comprador por considerarle ya propietario del emptio(=mancipatio); vid. Sobre este texto

<sup>80</sup> El vendedor en esa relación, es como un guardián retribuido, al igual que un conductor operis; responde del mismo modo.

<sup>81</sup> periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem proester; perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet, respecto a inmuebles, no hay riesgo de perecimiento, ni responsabilidad de custodia.

<sup>82</sup> D.18, 6, 13 (12): el mobiliario vendido a sido puesto en la calle por que el comprador no se hacía cargo de él y los ediles ordenansu destruccion porque estorbaba el transito: *emptoris periculum esse placet*. (aunque no podia hablarse de *vis maior*, pero había cesado la *custodia*).

venta de géneros, el vendedor responde plenamente hasta que se separa la cantidad objeto de la venta, de la que a partir de esa especificación responde por custodia, hasta su entrega<sup>83</sup>.

Cuando la cosa vendida se ve incrementada, después del contrato, por frutos u otros acrecimientos o adquisiciones, el vendedor está obligado a entregarlos al comprador al que no se ha hecho todavía la *traditio* de aquella cosa.

Aunque la obligación del vendedor sea de *tradere* y no de *dare*<sup>84</sup>, en consecuencia: la *bona fides* exige que el vendedor haga todo lo necesario para que el comprador adquiera la propiedad y, por tanto, si la cosa es mancipable, el comprador puede exigirle que le haga mancipación o *in iure cessio* de la cosa vendida o de la cuota que el vendedor tenga sobre la misma.

Por la misma razón: se considera nula la compraventa de cosa que ya pertenece al comprador<sup>85</sup>; también puede el comprador negarse a pagar el precio en caso de haber tenido que comprar otra vez la misma cosa del verdadero propietario<sup>86</sup>, o en caso de sobrevenir la *litis contestatio* con quien pretende ser propietario de lo comprado, sino se da garantía suficiente al comprador<sup>87</sup>, debe el vendedor asistir al comprador en tal juicio de posible evicción<sup>88</sup>, y debe prometer al comprador la indemnización para el caso de salir vencidos<sup>89</sup>.

---

Después de la entrega es claro que la cosa perece para el comprador (propietario civil o pretorio); esto, aunque se haya producido una evicción parcial.

<sup>83</sup> Reglas especiales rigen para la venta de vino, en relación con el momento fijado para la prueba (*degustatio*) y entrega (D.18, 6, 1 ss.); si el comprador incurre en mora, el vendedor, que necesita vaciar sus recipientes (para la nueva cosecha) puede proceder a derramar el vino, previa notificación al comprador que no lo recogió a tiempo.

<sup>84</sup> por eso mismo se considera indivisible. el vendedor consciente de vender cosa ajena no comete *furtum* al cobrar el precio (D.47,2,52,17).

<sup>85</sup> Se exceptúa de esta regla el caso de que se entienda condicionado el contrato al evento de que comprador de je de ser propietario ( D.18.1,6, 12) y el caso de que se declare desde el primer momento que se compra tan sólo la ventaja posesoria y no la cosa (D. 18,1,34,4.)

<sup>86</sup> D. 21, 2, 29. en época del emperador Nerva todavía se daba la acción *ex vendito* para conseguir el precio porque, en efecto, no había habido evicción pero Celso hijo impuso la exigencia de la *bona fides*.

<sup>87</sup> (*exceptio imminentis evictionis*). D. 18, 6, 19, 1.

<sup>88</sup> Esto presupone que el comprador debe notificar al vendedor el hecho de que se va a dirigir contra él la acción petitoria, como hacía el accipiente por mancipación mediante la *laudatio auctoris*. el mancipante (*auctor*) debía defender al comprador y podía hacerlo como representante procesal. D. 21, 2, 21, 2; 66, 2.

<sup>89</sup> Sobre anticipación de la responsabilidad de evicción por dolo del vendedor.

El vendedor cumple su obligación cuando entrega la cosa vendida, aunque ésta no sea suya, pero responde si el verdadero propietario vence judicialmente al comprador (*evictio*). esta responsabilidad por el hecho de la evicción no pertenece propiamente a la naturaleza originaria de la compraventa, que como vimos es un contrato típicamente mercantil, que versa sobre cosas a propósito de las cuales no se plantea la cuestión de la propiedad, sino que se impone al vendedor mediante estipulaciones especiales añadidas al contrato.

Esta responsabilidad es propia, en cambio, del negocio de adquisición de las *res Mancipi*, es decir, de la *mancipatio*. En efecto, el *mancipio accipiens*, en caso de ser vencido por el verdadero propietario, podía reclamar del mancipante el doble del precio que había figurado en el negocio mediante la *actio auctoritatis*<sup>90</sup>. Cuando la mancipación se hace *nummo uno*, esa acción pierde su objeto, y entonces se deben hacer estipulaciones de garantía, que dan lugar a las acciones que nacen de la estipulación. Este régimen de garantía de evicción mediante estipulaciones es el que se aplica al contrato de compraventa.

La última Jurisprudencia clásica llega a admitir, por la fuerza de la costumbre de estipular por evicción, que la responsabilidad por evicción es un elemento natural del contrato, y que la misma *actio empti* puede servir para exigir tal responsabilidad, aunque no haya habido estipulación de garantía.<sup>91</sup> En este momento, el vendedor que no quiere asumir tal responsabilidad debe pactarlo expresamente (*pacto de non praestanda evictione*) salvo si la venta es de cosa pignorada (o hipotecada), en cuyo caso el acreedor pignoraticio, al vender *iure pignoris*, excluye con ello mismo aquella responsabilidad.

La estipulación para el caso de evicción podía referirse al precio pagado o, como es ordinario en la venta de inmuebles, al *duplum* del precio,<sup>92</sup> pero muy

---

<sup>90</sup> En las fuentes, la *auctoritas venditoris* no presupone siempre la *mancipatio*. la *a.auctoritatis* pudo desaparecer en la época clásica, sustituida por la acción de la estipulación y luego por la misma *a. emptio*; D. 21, 2, 76: *auctoritatem, id est evictionem*; pero no siempre la *auctoritas* es eliminada por los Compiladores.

<sup>91</sup> Sobre "naturalia negotii". Esta conversión de un elemento accidental (la estipulación adjunta) es natural.

<sup>92</sup> Esta *estipulatio (pecuniae) duplae* venía a reproducir el resultado propio de la mancipación; sobre *satisdatio secundum Mancipion*.. Probablemente siguió siendo la forma de garantía corriente en la venta

frecuentemente *stipulatio incerti*, que se refería al valor que la cosa tenía para el comprador que la perdió por evicción: *stipulatio habere licere*. Por ello se obligaba al vendedor a indemnizar la pérdida de ese valor sufrido por el comprador a conciencia de la eventual de reclamación, total o parcial, tanto del mismo vendedor o sus derechos herederos como de cualquier otra persona<sup>93</sup> la *actioempti*, desde que se admite para ese fin, sirve para obtener el mismo resultado de indemnizar el interés del comprador.<sup>94</sup>

*Habere licere* equivale a poder tener como propietario<sup>95</sup>.

Esto implicaba, por tanto, la plena disponibilidad de la cosa, y de ahí que la evicción se dé no sólo cuando el comprador es vencido por el verdadero propietario, si no también cuando sobre él prevalece procesalmente el titular de un derecho real limitado de su propiedad que el vendedor no hubiese declarado.<sup>96</sup> En estos casos, la indemnización debía ser proporcionada a la disminución del valor de la propiedad<sup>97</sup>.

El régimen de la mancipación (y, probablemente, de la *satisdatio secundum mancipium*) era algo distinto, pues en caso de evicción por una *vindicatio servitutis*, a diferencia de la *vindicatio usus fructus*, en cuyo caso respondía siempre (D.21,2,39,5), el mancipante respondía tan sólo si había vendido el fundo como libre de cargas (*uti potimus maximus*<sup>98</sup>): D.18,1,66pr.; cfr.

---

voluntaria de *res mancipi*, pero podía exigirse en otras ventas de *res necmancipi* de elevado valor. En caso de evicción parcial, el *duplum* debía referirse al precio correspondiente a la parte evicta.

<sup>93</sup> Cfr. Es muy probable que esta estipulación fuera, desde muy antiguo, la habitual en la venta de *res nec mancipi*, sin embargo, es difícil decir si es más o menos antiguo que la *stipulatio duplae* que había empezado a aplicarse en los casos menos frecuentes de compraventa de *res mancipi* sin la forma mancipatoria.

<sup>94</sup> No debe excluirse que, en virtud de la *bona fides* contractual, la *a. empti* sirviera para conseguir el *duplum* cuando se trataba de una compraventa de *res mancipi*; cfr. *supra* n.1. Vid. Vacca, en *iura*.

<sup>95</sup> Sobre "*habere*"

<sup>96</sup> A los gravámenes de la cosa vendida puede equipararse la pendencia de una manumisión testamentaria *sub condicione*: D.21,2,69,1. Vid. sobre el *statuliber*.

<sup>97</sup> En caso de prenda (D.21,2,35) se indemniza el valor de la deuda garantizada, con cuyo pago puede el comprador extinguir el gravamen; en caso de usufructo, el valor de los frutos, y en caso de una servidumbre, la estimación de su valor (D.21,2,15,1).

