

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES DIFERENCIAS Y SIMILITUDES QUE EXISTEN EN  
LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CIVIL  
GUATEMALTECO.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**ELFIN OSCAR RAFAEL GARCIA RIVAS**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, junio 2006.



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA**  
**DE LA**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**  
**DE LA**  
**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

<b>DECANO:</b>	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
<b>VOCAL I:</b>	Lic. César Landelino Franco López
<b>VOCAL II:</b>	Lic. Gustavo Bonilla
<b>VOCAL III:</b>	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
<b>VOCAL IV:</b>	Br. Jorge Emilio Morales Quezada
<b>VOCAL V:</b>	Br. Edgar Alfredo Valdez López
<b>SECRETARIO:</b>	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ**  
**EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

<b>Presidente:</b>	Lic. Héctor Manfredo Maldonado Méndez
<b>Vocal:</b>	Lic. Helder Ulises Gómez
<b>Secretario:</b>	Lic. Rafael Morales Solares

**Segunda Fase:**

<b>Presidente:</b>	Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera
<b>Vocal:</b>	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
<b>Secretario:</b>	Lic. Carlos Manuel Castro Monroy

**RAZÓN** "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Luis Ranferi Diaz Menchu  
Abogado y Notario  
2 calle 3-39 zona 2 Chimaltenango  
Teléfono 78-20-01-67  
Colegiado No. 7,149



Chimaltenango, 20 de febrero de 2006

Señor Decano  
Lic. Bonerge Amilcar Mejia Orellana  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su Despacho.

Señor Decano:

Con fundamento en la designación recaída en mi persona por medio de providencia de fecha veintitrés de septiembre del año dos mil cinco, emanada de la Unidad de Asesoría de Tesis, me dirijo a usted respetuosamente a rendirle informe sobre la labor que desarrolle como ASESOR del trabajo de tesis, realizado por el Bachiller ELFIN OSCAR RAFAEL GARCIA RIVAS, cuyo título del trabajo es "ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES DIFERENCIAS Y SIMILITUDES QUE EXISTEN EN LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO."

Procedí a asesorar el trabajo, considerando que el tema es interesante y de suma importancia ya que se analiza desde un punto de vista comparativo las instituciones de Derecho romano relacionadas con las obligaciones que contempla nuestro Código Civil decreto ley ciento seis. Por lo expuesto considero que el trabajo realizado es un aporte importante para el estudiante, que incluso podría servir de base para una posible revisión de las diversas instituciones relacionadas con las obligaciones civiles.

El presente trabajo de investigación cumple con los requisitos establecidos en el reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis, razón por la cual **doy mi dictamen en sentido favorable**. Sin otro particular me suscribo del Señor Decano, deferentemente.

Lic. Luis Ranferi Diaz Menchu  
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintiocho de febrero de dos mil seis.

Atentamente, pase al **LIC. NEARLY WALDEMAR PERDOMO LÓPEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante **ELFIN OSCAR RAFAEL GARCÍA RIVAS**, Intitulado: **ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES DIFERENCIAS Y SIMILITUDES QUE EXISTEN EN LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO.**

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público..

**LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS**



cc. Unidad de Tesis  
MIAE/sllh

Lic. Nearly Waldemar Perdomo López  
Abogado y Notario  
7ª. av. 20-36 zona 1 Guatemala Of. 37  
Teléfono 22-32-45-06  
Colegiado No. 3,360

Guatemala, 08 de marzo de 2006

Señor Decano  
Lic. Bonerge Amilcar Mejia Orellana  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su Despacho.

Señor Decano:

De conformidad con la designación que me fue conferida, según resolución de fecha veintiocho de febrero del año dos mil seis, emanada de la Unidad de Asesoría de Tesis de esa Facultad, en la cual se me nombró **REVISOR** del trabajo de tesis intitulado "ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES DIFERENCIAS Y SIMILITUDES QUE EXISTEN EN LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO", realizado por el Bachiller ELFIN OSCAR RAFAEL GARCIA RIVAS.