<sup>98</sup> Esta expresión no tiene sentido relativo, de comparación superlativa, sino absoluto: "pleno en sí mismo" que no depende de otro, como en el epíteto de *I(upiter) O(ptimus) M(aximus)* (vid. Radke, en *Rheinisches Museum* 1963p.315) o del *comitiatus* o *praetor maximus* (vid. Magdelain, en *iura* 1969. Pág..257).

*h.t.59; 21,2,75 y 41,1,20,1* (itpp. para sustituir la *mancipatio* por la *traditio*).

Cuando la misma *actio empti* sirve para exigir la responsabilidad por evicción, se considera como contrario a la buena fe contractual que el vendedor que los conoce no declare los gravámenes no aparentes de la cosa vendida<sup>99</sup>.

Este punto de vista, de mala fe del vendedor, produce una cierta aproximación del régimen de la evicción por derechos reales limitados al de los vicios materiales de la cosa vendida, pero su integración sistemática dentro de la segunda categoría<sup>100</sup> es extraña a la mentalidad romana<sup>101</sup>.

El vendedor debe asegurar al comprador por eventuales defectos o vicios ocultos de la cosa vendida. Era frecuentemente combinar con la estipulación por evicción otra en la que el vendedor prometía la ausencia de determinados defectos o la existencia de determinadas cualidades, de lo que resultaba, en caso de ocurrir en la estipulación, una *actio incerti* para exigir indemnización por el defraudado interés del comprador.

En la venta con mancipación, la declaración de la medida del fundo, hecha por el mancipante en su *nuncupatio* (como *lex mancipio dicta*), podía dar lugar, en caso de quedar defraudado el comprador, a una *actio* de modo *agri*, que es por la cuantía del valor mermado, pero con posible *latiscrecencia*<sup>102</sup>. En todo caso, las declaraciones expresas (*dicta*) del vendedor sobre determinadas cualidades de la cosa vendida o la ausencia de defectos en ella, o incluso, sin declaración, el engaño a este propósito causado por el vendedor, podían dar lugar a la *actio empti* con el fin de exigir una disminución del precio o, si el comprador probaba que no hubiera comprado de no haber conocido los defectos ocultos, la resolución del contrato, mediante recíproca devolución del precio y de la cosa. Sólo en época de Justiniano parece haber servido la *actio*

---

<sup>99</sup> D.19,1,1,1;39.

<sup>100</sup> P.ej., Maynz, *Cours de droit romain* II (1877) 297 l.

<sup>101</sup> Obsérvese la separación de los títulos 1 y 2 del libro 21 del Digesto. - Vid. Peralta, *Evicción de las servidumbres prediales en el derecho romano clásico* (1996).

<sup>102</sup> En el derecho arcaico, una *manus iniectio*. En el derecho vulgar, se convierte en una acción penal al *duplum* por la declaración dolosa del vendedor. - Si se quedaba defraudado por otras declaraciones similares de la *nuncupatio* relativas a la existencia de cualidades o ausencia de defectos de la cosa vendida por mancipación, sólo era posible la *a. empti* (vid. *infra*). Sobre el caso de aparecer servidumbres que gravaban el fundo vendido "*util optimus maximus*": 495. Sobre modus, 332n.1.

*empti* contra un vendedor que desconocía los vicios de la cosa vendida.

Un régimen especial, de mayor responsabilidad del vendedor, aparece en el edicto de los ediles curules para las ventas de esclavos y animales mancipables, en relación con la jurisdicción que tenían aquellos magistrados en las controversias del comercio en el mercado<sup>103</sup>.

En las ventas de los esclavos celebradas en el mercado, se exigía del vendedor que declarara abiertamente las enfermedades crónicas (*morbi*) y defectos físicos (*vitia*) no aparentes, o los defectos morales graves del esclavo vendido, así como si se hallaba pendiente de responsabilidad noxal<sup>104</sup>. Si el vendedor se negaba a dar la caución estipulatoria, el comprador podía dirigir contra él, en un plazo de dos meses, una *actio redhibitoria* para resolver el contrato, mediante restitución recíproca de cosas y precontrato de venta de una cosa a prueba (*datio ad inspiciendum*)<sup>105</sup>; ii) el contrato estimatorio (*datio ad estimandum*), por el que quien recibe unas mercancías para revenderlas con propia ventaja en el precio, se obliga a pagar el precio convenido, o, si no las vende, devolver aquéllas que no vendió<sup>106</sup>; iii) el contrato de permuta (*permutatio*) o cambio de una cosa por otra, sin precio en dinero<sup>107</sup>; y otras ventas atípicas.

Se trata, en estos casos, de *dationes ob rem* que han sido

---

<sup>103</sup> D.21,1: de *aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*; CJ.4,58: de *aedilicis actionibus*. -Sobre curules, 25n.2.-Jakab, *Paraedicere und cavere beim Marktkauf: Sachmängel im griechischen und römischen Recht* (1997).

<sup>104</sup> La enfermedad debe ser permanente e impeditiva: *morbus soticus* (D.21,1,65,1; 42,1,60; 50,16,113); especial consideración tenía la epilepsia, que solía detectarse, antes del contrato, mediante pruebas como la del humo de azabache (Apuleyo, apol. 45,4). Entre los defectos morales tipificados como graves tenemos el de ser vagabundo (*erro*), ladrón o mentiroso, tener afición desmedida a los espectáculos o a mirar pinturas (D.21,1,65pr.), andar fugado (*fugitivus*), haber cometido crímenes o luchado con las fieras; también era "vicioso" el esclavo que hubiera intentado suicidarse (D.21,1,1,1, excepto por eutanasia: h.t.43,4, cfr. D.48,21,3,6), pues eso era indicio de que podía matar a otras personas (cfr. 32 y 231 sobre suicidio); etc.

<sup>105</sup> D.19,5,20,1; cfr 498n.5 sobre el pacto de "displicencia".

<sup>106</sup> D.19,3: d *aestimatoria*; este nombre no es clásico. Ni la acción aparecía distinguida en el edicto. En principio, el riesgo de la cosa dada era del accipiente (D.19,3,1,1).

<sup>107</sup> D.19,4; Los sabinianos consideraban la permuta como modalidad de compraventa, y daban las acciones propias de este contrato, pero, al no intervenir un precio en dinero, no se podía distinguir quién era vendedor o comprador. Por consistir en *datio*, en caso de evicción de lo entregado no había propiamente contrato (D.19,4,1,3), y la contraprestación podía ser recuperada por la *condictio* (D.19,4,1,4), Como dación indebida, o reclamar el incumplimiento por la acción contractual y en términos de *cognitio* esta acción contractual se reserva para el caso de que lo entregado estuviera a la venta D:2,14,7,2.

contractualizadas por su integración en el contrato de compraventa. La *a. praescriptis verbis* permitía considerar, a efectos del riesgo atribuible a uno de los dos contratantes, cuál de ellos había tenido interés en la iniciativa del negocio, limitando la responsabilidad a la culpa en caso de interés indiferente. Quedaba así superado el carácter estricto de la *condictio* propia de las *dationes*.

En estos y otros supuestos similares, incluso de prestaciones que no son *dationes*<sup>108</sup>, Justiniano tiende a introducir, como general (*genike agoge*), la *actio praescriptis verbis* de los contratos reales innominados.

a) La obligación más importante del vendedor consistía en entregar el bien, esto es, proporcionar al comprador su pacífica posesión para posibilitar su uso y goce. Era una obligación de *praestare*. A la transmisión pacífica de la posesión había que agregar, por un acto posterior, la transferencia del dominio. Al principio por una *mancipatio* para las *res Mancipi* y una *traditio* para las *res nec Mancipi*. Posteriormente en el derecho justiniano en que desaparece la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, fue la *traditio* la que constituyó la forma para transferir el dominio al comprador siempre que el bien fuere propiedad del vendedor.

b) Lo vendido debía transferirlo con todos sus accesorios y frutos que se produjeron durante la custodia del bien, así como de los perjuicios que pudo haber sufrido por su naturaleza, caso fortuito o fuerza mayor. El vendedor respondía por daños y perjuicios si hubiese incurrido en mora o *culpa levi in abstracto*.<sup>109</sup>

Se consideró normal en las compraventas que el vendedor garantizara al comprador, que no sería molestado o condenado a entregar el bien comprado, como consecuencia de un juicio promovido por un tercero que creyera y alegara tener un mejor derecho sobre el bien.

En su origen el vendedor una vez entregado el bien aunque no fuere propio y aunque el bien hubiere sido reivindicado por el propietario (*evictio*) no tenía ninguna otra obligación, pero si había realizado la *mancipatio* su responsabilidad se hacía efectiva por la *actio auctoritatis* que aquel negocio

---

<sup>108</sup> Por ejemplo en caso de arrendamiento atípico (D.19,5,5,1.).

<sup>109</sup> D.18, 6, 12, 13, 14,15.

engendraba. Para garantizar al comprador la posesión del bien se acostumbraba añadir a la compraventa algunas estipulaciones accesorias para el supuesto de *evicción*.<sup>110</sup> La más común fue la *stipulatio duplae*, por la que el vendedor se obligaba a devolver el doble del precio en caso que al comprador lo despojara del bien. Posteriormente mediante la *actio empti* el comprador podía exigirle al vendedor una garantía estipulatoria y en la época clásica se le otorgó la facultad de reclamar el resarcimiento del daño producido por evicción, con independencia de cualquier estipulación.

a) Saneamiento para casos de evicción. Permitía al comprador exigir al vendedor que saliera en su defensa en juicios, por vicios jurídicos del bien transmitido, cuando un tercero pretendiera hacer valer sus derechos, la negativa del vendedor a comparecer o el triunfo en el juicio por el tercero, hacia surgir la responsabilidad por evicción, que autorizaba al comprador a reclamar los daños y perjuicios que le hubieran ocasionado.

b) La responsabilidad por los vicios ocultos del bien. En su origen también se acostumbró garantizar al comprador con determinadas estipulaciones que se añadían a las garantías de la evicción.

La responsabilidad por los vicios ocultos aparece en el derecho pretorio, en el que edictos de los ediles<sup>111</sup> contemplan su regulación. Según estos edictos el vendedor de esclavos o de animales estaban obligados a declarar en forma expresa los vicios o defectos de lo que vendían, ofreciendo garantías de su inexistencia. Respondía de estos vicios tanto si los ignoraba como si los conocía y no los declaraba, el comprador estaba autorizado a ejercitar la *actio redhibitoria* en el término de dos meses o *la actio quanti minoris* en el término de seis.

### **3.7 Obligaciones recíprocas**

a) Ninguno de los contratantes puede exigir el cumplimiento de su obligación al otro, sin ofrecer cumplir la suya; así, el vendedor que pide el precio

---

<sup>110</sup> El término *evictio* proviene de *evincere*, que significa recuperar una cosa perdida en virtud de una sentencia judicial.

<sup>111</sup> La edilidad curul. Magistratura ordinaria creada entre 366 a.C. ejercida por los ediles, con funciones municipales (vigilancia de edificios públicos, policía de la ciudad, policía de los mercados, etc. Sáinz Gómez Salcedo, José María, Ob. cit, Pág. 54.



tiene que haber entregado el bien u ofrecer entregarlo; y el comprador que reclama éste, tiene que haber pagado el precio o estar dispuesto a pagarlo.<sup>112</sup>

b) La responsabilidad por la pérdida, desaparición o deterioro del bien vendido y aún no entregado se reparte entre comprador y vendedor.

c) Si una de las partes deja de cumplir su obligación ante la otra que cumplió la suya, no puede ésta pedir la rescisión del contrato y puede demandar la satisfacción de lo que se le debe. Sólo mediante pacto expreso pueden las partes acordar que el vendedor pida rescisión del contrato si el comprador no paga el precio dentro de un cierto plazo (*lex commissoria*).

d) En el derecho clásico, la transferencia del dominio del bien al comprador no está supeditada al pago del precio.

### **3.8 Acciones jurídicas que tutelan el contrato de compraventa.**

La *actio redhibitoria* tenía por efecto resolver el contrato volviendo las cosas a su estado anterior (regresar el dinero con sus intereses por parte del vendedor y regresar el bien con sus accesorios o frutos por parte del comprador).

La *actio quanti minoris* también llamada *aestimatoria*, tenía por objeto reducir en forma proporcional el precio del bien de acuerdo con la extensión e importancia de los vicios materiales que la afectaran.

El derecho clásico admite la *actio empti* que ya vimos, para exigir la responsabilidad por los vicios del bien. Finalmente el derecho justiniano, extendió las *actiones redhibitoriae* y *quanti minoris* a la compraventa de toda clase de cosas incluyendo bienes inmuebles.

"Del contrato de compraventa nacían dos acciones de buena fe:

a) La *actio empti* o *ex empto*, a favor del comprador.

---

<sup>112</sup> D.18.4.22; 19.1.13.8; 21.1.31.8; 44.4.5.4; Cl.8.44.5.

El comprador puede exigir el cumplimiento de sus obligaciones al vendedor.<sup>113</sup>

1) El vendedor tiene obligación de entregarle el bien mueble o a ponerle a su disposición material el precio libre de cualquier otro ocupante (*vacuam possessionem tradere*),<sup>114</sup> como arrendatarios o usufructuarios, etc., y a mantenerlo en buen estado. El vendedor no está obligado a convertir al comprador en dueño de lo vendido.<sup>115</sup> Su obligación es de *facere*.

2) El vendedor responde por su *dolus*<sup>116</sup> y *culpa*; responde también por custodia de la cosa mueble entre la celebración del contrato y la entrega al comprador. Si un comprador incurre en mora, la responsabilidad del vendedor se limita al dolo.<sup>117</sup>

3) Con esta acción el comprador no reclama del vendedor el simple valor objetivo del bien sino todo cuanto le interesó tenerla (*in id quod interés*),<sup>118</sup> lo que incluye, las indemnizaciones de todo el daño causado por el incumplimiento total o parcial que pueda imputársele a una inobservancia de la buena fe (*bonae fides*).<sup>119</sup>

b) La *actio venditi o ex vendito*, a favor del vendedor.<sup>120</sup>

En la que el comprador queda obligado al pago del precio, y a los intereses del precio, y a los intereses del precio no pagado, a partir del momento en que le entregaron el bien; asimismo está obligado a pagar los gastos necesarios de conservación del bien en que incurrió el vendendo.<sup>121</sup>

---

<sup>113</sup> D.19.1.11pr.-1.

<sup>114</sup> D.18.1.18.1; 18.1.78.1.

<sup>115</sup> D.18.1.25.1; 19.1.11.8; 19.1.30.1.

<sup>116</sup> D.18.1.68.1-2; 19.1.6.8-9; 19.1.13.4; 19.4.1pr.

<sup>117</sup> D.18.6.17.

<sup>118</sup> D.19.1.1pr.; 19.1.11.9.

<sup>119</sup> D.19.1.1.1.

<sup>120</sup> D.19.1.13.19

<sup>121</sup> Sáinz y Gómez Salcedo, José María .Ob.cit. Págs.. 194-196

## **CAPITULO CUARTO**

### **CASOS ESPECIALES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.**

En el derecho romano encontramos unos casos especiales de compraventa: La doble venta, la compra de un bien propio, *la emptio rei speratae* y la *emptio spei*.

#### **4.1 La doble venta.**

Está se produce cuando un vendedor vendía sucesivamente un mismo bien a dos compradores distintos, prometiendo entregarlos en un futuro concreto. Como la venta no trasladaba todavía la propiedad, para la segunda venta, el vendedor continuaba siendo propietario, lo que permitía que ambas ventas fueran válidas.

#### **4.2 La compra de un bien propio:**

La compra de un bien propio era nula ya que como señala Gayo, lo que es de alguien, no puede llegar a pertenecerle más todavía<sup>122</sup>. Sin embargo encontramos una excepción que permite comprar un bien propio celebrando, en este caso una compra condicional, ante el peligro de perder el bien en cuestión, a consecuencia de un proceso pendiente.<sup>123</sup>

#### **4.3 La *emptio rei speratae*.**

Compra de una cosa futura, todavía inexistente o simplemente determinada en el momento de la celebración del contrato. Que obtenía eficacia cuando la cosa esperada llegaba a existir.

---

<sup>122</sup> Inst. IV. 6.14

<sup>123</sup> D.18.1.62.

#### 4.4 La *emptio spei*,

Era eficaz aún cuando el objeto nunca llegara a existir, se trataba de un negocio aleatorio o de una compra de esperanza,<sup>124</sup> es decir, la compra de una posibilidad donde el objeto de la misma sea sólo una expectativa en el presente. (El maestro Guillermo Floris Margadant nos da un claro ejemplo de esta figura al mencionar la compra de un billete de lotería).

#### 4.5 Clasificación de los pactos y su concepto.

En el Digesto, bajo el título “*De Pactis*”, se encuentra la antigua denominación, aunque en la época de los compiladores había sido rebasada, por la evolución ulterior del instituto, y así se dice: “Más dicese pacto de *paction*; de donde también se apellidó el nombre de paz”.<sup>125</sup>

Ulpiano, define el *pactum* como “un acuerdo y consentimiento de dos o más acerca de lo mismo” (*duorum pluriumve in idem placitum et consensu*).<sup>126</sup>

Pero inmediatamente y a renglón seguido se da el concepto de pacto en el derecho nuevo que coincide con el de convención; “y es pacto el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida”.<sup>127</sup>

El verbo *convenire* significa “venir juntamente a”, “coincidir en un lugar”, es decir “reunirse”; por analogía, terminó por también decir “llegar a un acuerdo”. De *convenire* deriva *conventio* (convención, acuerdo)<sup>128</sup>.

##### 4.5.1 Definición de pacto, según diversos autores

El maestro Luis Alberto Peña y Guzmán nos comenta: De *pax* “hecho de

---

<sup>124</sup> Art. 2309 del Código Civil del Distrito Federal.

<sup>125</sup> Ulpiano comentarios al edicto, libro IV, D. 2, 14,1, 1.

<sup>126</sup> D.2.14.1.2; cfr.D.50.12.3pr.