Revise dicho trabajo de tesis, considerándolo importante, debido a que en el mismo se estudia de una forma sistemática las diferentes instituciones que comprendía el antiguo derecho romano en lo concerniente a las obligaciones, derecho que como se aprecia en la obra realizada ha tenido gran influencia en las instituciones de Derecho Civil a nivel mundial y por consiguiente en el derecho civil guatemalteco, diferencias y similitudes que se encuentran diseminadas a lo largo del libro quinto del decreto ley ciento seis. Es válida además la recomendación que realiza el autor sobre la investigación de mas instituciones del derecho romano que se aplica a nuestro ordenamiento jurídico, ya que, dichas investigaciones aportarían mas ideas para futuras revisiones de instituciones jurídicas que se encuentran reguladas en nuestro sistema juridico.

Finalmente quiero emitir **opinión favorable** referente al trabajo, por cuanto que si cumple con todos los requisitos establecidos por la técnica de investigación en este tipo de trabajos, señalando además que las conclusiones que arriba el autor, son congruentes con el contenido de la investigación, por lo que considero que debe ser sometido a su discusión y finalmente a su aprobación en el Examen Público de Tesis.

Sin otro particular, me suscribo del Señor Decano, presentandole mis acostumbradas muestras de estima y aprecio.

ID Y ENSEÑAD A TODOS

  
Nearly Waldemar Perdomo López  
ABOGADO Y NOTARIO



UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES.** Guatemala, diecinueve de abril de de dos mil seis. -

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **ELFIN OSCAR RAFAEL GARCÍA RIVAS**, titulado **ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES DIFERENCIAS Y SIMILITUDES QUE EXISTEN EN LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

~~MLAE/sth~~





## DEDICATORIA

- A DIOS Por darme el éxito y la felicidad mas grande que cualquier hombre pueda alcanzar al hacerme su hijo y darme vida eterna
- A MI PADRE OSCAR CONRADO GARCÍA MONTUFAR Por darme el amor y la enseñanza que un hijo necesita, lo amo.
- A MI MADRE GLADYS JOHANA RIVAS APARICIO Dios la Bendiga
- A MIS HERMANAS GLADYS, LUISA Y ROXANA por su apoyo incondicional
- A MI ESPOSA JULIA IRENE BROOKS SALAZAR por su apoyo y comprensión
- A OSCAR ANDRÉS Por haberme dado la alegría de ser padre y que aunque no esta físicamente lo llevo en mi corazón
- A MIS HIJOS Que desde ya les dedico mis éxitos. Los amo.
- A UNA NIÑA ESPECIAL ALISSON JULISSA. Por darme sus sonrisas y su cariño.
- A MIS SOBRINOS MAURY, TIRZA, JOSELYN, DANIEL Y GABRIELA, por ser mis angelitos
- A MIS CUÑADOS HUGO LUCERO Y MANOLO OBANDO LOSSY y ERNESTO por su apoyo
- A MIS TIOS BYRON, FREDY, JORGE ( QEPD) y AURITA con amor y respeto
- A MARIA JOSÉ LOPEZ Por su apoyo.



**A MIS AMIGOS**

JENNY, ROBIN, RONIE, CRISTIAN, DARIO HUGO, OSCAR, DONATO, JUAN, JULIO, JORGE, MAX, MYNOR, Y JILMAR Con cariño sincero.

**A LOS LICENCIADOS**

LUIS PADILLA MELENDEZ, BEYLA ESTRADA, NEARLY PERDOMO LOPEZ, Y RANFERI DIAZ MENCHU, por su amistad y apoyo.

**A MIS SUEGROS**

Por su apoyo.

**A MIS HERMANOS EN CRISTO**

Por tener en común a Cristo, como una misma meta

**A IGLESIA MI-EL " CORONA DE GLORIA"**

Por ser un lugar de refugio.

**A MI PASTOR**

FRANCISCO RIOS, por ser un enviado de Dios a mi vida.