<sup>127</sup> D.2.14.1.2

<sup>128</sup> D. 2. 14.1.3. Ulpiano.; “porque así como se dicen convenir los que vienen a un mismo lugar desde diversos lugares y se reúnen, así también los que a partir de diversas motivaciones del alma consienten el algo único, esto es, concurren en un mismo parecer” (*Nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt*).

acordar cesar las hostilidades los contendientes”, derivan dos verbos: *pacere* (conocido por la ley de las XII Tablas) y *paciscor*, ambos traducidos traducibles como “hacer la paz” en el sentido de poner fin a las hostilidades mediante un acuerdo. La palabra *pactum* como sustantivo, es el participio pasado de *paciscor*, de modo que significa “lo pactado, esto es, lo acordado en orden a cesar las hostilidades. En época clásica significa simplemente “acuerdo” y en este sentido se identifica con *conventio*; incluso se habla de *pactum conventum* “pacto convenido”.

Por su parte el maestro Arangio Ruiz dice que, “En su antiguo y técnico significado, el sustantivo *pactum* expresa, como el antiguo verbo *pacere* y también el más moderno *pacisci*, un acuerdo realizado entre dos personas que estaban jurídicamente vinculadas, para disolver esa relación preexistente de derecho.”<sup>129</sup>

En la ley de las XII tablas se emplea la expresión, al tratarse la posibilidad de una composición, para evitar la ley del talión en las lesiones graves.<sup>130</sup> “Si hay miembro roto, y no se ha pactado con la víctima, aplíquese el talión”.

Sin embargo no tenemos elementos para resolver cuál era en detalle la aplicación de este sistema.

En el derecho pretorio también se emplea la palabra a propósito del *pacto de non petendo*<sup>131</sup> en la misma acepción antigua, no creadora, sino extintiva de obligaciones y acciones.

Pronto se comienza a darle al vocablo otras acepciones y contenido empleándose en general, para referirse a todo acuerdo de voluntades no formal, tanto tenga por objeto crear obligaciones, como modificar las emergentes de un

---

<sup>129</sup> Arangio Ruiz, *Instituzioni di diritto romano*, Napoli, 1947, Págs. 353 y sigts.

<sup>130</sup> Tabla VIII, 2. *Las Leyes de las Doce Tablas*. Ledesma Uribe, José de Jesús.

<sup>131</sup> El *pacto de non petendo* (pacto de no pedir) es considerado un pacto de remisión o condonación de deuda. Consiste en un acuerdo de voluntades no formal entre acreedor y deudor por medio del cual el acreedor prometía no exigir al deudor el cumplimiento de la prestación debida, debía alegarse *in iure* e insertarse en la fórmula, la cual extinguía la obligación *exceptionis ope*. Si el demandado no lo insertaba en la fórmula no podía alegar ante el juez su existencia.

contrato anterior o simultáneamente concluido, bien tenga relación con las etapas de formación, perfeccionamiento, cumplimiento del mismo, o finalmente se refiere a la extinción de obligaciones.

Este sistema fue ordenado por los glosadores y comentaristas, y de su exégesis nacieron clasificaciones y distinciones.

El ilustre Luis Rodolfo Argüello nos señala que “el acuerdo de voluntades entre dos o más personas realizado sin formalidad alguna (*duorum pluriumve in idem placitum et consensus*), llámase en las fuentes romanas pacto (*pactio, pactum o pactum conventum*).”<sup>132</sup>

Finalmente el maestro José María Sáinz y Gómez Salcedo define al pacto en su origen, como “Un acuerdo de voluntades que solo podían producir obligaciones, si se ajustaban a las normas reconocidas por el *ius civilis* o el *ius gentium*. Más adelante el pretor les otorga acciones, y *exceptiones*, posteriormente las constituciones imperiales concedían una *actio ex lege*.”<sup>133</sup>

Observamos que muchas de las disposiciones que hoy integran la naturaleza de un contrato, y que rigen como derecho supletorio, tuvieron origen en pactos para los cuales el sistema romano creó una elaboración doctrinaria especial.

Entrando directamente a la clasificación de los pactos, diremos que es menester referirse previamente a la clásica distinción entre contrato de buena fe y contrato de derecho estricto, que ejerce su influencia sobre los efectos jurídicos de estas convenciones en forma relevante.

Las acciones de derecho estricto son acciones personales, derivadas del antiguo derecho civil, nacidas de una obligación unilateral y que tiene en la mayor parte de las veces por objeto un *certum*, como en el caso de la *condictio certi ex stipulatu*.

Los contratos de buena fe dan origen a las acciones del mismo nombre,

---

<sup>132</sup>D. 2, 14, 1,1 Argüello, Luis Rodolfo. Ob. cit. Pág. 304.

<sup>133</sup> Sáinz y Gómez Salcedo, José María. Ob. cit..Pág.. 97

estaban acompañados en su fórmula, que es incierta, por una cláusula especial, por ejemplo actio de *pecunia constituta*, *actio emti* y *venditi*.

En las acciones de derecho estricto la *causa obligationis* da el contenido de la demanda del actor y se sancionan frecuentemente por medio de *condictionis*. En las acciones de buena fe el juez tiene un amplio campo de apreciación. La evolución del derecho está orientada en el sucesivo desplazamiento de las acciones de derecho estricto por las de buena fe. La distinción subsiste todavía en las Institutas de Justiniano.

Los contratos de derecho estricto son formales y solemnes y en su mayoría unilaterales como lo ha observado muy bien Paturini;<sup>134</sup>

El pacto es ante todo, cuando tiene la calidad de adjunto, un elemento perturbador, activo, que actúa más o menos enérgicamente según los casos y desde ya debemos advertir que las diversas especies de contratos, ya sean de derecho estricto o de buena fe ofrecerán una fuerza mayor o menor de resistencia a su penetración.

Una clasificación referida a las características intrínsecas de los pactos, sobre la cual ha actuado mucho la exégesis de los glosadores, es la de: pactos *secundum naturam* o *contra naturam contractus*.

Para comprenderla es menester buscar primero que debe entenderse por naturaleza del contrato. Monier y Platón en su estudio sobre "*La meditatio de nudis pactis*" han ensayado su búsqueda.<sup>135</sup>

Alguna luz, ya arroja el siguiente texto de Paulo:

"En las compras sabemos que debe hacer el vendedor y que, por el contrario, el comprador; pero si al contrario se hubiese exceptuado alguna cosa, deberá observarse".<sup>136</sup>

El fragmento debe entenderse en el sentido de que, habiendo acuerdo de

---

<sup>134</sup>Paturini. *Pactes et Contrats*, op. cit. p.8

<sup>135</sup> "*La meditatio de nudis pactis*", es de autor anónimo bizantino.

<sup>136</sup> D, 2, 14, 43.

partes sobre la cosa y el precio, está concluido el contrato de compraventa, aunque las partes nada digan sobre el resto: entrega de la cosa, pago del precio, garantía de evicción, etc. Porque todas ellas son consecuencias necesarias de la contratación, inherentes a la naturaleza jurídica del contrato. Corresponden a los resultados jurídicos del acto tal como deben observarse según la ley, y son tácitamente supuestos aunque las partes nada hayan dicho sobre el particular y aunque ni siquiera los conozcan. Debemos ahora distinguir entre la naturaleza y la esencia o substancia del contrato.

Todas estas consecuencias tácitas o forzosas del contrato no son esenciales al mismo. Las partes pueden modificarlas libremente, por ejemplo pactar que no se deberá la garantía por evicción o por vicios redhibitorios e incluso, modificar las disposiciones sobre los riesgos.

Pero su voluntad está limitada por las cláusulas prohibitivas de la ley y por el orden público y las buenas costumbres. Las partes, además, no pueden, sin adaptarse a otro régimen jurídico, modificar la esencia que es lo que cambia el tipo de contrato.

Hemos dado ya el concepto de *naturalia*. Dejemos dicho, para completar el cuadro, que los *accidentalía* son aquellos elementos que, no formando parte de los dos anteriores, sólo integran la contratación cuando hay una manifestación que expresamente los incluye.

O sea: Los *essentialia* son aquellos elementos que integran la propia substancia del contrato, por ejemplo el precio y la cosa en la compra-venta,<sup>137</sup> los *naturalia* son aquellas disposiciones, no esenciales, pero que sin embargo, salvo la voluntad contraria de las partes, integran tácitamente la contratación, por ejemplo la entrega de la cosa y el pago del precio, la garantía por evicción, etc., sobre las que los particulares pueden hacer toda especie de convenios; y, finalmente los *accidentalía* comprenden toda la infinita gama de modalidades que pueden introducirse para completar el negocio jurídico.

Un texto de Emilio Papiniano ilustrará la exposición, y nos referimos a él

---

<sup>137</sup> Sin embargo es posible a veces cambiar el "*quantum*" de uno de estos elementos, por ejemplo, aumentar o disminuir el precio, Huvelin, "*Tours elementaire de Droit Romain*", tomo II, pág. 173.



porque precisamente analizando su contenido fue que se efectuó por los glosadores, la triple distinción:

“Los pactos convenidos que, hechos después, quitan alguna cosa a la compra, se consideran que se contienen en el contrato, pero los que la añaden creemos que no se comprenden. Lo cual tiene lugar respecto de las cosas que son accesorias de la compraventa, por ejemplo que no se preste la caución del duplo, o que con fiador se preste la caución del duplo; pero en el caso en que el demandado sea el comprador no es válido el pacto, tendrá el mismo su fuerza por derecho de excepción demandándole el vendedor. No sin razón se preguntó si podía decirse lo mismo, habiéndose aumentado o disminuido después del precio, porque el precio consiste la esencia de la compra. Paulo observa: si estando todo íntegro se convino de nuevo en aumentar o disminuir el precio, se considera que hubo separación del primer contrato y que medió nueva compra”.<sup>138</sup>

Otra distinción elaborada desde la primera época es la de pactos adjuntos *in continente* y pactos adjuntos *ex intervallo*.

Se consideran pactos adjuntos *in continenti* a aquéllos que se han concluido conjunta o inmediatamente después que la contratación original, por ejemplo al recibir la cantidad prestada en el mutuo – para citar el caso más frecuente y controvertido – el deudor pactó y estipuló que pagaría los intereses.

Pactos unidos *ex intervallo* son todos aquéllos que –por variación de la voluntad de las partes– se agregaron después– y para citar otro ejemplo también común: el cambio de lugar para el pago que debía de hacerse en Roma y se traslada a Damasco.

Otra distinción, la clasificación de *pacto nudo* y *pacta vestita*:

Los primeros desprovistos de acción, darían lugar a la *exceptio* propiamente dicha, esa es por lo menos la definición que de ellos da el Digesto:

“Pero cuando no subsiste alguna causa, es sabido que entonces por la convención no puede constituirse obligación”. Por consiguiente el nudo pacto no produce obligación pero produce excepción.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> D., 18, 1, 72.

<sup>139</sup> D., 12, 14, 7, 4.

#### **4.5.1.2 Los pactos nudos (desnudos o simples).**

(No reconocidos por el *ius civile*)

No puede hablarse con propiedad en la época de Justiniano de pactos nudos. Todos los pactos están sancionados, aunque en distinta forma.

Puede hablarse únicamente de que, ciertas categorías están mejor protegidas que otras lo que, por otra parte, también ocurre en el derecho moderno.

En el derecho Justiniano, si el pacto nudo no producía acción cuando menos ofrecía una defensa a producir una excepción.

La preocupación del compilador por prohibir ciertas categorías de pactos, por el carácter ilícito o inmoral del objeto o de la causa, y la frecuencia con que amenaza con la nulidad de los mismos, está demostrando que quiere quitarle a esas convenciones contractuales los efectos de derecho que estaban llamadas naturalmente a producir dentro de un régimen donde los pactos se están convirtiendo en una fuente prodigiosa de derechos y de obligaciones.

Encontramos en Roma, algunos singulares pactos, como son los pactos de juegos y apuestas.

Entrando a una definición jurídica del pacto de juego, debemos desde ya excluir al mismo como mera distracción o pasatiempo que permite a las personas una diversión honesta y un reposo útil. No existe contrato de juego considerable, jurídicamente hablando, salvo si entra un nuevo elemento: el afán de lucro.

Puede ser definido entonces como una convención por la cual aquél que pierda, se obliga a entregar al ganador un bien (a menudo dinero) apreciable económicamente, y como indemnización de los riesgos que ha corrido el ganador en una lucha donde las posibilidades eran o se consideraban iguales.

El vencedor no debe dar nada en cambio, pero sin embargo el contrato no es a título gratuito, por que se paga el precio del riesgo y no hay ninguna intención de hacer una liberalidad.

Podemos definir a “la apuesta” como una convención por la cual diversas personas, no tienen que ser forzosamente dos, que difieren en la opinión sobre un punto cualquiera, pactan que aquél o aquéllas cuya afirmación sea reconocida como contraria a los hechos reales, pagarán a la otra u otras una determinada suma de dinero, o entregará una cosa determinada.

Va de suyo en esta definición que, aunque generalmente el pacto de apuesta tiene un objeto estipulado en dinero, nada obsta a que se apuesten toda clase de cosas. La apuesta, a diferencia del juego, no fue objeto de prohibición rigurosa.

Entre los pactos prohibidos los romanos colocaban el pacto de sucesión futura. Dos disposiciones se refieren al mismo: una recogida en el código bajo el Título “De las obligaciones verbales”, y otra en el digesto dentro del Título “De las estipulaciones inútiles”.

Las dos tienen de común que tratan incidentalmente el tema al estudiar la estipulación y el asunto tiene su explicación, pues pacto y estipulación, especialmente en el Código, han terminado por fundirse completamente.

No puede ser objeto de un pacto o contrato el derecho de suceder por causa de muerte a otro. Es ilícito. La disposición es más amplia. Nuestro código tiene una similar.

Por el desarrollo económico de Roma un mayor número de pactos recibieron eficacia jurídica. A los originalmente nudos o desnudos que alcanzaron tal categoría, se dividieron en tres grupos: adjuntos, *pretorios* y *legítimos*, a los que se les denominó: pactos vestidos (*pacta vestita*), y que estaban dotados también de una *actio*.

#### **4.5.1.2 Los pactos vestidos**

La intensa vida económica de Roma, dio por resultado que a un determinado grupo de pactos, cada vez mayor, recibieran eficacia jurídica. Los originalmente nudos que alcanzaron esta categoría, por medio de esta eficacia jurídica, fueron los denominados *pacta vestita*. Hablaremos brevemente de éstos, en sus definiciones y

afinaremos su estudio un poco más adelante.

La expresión pacto vestido es extraña a la compilación justiniana y ha sido aplicada por la escuela posterior. El pacto vestido es aquél que produce acción, revistiéndose de la forma de ciertos actos o contratos; lo más frecuentemente de la forma es la estipulación. Hablaremos ahora precisamente de estos pactos vestidos, en la clasificación muy en boga entre los tratadistas del siglo XIX y aún en los actuales.

### **Estos pactos vestidos son: adjuntos, pretorios y legítimos<sup>140</sup>**

#### **a) Los pactos adjuntos, agregados (Adyectos)**

Estos pactos tienen una variedad infinita de formas y posibilidades de manifestarse, casi tantas como la de la expresión de la voluntad humana, puesto que en contratos de buena fe, el juez debía tener en cuenta la propósito de las partes y las demás circunstancias del caso, era natural que los pactos concertados por las partes en el momento de celebrarse un contrato de buena fe, tuvieran eficacia procesal, en especial la compraventa. Para que tales pactos se incorporaran al contrato principal, empero, era indispensable que se celebraran en el mismo momento que el contrato mismo: *in continenti* (en contrato).<sup>141</sup>

Los pactos adjuntos se examinan preferentemente en atención a la compraventa, que es donde están mejor individualizados, y se señala: “que es imposible determinar *a priori* las diversas especies de pactos adjuntos, cuyo número es tan ilimitado como la libertad de la voluntad humana”.<sup>142</sup>

Brevemente citamos aquí a la condición resolutoria como fuente principalísima de pactos adjuntos y hacemos una referencia también a los pactos dentro de los modos de adquirir el dominio.

---

<sup>140</sup> Charles Maynz “*Traite des obligations d’après le Drots Romain*”, publicada en 1859 en Bruselas y Paris.

<sup>141</sup> Margadant, Guillermo F. Ob. cit. Pág. 352.

<sup>142</sup> Charles Mayns. Ob cit. Pág. 120.

Jurídicamente el acto bajo condición resolutoria se descompone en dos: el contrato y el pacto que contiene la modalidad. El pacto, como es de su esencia en estos casos, queda en suspenso mientras el acontecimiento futuro e incierto no se realiza.

Dentro del régimen romano, como del nuestro, el simple pacto, esto es la simple convención no es suficiente para adquirir el dominio, - debe agregarse un modo: la mancipación,<sup>143</sup> la *in jure cessio*,<sup>144</sup> la tradición<sup>145</sup> (*traditio*), según la naturaleza de los bienes y las épocas.

## **b) Los pactos pretorios**

El pretor en virtud de su *Imperium* estaba autorizado a tomar, dentro de la esfera de sus atribuciones las medidas que le parecieran útiles para el bien público. De ésta facultad y en virtud del *ius edicendi*,<sup>146</sup> se sacaron los medios para ir renovando al derecho romano.

No debemos de caer en el error de creer que todo el derecho pretorio (también llamado derecho honorario),<sup>147</sup> se resume en el edicto del pretor. El *ius edicendi* pertenece en general a los magistrados y dictan edictos también –entre otros– los ediles curules, los cuestores en provincias y especialmente los gobernadores.

Cuando hablamos de pactos pretorianos nos referimos especialmente a aquéllos que fueron recogidos y sancionados en el edicto del pretor.

---

<sup>143</sup> Forma solemne de adquirir la propiedad quiritaria, de forma derivativa. Consistía en el cambio de un bien o cosa por una suma de dinero. Acto que debía realizarse en presencia del pueblo, reservada solo a ciudadanos romanos. En la época clásica consistía en una ceremonia simbólica, que se realizaba *per aes et libram*.

<sup>144</sup> Pleito ficticio por el cual dos personas podían transmitir la propiedad de *res Mancipi*, *res nec Mancipi* y *iura in re aliena*.

<sup>145</sup> Modo de adquirir la propiedad del *ius gentium*, que consistía en la entrega de un bien o cosa con la intención concordante de las partes.