## INDICE

	Pag.
Introducción.....	i
<b>CAPITULO I</b>	
1. Concepto y evolución historica de la obligación en el derecho romano	
1.1 Concepto de Obligación.....	1
1.2 Evolución historica de la obligación.....	5
<b>CAPITULO II</b>	
2. Sujetos de las obligaciones en el derecho romano.	
2.1 Obligaciones ambulatorias.....	11
2.2 Obligaciones parcearias, cumulativas y solidarias.....	12
2.3 Elementos personales de la obligación.....	16
<b>CAPITULO III</b>	
3. El objeto de la obligación en el derecho romano	
3.1 La prestación.....	23
3.2 Clases de prestación.....	24
<b>CAPITULO IV</b>	
4. Fuentes de las obligaciones en el derecho romano	
4.1 Fuente de las obligaciones.....	29
4.2 Obligaciones nacidas de contrato.....	29
4.3 Obligaciones derivadas de actos lícitos no contractuales.....	33
4.4 Obligaciones derivadas de actos ilícitos.....	37
<b>CAPITULO V</b>	
5. Cumplimiento de las obligaciones en el derecho romano	
5.1 Lugar y tiempo de la prestación.....	43
5.2 El incumplimiento de las obligaciones.....	44
5.3 Efectos del incumplimiento por parte del deudor.....	49
5.4 Consecuencia de la mora debitoris en caso de pluralidad de deudores.....	52
5.5 Purgación de la mora debitoris.....	53
5.6 Mora creditoris.....	53
5.7 Efectos de la mora creditoris.....	54



## CAPITULO VI

6. Extinción de las obligaciones en el derecho romano  
6.1 Los modos de extinción.....57

## CAPITULO VII

7. Transmisión de las obligaciones en el derecho romano  
7.1 Transmisión de los créditos.....65  
7.2 Transmisión de las deudas.....67

## CAPITULO VIII

8. El procedimiento de las acciones en el derecho romano  
8.1 El iudicium privatum.....69  
8.2 Recursos complementarios a la jurisdicción pretoria.....72  
8.3 El proceso in iure.....73  
8.4 La litis contestatio.....76  
8.5 El proceso apud iudicem.....77  
8.6 Pruebas.....78  
8.7 La sentencia judicial.....79  
8.8 La ejecución de la sentencia.....80

## CAPITULO IX

9. Principales similitudes y diferencias de las obligaciones  
en el derecho romano y el derecho civil guatemalteco  
9.1 Similitudes.....85  
9.2 Diferencias.....90
- CONCLUSIONES.....93  
RECOMENDACIONES.....95  
BIBLIOGRAFÍA.....97



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versará sobre la realización de un análisis de las principales diferencias y similitudes que existen entre las obligaciones del derecho romano y el derecho civil guatemalteco respecto a las obligaciones y acciones, dada la necesidad de conocer este tema casi olvidado en el ámbito jurídico de nuestro país pero no por ello insignificante al mundo jurídico, ya que no se puede negar la gran influencia del derecho romano en casi todos los sistemas jurídicos del mundo moderno en especial en el tema de las obligaciones, así como en el tema de las acciones asunto importante para que las obligaciones sean cumplidas en una forma forzosa, temas que hoy en día son de gran importancia para todo jurista ya que la mayoría de la litis que se dan en los órganos jurisdiccionales tratan acerca del incumplimiento de obligaciones que han surgido entre las personas.

Es por ello que con el afán de llenar y enriquecer una laguna en el conocimiento de muchos juristas y estudiantes acerca de este tema en nuestra nación es que se desarrollara con sumo entusiasmo lo que hoy nos ocupa, haciendo la salvedad de que la época en que se enfoca el presente trabajo es en la era clásica del Derecho romano.

He tratado de que el desarrollo de este trabajo lleve el orden más lógico posible, buscando guardar la ilación y la relación entre cada tema, entrelazándolos y redactándolos lo más claramente posible, y desde luego, con la sencillez que me es permitido dado que no soy una autoridad en la materia, por lo que anticipadamente ruego se sirvan dispensar la ausencia de una técnica depurada en los aspectos tratados.



Se plasma con este trabajo una de las aspiraciones que causó inquietud en mi persona desde el inicio de la carrera de Abogacía y Notariado, la que con el correr y avance de mi estudio fue madurando.

Creo que cumplo con el objetivo si con el hecho de desarrollar este trabajo y su lectura, puedo transmitir el mismo sentimiento de indagar en la historia de una de las grandes épocas del derecho mundial como lo es la época clásica del derecho romano, derecho que como se indicó es una inmensa fuente para los legisladores modernos y no digamos para los estudiosos de las ciencias jurídicas que encuentran en el derecho romano un edén jurídico, en donde a través de la investigación se pueda descubrir algunas instituciones que en nuestros tiempos pudieran ser de gran beneficio para nuestra sociedad.