<sup>146</sup> Era el derecho que tenían los magistrados para determinar la norma que debía ser aplicada en una relación jurídica. Eran edictos señalados en una pared blanca, conocido como álbum.

<sup>147</sup> En la época de la república a los magistrados especialmente los pretores, encargados de la administración de la justicia civil, ejercían su función por un año en forma gratuita, por lo que debían contentarse con el honor de ocupar un puesto público. De ahí que las magistraturas fueran consideradas honores, de donde recibió el Derecho Pretoriano el nombre de Derecho Honorario. Sáinz y Gómez Salcedo, José María. Ob Cit. Pág 52

Los autores estudian en particular tres de ellos que han llegado a ser clásicos; el *constituto*, el *receptum* con sus tres variedades, y el pacto de juramento.

1) *El constitutum debiti*. Consistente en la promesa de pagar, dentro de un plazo una suma de dinero, o de otras cosas fungibles, ya sea adeudadas por el promitente (*constitutum debiti proprii*) o que debía un tercero (*constitutum debiti alieni*). En la antigüedad servía especialmente para formalizar una prórroga de un contrato existente.

Los efectos de la promesa se supeditaban a la existencia de la obligación en cuya base se formulaban, no importando que estuviera amparada por una acción. El *constitutum* acumulaba una *actio iure praetorio*, la *actio de pecunia constituta*, a la acción protectora de la precedente obligación, de forma que ésta no era sustituida por la que nacía de aquél. Al cumplir con una de las deudas se extinguía la otra. En la actualidad no está contemplada en el derecho moderno.

2) El *receptum*. Negocio que se presentaba cuando una de la partes asumía una responsabilidad a través de un pacto. Encontramos diferentes modalidades de ésta figura, tuteladas por el pretor, concediendo acciones para hacer cumplir las obligaciones comprometidas por el contratante.

Así encontramos el *receptum argentarii*, por el cual un banquero se obligaba a pagar una cantidad de dinero por un cliente; *receptum arbitrii*, en el que una persona se comprometía a decidir una controversia en calidad de árbitro; *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, en que los transportistas, hoteleros o arrendadores de establos se hacían responsables de mercancías, equipajes o animales confiados a su custodia.

3) El pacto de juramento, se presentaba cuando las partes en litigio se declaraban de acuerdo para dirimirlo, haciéndolo depender de la fe del juramento de una de ellas. El pacto de juramento podía exigirse mediante *una actio in factum* y daba una *exceptio* para destruir la acción que intentaba hacer valer quien había prestado el juramento y no lo cumplía.

Podemos citar ejemplos de acciones pretorianas que se han vuelto civiles, pero no de civiles que se hayan transformado en pretorianas.

Durante el Bajo Imperio se sancionaron directamente por la ley dos pactos: el de constitución de dote y el de donación.

La dote se constituye entre vivos de tres maneras distintas; por vía de dación, por la *dictio dotis* y por estipulación. Nos interesa destacar que en el Bajo Imperio y desde Teodosio II, la dote puede constituirse por un simple pacto.

#### 4.5.1.3 Los pactos legítimos

Los pactos legítimos.- Son aquéllos confirmados por una ley y la definición se encuentra en Paulo.<sup>148</sup> “Es convención legal la que se encuentra confirmada por alguna ley; y por tanto, a veces por el pacto nace o se pierde una acción, siempre que este apoyado en ley o en senadoconsulto”.

Los términos “*pacta legitima*”, se refieren especialmente a pactos sancionados por constituciones imperiales y cuya ejecución podía hacerse efectiva por una *condictio ex lege*.

Su número es poco considerable y abstracción hecha de algunos casos un poco rebuscados, nos quedan dos: los pactos de donación y los dótales.

La dote y la donación por ser actos gratuitos fueron reconocidas con fuerza procesal en la época postclásica, cuando se cerró el marco de los pactos obligatorios.

1) El *pactum dotis*. (promesa de dotar) por el que una persona prometía otorgar una dote, y que alcanzó eficacia obligatoria desde el emperador Teodosio II.

2) El *pactum donationis*. (promesa de donar) por el que una persona, el donante, realiza a favor de otra, el donatario, derechos patrimoniales con el fin de beneficiarlo.

---

<sup>148</sup> D., 2, 14, 6.

3) El *pactum ex compromisso*. (pacto de compromiso) por el cual las partes se obligaban a someter la decisión de un pleito a la opinión de un árbitro y que desde el emperador Justiniano, alcanzó eficacia obligatoria. (este pacto es incluido por algunos autores, como Rodolfo Sohm).

En la medida en que estos pactos fueron reconocidos en el derecho pretorio, civil e imperial, en el momento de otorgarles una *actio* se convierten en actos jurídicos normativos y se va ampliando el inventario de dichos pactos. De ahí se recibirán en el derecho contemporáneo. Vemos pues, la importancia que va asumiendo poco a poco la relativa pero creciente autonomía de la voluntad de los particulares.

#### 4.6 Pactos adicionales al contrato de compraventa

Al contrato de compraventa podían agregársele cuantos pactos lícitos se deseen (*pacta adjecta*), haremos mención de algunos de estos.

a) El *pacto in diem addictio*<sup>149</sup> (pacto de adjudicación a término).

Por el cual el vendedor se reserva la facultad de tener por no vendido el bien, si dentro de un cierto plazo se presenta un nuevo comprador que ofrece mejores condiciones que el primero. Por *melior conditio* se entiende un precio mayor o al contado o pagadero en un lugar más cerca o se ofrece mayor solvencia o si da cauciones mejores, etc.<sup>150</sup>

Sin embargo el primer comprador tiene la posibilidad de igualar las mejores condiciones ofrecidas por el nuevo, para lo cual el vendedor debe informarle de esta oferta.<sup>151</sup> El vendedor no está obligado a aceptar la nueva oferta, pero puede pactar que un vez hecha, sea posible al comprador desistirse aunque el vendedor quiera rechazar la nueva oferta,<sup>152</sup> (esta modalidad se originó en las subastas de bienes públicos, que solían durar varios días, se usaba adjudicar el bien al primer mejor postor en forma provisional, mientras no

---

<sup>149</sup> D.18.2; Cl.4.54.

<sup>150</sup> D.18.2.4.6.

<sup>151</sup> D. 18.2.7; 18.2.8.

<sup>152</sup> D.18.2.9.



apareciese otro mejor aún antes del último día de la subasta, en que el contrato quedaba entonces confirmado.

b) *Las arrae, arrhae* (las arras).<sup>153</sup>

Este pacto de origen helenístico, ingresó en la costumbre romana y consistía en la entrega de una pequeña suma de dinero o un objeto (anillo) por parte del comprador al vendedor. En el derecho romano clásico el consentimiento en torno al bien y el precio formaba el contrato perfecto y no cabía el desistimiento unilateral; con o sin arras la parte perjudicada disponía de una acción para obligar a la contraparte al cumplimiento. Si el comprador entregó dinero como arras, puede descontar la cantidad del precio que paga y el vendedor debe imputarlas al precio que cobra; si el comprador entregó un objeto cierto y paga el precio puede reclamarlo del vendedor mediante la acción de la compra misma (*actio empti*), e incluso, según Ulpiano, a través de la *condictio*, por qué entonces el vendedor carece de causa para retener las arras,<sup>154</sup> en caso de incumplimiento del contrato el vendedor puede retener las *arras* pero después restituirlas o imputar el dinero al cobro del precio.<sup>155</sup>

c) El pacto comisorio (*lex commissoria*).<sup>156</sup>

Por el cual el vendedor se reserva la facultad de tener por no comprado el bien, si el comprador no paga el precio total dentro de cierto plazo, de modo de poder recuperar o de no entregar el bien.<sup>157</sup>

d) El pacto de retroventa. (*Pactum de retrovendendo*)

Que permite el vendedor reservarse el derecho de volver a comprar el bien dentro de cierto plazo o en caso de realizarse determinada condición.

---

<sup>153</sup> *Arra*. Es forma popular de *arrabo*, transliteración del griego *arrabón*, que lo es a su vez de una expresión semítica que significa “garantía”.

<sup>154</sup> D.19.1.11.6.

<sup>155</sup> Cl.4.45.2.

<sup>156</sup> D.18.3; Cl.4.54.

<sup>157</sup> Art. 2312 del Código Civil del D. F.

e) El pacto de reventa (*pactum de retroemendo*)

Por el cual el comprador se reservaba el derecho de obligar al vendedor a volverle a comprar lo que le había vendido dentro de un plazo establecido

f) El *pactum displicentiae*

Por el cual el comprador se reservaba el derecho de rescindir la compraventa dentro de cierto plazo si el bien no le satisfacía.<sup>158</sup>

g) El pacto de preferencia (*pactum protimeseos*)

Que otorgaba al vendedor preferencia sobre toda otra persona para el supuesto que el comprador decidiera vender el bien.<sup>159</sup>

h) El pacto de no enajenar (*Pactum de non alienando*)

En el que el comprador quedaba obligado a no enajenar el bien adquirido a persona alguna.

---

<sup>158</sup> D.18.5.6. 0.

<sup>159</sup> Art.2303 y 2308 del Código Civil del Distrito Federal.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El derecho procesal romano nos habla de la diferencia entre acciones reales (que sirve para reclamar lo que a uno le pertenece) y las acciones personales (en las que se exige lo que otra persona le debe). La doctrina moderna se refiere a los derechos reales y los derechos personales.

**SEGUNDA.-** Tenemos en las Instituciones de Justiniano la primer definición de obligación que se le atribuye al jurisconsulto Florentino (siglo II) que expresa *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicui solvendae rei secundum nostra civitatis iura*, es decir, la obligación es el vínculo jurídico que nos constriñe con la necesidad de pagar alguna cosa según el derecho de nuestra comunidad política. Aunque la anterior definición de obligación tiene diferentes críticas o carencias, contiene el valor indiscutible de ser la primera definición que sobre el tema se elaboraba y, constituye la estructura básica de la Teoría de las Obligaciones.

**TERCERA.-** La obligación es un vínculo jurídico por el cual se encuentran unidas dos o más personas de las cuales una de ellas (sujeto activo o acreedor) está facultado para exigir a otra (sujeto pasivo o deudor) la prestación de un hecho consistente en un dar, hacer, prestar, no hacer o en un tolerar, y que tiene el deber jurídico de observar dicho comportamiento, lo que va a tener como fin último la afectación del patrimonio del deudor.

**CUARTA.-** La obligación nació como producto del delito. En un principio, la comisión de un delito hacía surgir a favor de la víctima o de su familia, un derecho de venganza siendo en sus inicios rígido e injusto, Posteriormente, nace un sistema denominado de composición en concepto de pena, mediante el cual el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza, como garantía del cumplimiento, un miembro de la familia del culpable quedaba atado “ob ligatus” en la domus de la víctima en calidad de rehén. Por lo que concluimos que la obligación antigua era una atadura que garantizaba el cumplimiento de prestaciones que nacían de los delitos.

**QUINTA.-** Al irse desarrollando en Roma, la práctica de garantía, se extendió al ámbito comercial denominándose *nexum* (significa nudo o el acto de atar, que aludía a la sujeción del deudor). Este sometimiento físico ocasionaba,

que en caso de incumplimiento el deudor pudiera perder la libertad e incluso la vida. Esto fue prohibido con la promulgación en el 326 a. C., de la *Lex Poetelia Papiria* que prohibió la venta del derecho de dar muerte al deudor incumplido estableciéndose además la circunstancia de que una persona sólo respondiera con sus bienes por aquellas obligaciones que hubiera contraído salvo que estas provinieran de un delito. Este principio se encuentra consagrado en el último párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala: Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

**SEXTA.-** Los elementos esenciales de la obligación son: el vínculo jurídico que permite constreñir al deudor al cumplimiento, los sujetos: activo (acreedor); puede haber uno o varios y pasivo (deudor), también puede haber uno o varios y el objeto (que consiste en un dar, hacer, prestar, no hacer o en tolerar).

**SEPTIMA.-** En las instituciones de Justiniano encontramos una clasificación de las fuentes de las obligaciones, las cuales son agrupadas en cuatro grandes categorías: “las obligaciones o nacen de un contrato, de un cuasicontrato o de un delito o de un cuasidelito (*sequens diviso in quatur species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu; aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*).

**OCTAVA.-** En los textos romanos existen diversas expresiones que pueden tener un significado similar, refiriéndose, al acuerdo de voluntades entre dos a más sujetos: convención (*conventio*), pacto (*pactum*) y contrato (*contractus*). Pero que difieren, según la amplitud de su género, de su especificidad y de sus medidas de protección de cada uno de estos.

**NOVENA.-** El término “convención” (*conventio* de *convenire*, a su vez de *cum venire*) significaba el acto por el que varias personas se reunían en asamblea o en privado y se ponían de acuerdo o por el cual una persona pasaba a depender de otra (*conventio in manum*).

**DÉCIMA.-** *Pactum* o *pactio* viene de *pacisci*, hacer las paces, tratar reunidos, ponerse de acuerdo. Ulpiano define el *pactum* como “un acuerdo y consentimiento de dos o más acerca de lo mismo” (*Et est pactio duorum*

*plurimumve in idem placitum consensus*). En la terminología clásica *pactum* significa “compromiso” y también todo pacto adicional.

**DÉCIMO PRIMERA.-** Consideramos que el contrato es un acuerdo de dos o más personas con el fin de constituir una relación obligatoria reconocida por la ley. Sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1793 establece que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

**DÉCIMO SEGUNDA.-** Los elementos esenciales del contrato en Roma son: sujetos (activo y pasivo), consentimiento, objeto, causa y forma. Los vicios que pueden afectar a cada elemento son: la incapacidad en el caso de los sujetos; el error, el dolo, la intimidación y la lesión afectaban el consentimiento; el objeto era viciado por ser física o jurídicamente imposible, ilícito, no valuable en dinero y no ser determinado o fácilmente determinable; y los vicios de la causa y la forma eran la ausencia de estas. Actualmente y de conformidad con lo que señala el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal vigente para que exista un contrato se requiere: consentimiento y el objeto materia de dicho contrato.

**DÉCIMO TERCERA.-** Los contratos del derecho civil y del derecho de gentes, durante la época clásica romana, se limitaban a las categorías mencionadas en las Institutas de Gayo, a los contratos *verbis* (verbales), *litteris* (literales), *re*(reales) y *consenso* (consensuales).

**DÉCIMO CUARTA.-** Posteriormente, el contrato romano se diversificó en distintos tipos: los contratos formales, los contratos reales, los contratos consensuales y los contratos innominados. También los pactos, convenciones desprovistos de protección, llegaron a formar parte del sistema contractual romano.

**DÉCIMO QUINTA.-** Tradicionalmente se consideran contratos innominados: 1. *Do ut des* (doy para que des).- Cuando la prestación cumplida y la que a cambio debe cumplirse, tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa. 2. *Do u facias* (doy para que hagas).- La prestación cumplida consiste en una transmisión de propiedad, mientras la prestación esperada tiene por objeto un determinado comportamiento. 3. *Facio ut des* (hago para que des)- Una persona se declaraba dispuesta a prestar ciertos servicios,

a cambio de que la otra persona le prometiera algún objeto, que no podía ser dinero.4. *Facio ut facias* (hago para que hagas).- El convenio respectivo de intercambio de servicios solo producía acción cuando alguna de las partes cumplía con lo pactado y, no por el simple acuerdo de voluntades.

**DÉCIMO SEXTA.-** Dentro de los contratos consensuales destaca el contrato de compraventa el cual puede definirse como aquél en virtud del cual una persona llamada vendedor (*venditor*), se obliga a transferir a otra, llamada comprador (*emptor*), la posesión de una cosa mueble o inmueble (*merx*) y asegurar el goce pacífico y definitivo de la misma (*habere licere*) a cambio de una suma de dinero (*pretium*) que el comprador se obliga a transmitirle en propiedad.

**DÉCIMO SÉPTIMA.-** Este contrato aún y cuando presenta algunas diferencias en cuanto a particularidades en relación con el contrato de compraventa en el Derecho Romano, da origen a la regulación del contrato de compraventa en el Derecho Positivo Mexicano.

**DÉCIMO OCTAVA.-** La compraventa romana no requería de transmitir el dominio, lo que significa que el vendedor sólo se obligaba a entregar la cosa y con esto celebrar el contrato, para que después ésta transmisión tomara la forma de una *mancipatio, in iure cessio* o *traditio*, que son formas de adquirir la propiedad. En nuestro derecho positivo vigente, la finalidad de la compraventa es transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, según lo establece el artículo 2248 del Código Civil para el Distrito Federal.

**DÉCIMO NOVENA.-** Tanto en la doctrina como en la práctica judicial en México, se le atribuye al contrato de compraventa un efecto traslativo de dominio a favor del comprador.

**VIGÉSIMA.-** De acuerdo con la definición consignada en el artículo 2248 del Código Civil para el Distrito Federal se desprende que la compraventa recae sobre bienes corpóreos (cosas) e incorpóreos (derechos). Al respecto, el derecho Romano señaló que el objeto de la compraventa podía ser cualquier cosa mueble o inmueble, corpórea o incorpórea, presente o futura que estuviera dentro del comercio. Como podemos apreciar tanto en Roma como en la actualidad, el objeto de la compraventa recae sobre el mismo tipo de bienes.

**VIGÉSIMO PRIMERA.-** El Código Civil para el Distrito Federal nos señala en su artículo 2269 que, ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad. Esta posición no armoniza del todo con la obligación del vendedor de garantizar el saneamiento en caso de evicción consagrado en la fracción III del artículo 2283 del citado ordenamiento jurídico; ya que el principio de la nulidad de la venta de una cosa ajena es difícilmente compatible con la institución del saneamiento por evicción (artículos 2119 y 2141). En la compraventa romana sólo se obligaba al vendedor a trasladar la posesión y no necesariamente la propiedad del objeto del contrato. Por lo que el Derecho Romano admitía la posibilidad de una venta de cosas ajenas, subsanando los inconvenientes de esta disposición, mediante el desarrollo de la figura de la evicción y el saneamiento

**VIGÉSIMO SEGUNDA.-** En el derecho romano, para que el vendedor respondiera del saneamiento, era necesario que el comprador, en caso de ser demandado por el verdadero propietario de la cosa comprada, denunciara el pleito al vendedor. En concordancia con dicho supuesto tenemos lo señalado por el artículo 2124 del Código Civil para el Distrito Federal.