## **CAPÍTULO I**

### 1. Concepto y evolución histórica de la obligación en el derecho romano.

#### 1.1. Concepto de obligación.

La mayor parte de las legislaciones modernas se han inspirado en los principios fundamentales que en el derecho romano rigieron en materia de obligaciones y contratos. No es, por tanto, aventurado decir que es la parte más importante en el estudio del derecho romano y la que arroja más proyecciones sobre el derecho civil moderno.

En las instituciones de Justiniano se define a la obligación como: ***Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrates civitates iura*** ( La obligación es el vinculo jurídico que nos impone la necesidad de satisfacer o pagar a otro una cosa según el derecho de nuestra ciudad) <sup>1</sup>

Analizando la anterior definición se verán las distintas partes o elementos que entran en la composición de este ente jurídico.

a) *Iuris vinculum*. Con esta primera parte se indica el lazo de unión que debe existir en los dos sujetos que, como veremos enseguida, no puede faltar en ninguna obligación; y este vinculo o lazo de unión entre los dos ha de ser de carácter puramente jurídico, lo que excluye de la definición otra clase de vínculos que puede existir entre dos o mas personas, tales como los puramente morales.

b) *Quo necessitate adstringimur*. De esta parte de la definición se desprende que sobre toda persona sujeta a una obligación pesa la necesidad de cumplirla, la necesidad también de carácter jurídico y que viene a establecer el vínculo de

---

<sup>1</sup> D´ORS, Alvaro , **Derecho romano**, pág. 335

dependencia del deudor hacia el acreedor. De esta necesidad jurídica se desprende que el acreedor debe tener la facultad de constreñir a su deudor al cumplimiento de la obligación, y esta facultad es lo que así en el derecho antiguo como el moderno se llama acción, entendida este en sentido sustantivo.

c) *Alicujus solvendae rei*. Con el término *alicujus* se entiende la persona a cuyo favor se constituye el vínculo jurídico, o sea el sujeto activo de dicho vínculo. *Solvendae* significa el hecho de satisfacerse el objeto de la obligación y de ahí el término *solutio* con que en el derecho romano se designaba el pago, y la palabra solución que el derecho civil moderno emplea también como sinónimo de pago. El vocablo *rei* se halla empleado en la definición en su más amplio sentido. Con él se indica no solamente una cosa corporal, si no todo lo que es susceptible de ser objeto de una obligación.

d) *Secundum nostrae civitatis jura*. En esta parte de la definición se da a entender que las obligaciones en un principio eran sancionadas tan solo por el derecho de los ciudadanos romanos, llamado derecho quiritorio, en contraposición al *ius gentium* o derecho de los ciudadanos, aun como mas tarde vinieron a generalizarse los principios sobre la materia, extendiéndose a toda clase de personas.

Del anterior análisis resultan los siguientes elementos constitutivos de toda obligación:

- 1º.) Un vínculo jurídico entre dos o mas personas;
- 2º.) Un sujeto activo;
- 3º.) Un sujeto pasivo;
- 4º.) El objeto, y
- 5º.) La acción del acreedor contra el deudor.

Dada ya la noción general del vínculo o laza de unión entre las personas que entran en la obligación, vínculo que establece la relación de dependencia del deudor respecto del acreedor.

El sujeto activo es la persona o personas a cuyo favor debe satisfacerse de la obligación.

Toda obligación a cargo de una persona supone un derecho correlativo a favor de otra, y la persona en quien reside ese derecho es el sujeto activo del vínculo jurídico. A esa persona se le da la denominación de *creditor*, que corresponde a la moderna denominación de acreedor. *Creditores appellantur quibus quacumque ex causa actio competat* ( **Llamase acreedores aquellos a quienes por cualquier causa compete la acción** ).

El sujeto pasivo era quien debía efectuar la prestación a favor del acreedor; era quien debía pagar, y se llama en el derecho romano *debitor*, que corresponde a la denominación de deudor con que el derecho civil moderno denomina al sujeto pasivo de la obligación. *Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest* ( **se entiende por deudor aquel a quien se puede exigir el dinero contra su voluntad** ).

Igualmente solían los romanos comprender bajo la denominación general de *reus*, tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo de la obligación, según veremos en el estudio de las obligaciones correales.

Si se contempla la obligación desde el punto de vista del sujeto activo se denomina crédito activo o acreencia; y si se le mira bajo el aspecto del sujeto pasivo, se denomina crédito pasivo o deuda.

La necesidad de que exista un sujeto activo y un sujeto pasivo determinados entre los cuales se establezca el vínculo jurídico de la obligación hace resaltar la diferencia entre el derecho real y el personal. Según se ha visto toda obligación a cargo de una persona implica la existencia de un derecho correlativo a favor de otra; pero en este caso, la relación se establece de persona a persona del acreedor hacia el deudor, mientras que en el derecho real la relación jurídica se establece directamente entre el titular del derecho y la cosa material de él. No hay, pues, en el derecho real un sujeto pasivo determinado a cuyo cargo se halle el cumplimiento de una obligación.

Puede sentarse la siguiente regla general: todo derecho correlativo a una obligación a cargo de determinada persona, es un derecho personal.

El objeto de la obligación podía consistir en dar alguna cosa transfiriéndose el dominio o la posesión de ella caso en el cual se designaba con el verbo *dare*; *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (**Nadie puede transferir a otro mas derecho que el que él mismo tiene**) o bien, transferir únicamente la tenencia, y entonces se emplea el verbo *praestera*; o bien, en ejecutar o no ejecutar un hecho, acción o inacción que se comprendía bajo la denominación general de *facere*, hacer. La estipulación puede consistir no solo en cosas sino también en hechos como si estipulamos que algo será o no será hecho.

Y finalmente, comprendiendo el derecho moderno bajo la denominación común de dar, la entrega de alguna cosa sea en propiedad, posesión o tenencia, se ha dicho, siguiendo en lo esencial el concepto de derecho romano que la obligación es un vínculo jurídico entre dos o mas personas determinadas en virtud del cual una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan sujetas, con respecto a otra o a otras (acreedor o acreedores) a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Se ha visto que en una obligación el acreedor debe estar provisto de la facultad legal de constreñir al deudor al cumplimiento de aquella, esa facultad legal es lo que en sentido sustantivo se denomina acción; y como se ha dicho que el derecho correlativo de una obligación es derecho personal, se dice en este caso que la acción del acreedor contra el deudor es acción personal, para diferenciarla de la acción real que tiene el titular de un derecho real para hacerlo judicialmente efectivo. *Acciones verbo etiam persecutio continetur* ( **En la palabra acción también esta contenida la persecución**).

Existen sin embargo cierta clase de obligaciones en las cuales el acreedor no esta provisto de la acción para constreñir a su deudor que las cumpla. Son las obligaciones llamadas naturales, fundadas en vinculo de pura equidad y que en rigor jurídico no debieran llamarse obligaciones pero que, produciéndose ciertos y determinados efectos entre las partes, se ha convenido en llamarlas así.

## 1.2. Evolución histórica de la obligación.

En la evolución histórica del concepto de obligación podemos decir lo siguiente: En un principio no existe el concepto de obligación como tal, ya que existían deberes de tipo religioso, consistentes en el sacrificio de animales para aplacar la ira de los dioses (etapa totémica y tribal de la organización social). La economía era cerrada y natural.

A medida que se van desarrollando las actividades económicas y aparece el excedente económico y la necesidad de castigar algunos actos delictivos, surgen en Roma las primeras obligaciones de persona a persona, manifestándose la necesidad de que el deudor dé una garantía a su acreedor.

Para muchos investigadores el punto de partida en el estudio de las instituciones del Derecho Romano es la Ley de las XII tablas, como primer compendio de normas en el desarrollo jurídico de Roma; probablemente, el término de *obligatio* ya

existía antes de dicha recopilación teniendo en cuenta que ésta deriva de normas anteriores.