**VIGÉSIMO TERCERA.-** En Roma, la responsabilidad del vendedor por el saneamiento en caso de evicción, era un elemento natural y no un elemento esencial, ni un elemento accidental del negocio. En la actualidad esto se verifica con lo establecido por el artículo 2120 del Código Civil para el Distrito Federal.

**VIGÉSIMO CUARTA.-** Dentro de la definición del contrato de compraventa encontramos dos elementos característicos de este tipo que son: el precio cierto y en dinero. Por su parte, la legislación romana consideraba que en lo concerniente al precio este debía de consistir en una suma de dinero. Si se pagaba en bienes o servicios, ya no era compraventa, sino un contrato innominado. Esta fue la opinión de la Escuela Proculyana triunfante, a diferencia de la Escuela Sabiniana que sostenía que la permuta y la compraventa eran lo mismo.

**VIGÉSIMO QUINTA.-** La protección del comprador contra un precio injusto se debió posteriormente hasta que los glosadores medievales la incorporaron y el derecho canónico al manejar la teoría del *pretium iustum*. Nuestro derecho actual protege a ambas partes, en base al concepto de lesión

del artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal y además relativos; el mismo código otorga una protección especial al comprador de frutos y cereales que no sea comerciante en el artículo 2256.

**VIGÉSIMO SEXTA.-** Las obligaciones del comprador de conformidad con lo establecido en el Código civil para el Distrito Federal son: a) Pagar el precio en el lugar y plazo determinados en el contrato (artículo 2293 del Código Civil para el Distrito Federal) o luego de su celebración si no hubiere establecido un término para hacer efectiva esta obligación se hará en el tiempo y lugar en que se entregue la cosa (artículo 2294 del Código Civil para el Distrito Federal); b) Debe pagar los intereses porque el comprador que no pagó el precio incurre en mora de pleno derecho, debidos desde el día que recibió la cosa (artículo 2296 del Código Civil para el Distrito Federal).

**VIGÉSIMO SÉPTIMA.-** Las obligaciones del vendedor en Roma eran: a) Entregar al comprador la cosa vendida, adquiriendo éste la posesión de ella (artículo 2283 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal); b) Deber de conservar la cosa es consecuencia del deber de entregarla, es decir, que el vendedor está obligado en caso de no haber entregado la cosa vendida al concluir el contrato a conservarla en buen estado; c) El vendedor se obligaba a garantizar al comprados por la evicción como hemos señalado con anterioridad (artículo 2283 fracción III del Código Civil para el Distrito Federal); d) Garantizar al comprador por la cualidades prometidas y defectos ocultos. (artículo 2283 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal).

**VIGÉSIMO OCTAVA.-** Por lo que se refiere al riesgo de la cosa, desde el momento de la celebración del contrato de compraventa al de la entrega de la cosa, el Derecho Romano consideró que el comprador debía soportar la desventaja de la pérdida o la disminución de su valor, durante el periodo de la compraventa y la entrega. Salvo el caso de que se tratara de bienes genéricos, en que el riesgo era por cuenta del vendedor.

**VIGÉSIMO NOVENA.-** En lo referente a las consecuencias de los vicios no jurídicos, ocultos, del objeto de una compraventa, descubiertos después de celebrarse ésta, podemos concluir que también el derecho mexicano reconoce que el vendedor no responde de vicios visibles y se da al comprador de conformidad con el artículo 2144 del Código Civil para el Distrito Federal la



opción a hacer rescindir el contrato de compraventa (*actio redhibitoria*) o a rebajar el precio (*actio quanti minoris*), en caso de descubrir vicios ocultos de cierta importancia, añadiendo que el comprador puede además reclamar vendedor los gastos hechos *emptiois* causa, como lo dispone también el D. 21. 1. 27.

**TRIGÉSIMA.-** Con relación a los pactos encontramos que el de *retrovendendo*, que otorga al comprador la facultad de volver a vender el objeto al vendedor, está terminantemente prohibido por el artículo 2302 del Código Civil para el Distrito Federal. El pacto de preferencia (*pactum protimeseos*) que otorgaba al vendedor preferencia sobre toda otra persona para el supuesto que el comprador decidiera vender el bien, lo encontramos en nuestro código en los artículos 2303 y 2308 de dicho ordenamiento, así como el pacto comisorio (*lex commissoria*), que como ya vimos en el desarrollo de este trabajo, por el cual el vendedor se reserva la facultad de tener por no comprado el bien si el comprador no paga el precio total dentro de cierto plazo, de modo de poder recuperar o de no entregar el bien, está contemplado en nuestro código en el artículo 2312 y considerado como precursor del pacto de reserva de dominio.

**TRIGÉSIMO PRIMERA.-** En la actualidad, identificamos al contrato de compraventa con la obligación de transferir la propiedad de una cosa o un derecho, sin embargo, es importante recordar que la compraventa es un contrato de tipo consensual, por lo que basta con el simple consentimiento de las partes en relación a un precio cierto y en dinero y a la cosa materia del contrato, para que produzca todos sus efectos.

# BIBLIOGRAFIA

## I.- FUENTES.

- *Corpus Iuris Civilis, (Cuerpo del derecho civil romano)*. Trad. I. García del Corral, Barcelona, J. Molina, 1889; reimp. Lex nova, Valladolid, 1988. Digesto. Libro 11, título 14, De Pactis.
- *Corpus Iuris Civilis, (El Digesto de Justiniano)*. Trad. A. D'Ors, F. Hernández – Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Pamplona, Aranzadi, 1968- 1975.

## II.- ENCICLOPEDIAS.

- Novissimo Digesto Italiano, Unione Tipografico Ed. Torinese. Italia, 1961.
- Omeba. Enciclopedia Jurídica.- Tomo IV. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina.

## III.- OBRAS DE DOCTRINA.

- Abouhamad Hobaica, Chibly. *Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano II*. Derecho de las obligaciones. Tomo II. Ed, Jurídica Venezolana. Venezuela, 1987.
- Argüello, Luis Rodolfo. *Manual de derecho romano*. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1985.
- Arangio Ruiz. *Instutuzioni di diritto romano*. Napoli, 1947.
- Bialostosky, Sara. *Panorama de derecho romano*. UNAM. México, 1982.

- Bonfante, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Ed. Reus. Madrid, España, 1959. Traducción de Luís Bacci y Andrés la Rosa, revisado por Fernando Campuzano Horma. Madrid, 1979.
- Camus, E.F. *Curso de Derecho Romano*. Ed. Universidad de la Habana, Cuba, 1951.
- Caramés Ferro, José. *Curso de Derecho Romano*. Ed. Perrot. 7ª. Edición.
- Cristóbal Montes, Ángel., *Curso de Derecho Romano, Derecho de Obligaciones*. Ed. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1960.
- D'Ors. Álvaro. *Derecho Privado Romano*.- Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, España, 1986.
- Guerriero, Ángel Lugo. *Instituciones del Derecho Romano*, editorial de los cuatro vientos, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Guzmán, Brito Alejandro. *Derecho Privado*. Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- Iglesias, Juan. *Derecho Romano*. 6ª.Ed. Ariel Barcelona. 1972.
- Margadant, Guillermo Floris. *Derecho Privado Romano*. Ed. Esfinge, S. A. México, 1985.
- Maynz, Charles. *Traite des obligatios d' après le Drots Romain*. Bruselas, 1859.
- Morales, José Ignacio. *Drecho Romano*. Ed. Trillas. México. 1989.
- Morineau, Martha. *Derecho Romano II, Manuales I y II*. Universidad Abierta. Segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1976.
- Padilla Sahagún, Gumesindo. *Derecho Romano*. Ed. McGraw-Hill. México, 1996.

- Peña Guzmán, Luis A. y Arguello, Luis Rodolfo. *Derecho Romano*. Ed. Tea. Buenos Aires, Argentina. 1966.
- Paturini. *Pactes et Contacts*.
- Pétit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Nacional.- trad. Por José Fernández González, México, 1963.
- Sáinz y Gómez Salcedo, José María., *El contrato en el derecho romano*. Ed. Navarra. 2ª Edición. México, 2008.
- Schulz, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Ed. Bosch Casa Edirorial. España, 1960.
- Sohm, Rodolfo., *Instituciones de Derecho Privado Romano*.- Historia y Sistema, Madrid, trad. de Wenceslao, Roces. Ed. Nacional.
- Trejo Guerrero, Gabino. *Los Derechos Reales en Roma*, Ed. Sista, México, 1993.
- Ventura Silva, Sabino. *Derecho Romano*. Ed. Porrúa. México, 2006.

#### **IV:- OTRAS FUENTES.**

- Trejo Guerrero, Gabino. Discurso en la ceremonia inaugural de las XI Jornadas de actualización Procesal Civil de Petróleos Mexicanos, pronunciado en PEMEX, México D. F. 2005.

#### **V. - LEGISLACION**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. SISTA. México, 2010.
- Código Civil Federal. Ed. SISTA. México, 2010.

- Código Federal de Procedimientos Civiles. Ed. SISTA. México, 2010.
- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial SISTA. S. A. México, 2010.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Ed. SISTA. México 2010.