La primera etapa del Derecho Romano que comprende desde el año 753 a. de C. con la fundación de Roma hasta años antes de la expedición de las XII tablas, es un período donde se viven dos formas de gobierno como la Monarquía (753 - 509 a. de C.) y la República (509 a. de C. hasta 451 a. de C. la Ley de las XII tablas). La normatividad de este período se basaba en la costumbre (*more*), que constituyó el derecho no escrito (*ius nom scriptum*), también conocido como derecho consuetudinario (*mos majorum consuetudo*). En ésta época existía una institución, el *nexum* o *necto* (encadenar), fue un acto *per aes et libram* por el cual una persona que pedía dinero prestado quedaba ligada físicamente si no cancelaba la deuda. También se tiene conocimiento de la existencia de otra institución llamada *sponsio*; en la cual existía una especie de fiador llamado *sponsor* que garantizaba al acreedor que el prominente principal pagaría la deuda; esta institución buscaba evitar que el deudor fuera ligado, a cambio, tendría un fiador garante de lo prometido. Si el deudor pagaba la deuda, se extinguía su obligación, pero no sucedía lo mismo con el *sponsor*; este tendría que solicitar al acreedor satisfecho realizar una ceremonia solemne que lo liberará de la obligación.

Ya en la etapa de la república el pueblo romano tiene la finalidad de unificarse política y civilmente; para tal fin conformó una comisión de 3 patricios que fueron enviados a ciudades de Grecia donde las leyes de Solón y de Licurgo estaban en vigor, por lo que podemos decir que muchas disposiciones de la Ley de las XII tablas están inspiradas por las leyes griegas. A raíz de la investigación realizada por los tres patricios fueron nombrados diez magistrados encargados de hacer la Ley, es así como inicialmente queda plasmada en diez tablas o codificación decenviral. Posteriormente, se redactan dos tablas más a manera de apéndice dando origen a la Ley de las XII tablas (451 a 440 a. de C.). Fue de tal importancia que el historiador latino Tito Livio,

nacido en Padua en 64 o 59 a. de C - 17 d. de C. la consideró como **Fuente de todo el Derecho romano, tanto público como privado.**

En lo que corresponde al pago de deudas en el derecho arcaico, el deudor debía responder su incumplimiento obligacional con su cuerpo, quedando sometido al dominio del acreedor, perdiendo su libertad. El acreedor conducía al deudor ante el pretor y hacía una declaración solemne del incumplimiento del deudor en el pago de la obligación adquirida. El pretor pronunciaba la *addictio* con la que le entregaba el deudor al acreedor a título de responsabilidad. El acreedor quedaba autorizado de aprehender físicamente al deudor (*accion manus iniectio*) y llevarlo a su casa y encarcelarlo. Según lo estipulado en la Ley de las XII tablas el acreedor podía mantener encadenado al deudor por sesenta días y presentarlo en el mercado una vez cada veinte días, esperando que alguna persona pagara la deuda; si pasados los sesenta días no era cancelada la deuda el acreedor podía disponer de su vida ya sea ejecutándolo, descuartizándolo (*in partes secanto*), o venderlo como esclavo.

En la crisis de la república se inicia el período clásico del Derecho Romano que comprendía tres etapas. En la primera etapa clásica ya se identifica la relación de deuda (*debitum*) como *obligatio*. Se consideraba que la obligación presentaba una estructura con dos elementos: la prestación (*debitum*) que era libre, y la responsabilidad (*obligatio*) que era coercible. En los comienzos de esta etapa la jurisprudencia era rudimentaria y no se conoce mayor desarrollo de la *obligatio*. Se sabe que la *obligatio* indicaba al deudor **ligado** (*ob ligatus* o *nexus*) en el derecho absoluto.

Como la esclavitud se estaba convirtiendo en una traba para el desarrollo de las fuerzas productivas, los plebeyos reclaman sobre el rigor de la ley romana, lo que

desata la expedición de la Ley Poetelia Papiria (año 457), que prohíbe la prisión y el encadenamiento, la muerte y la venta del deudor y hace posible, por parte de éste, el pago en especie o en trabajo, debido a que la obligación civil había surgido en el derecho romano sobre la base de un vínculo material que ataba al deudor al acreedor con las características propias del derecho real(1). La ley dispuso que el deudor tiene una responsabilidad patrimonial por su incumplimiento (responde con los bienes) y no personal (pagar con su propio cuerpo las deudas contraídas). Declaró libres a los deudores que estaban encadenados y prohíbe el encadenamiento por deudas con excepción de las obligaciones que surjan por causa del delito (obligaciones ex delicto). Siendo la responsabilidad patrimonial, el deudor responde con sus bienes, los cuales eran vendidos en subasta pública.

Con la Ley Poetelia Papiria se da la división de los derechos personales de los derechos reales, entendiéndose que el derecho real es el que se tiene sobre las cosas sin tener en cuenta las personas que en el momento las posean (res clamat dómínio) y el derecho personal es el que pueden reclamar de ciertas personas sin importar quien posea o donde se encuentre la cosa.

Junto a la Ley Poetelia Papiria podemos ubicar la Ley Aquilia, promovida por el tribuno Aquilio en una época aproximada al siglo III a. c. con el fin de derogar la totalidad de las disposiciones que trataban la materia del daño causado injustamente en la ley de las XII tablas. La ley Aquilia lo que busca es diferenciar cuando una persona lesiona el derecho de otra no merced a un vínculo contractual, sino por acto extracontractual, y sin que importe la intención, sino el descuido, la negligencia, la incurria, es decir, la culpa, por leve que ella sea. Estas dos leyes se constituyen en transcendentales dentro de la evolución de la responsabilidad patrimonial y responsabilidad extracontractual.

Justiniano toma gran cantidad de conceptos de las Institutas de Gayo, que son un tratado elemental utilizado en la enseñanza del derecho romano, las cuales están divididas en cuatro libros, llamados también comentarios.

Aproximadamente en el año 636 el pretor Publius Rutilius promulgó el edicto rutiliano mediante el cual se estableció la responsabilidad del deudor sobre su patrimonio, pero conservando la prisión privada por deudas y la obligación del deudor de trabajar en provecho del acreedor.

## **CAPÍTULO II**

### 2. Sujeto de las obligaciones en del derecho romano.

#### 2.1 Obligaciones ambulatorias:

De ordinario, el vínculo obligacional se establece entre dos sujetos individualmente determinados *ab origine*, esto es, desde el momento mismo en que aquel nace. Sin embargo, existen obligaciones en la que el sujeto activo o el pasivo, o los dos al propio tiempo, no se hallan determinados, por manera individual, en el momento de constituirse, si bien encierran una prestación que debe ser realizada o puede ser exigida, por la persona que se encuentre en cierta situación. Son estas las obligaciones ambulatorias, cuyos casos principales son los siguientes:

a) La obligación de resarcir el daño causado por un animal o por un esclavo, que atañe el *dominus* que tiene la propiedad o ejerce la potestad sobre uno u otro en el momento de intentar la *actio* el perjudicado.

b) La obligación que incumbe al heredero de verificar prestaciones a favor de persona cuya determinación se encomienda a un tercero.

c) La obligación de reparar el muro que la *sevitus oneris ferendi*, que corresponde a quien sea propietario del edificio sirviente en el momento de ser requerida la reparación, y se constituye a favor del propietario del edificio dominante en el propio momento.

d) La obligación que incumbe a la infeteuta, al superficiario o al propietario de pagar los impuestos vencidos, aun cuando la falta de pago sea debida a personas que anteriormente ostentaban dichos títulos.

e) La obligación de restituir lo adquirido en uso de violencia, que corresponde a quienquiera que haya obtenido el provecho o tenga la cosa.

## 2.2 Obligaciones parcearias, cumulativas y solidarias.

Como tenemos conocimiento 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 sea del pasivo, o de ambos a la vez, tanto inicialmente, esto es, desde el momento en que viene puesta en existencia v. gr., cuando varios individuos conciertan un préstamo en común con un acreedor; cuando después de surgir el vínculo obligatorio, cuando acontece v. gr., cuando varios individuos heredan a una persona que contrajo una deuda, la pluralidad de sujetos principales puede otorgar a las obligaciones las siguientes modalidades:

a) Obligaciones *parcearias*. Esta clase de obligaciones como veremos se dan cuando existe pluralidad de sujetos principales y cada uno de ellos se encuentra frente al otro en posición de independencia, se habla de obligación *parcearia* **pro parte, pro rata**. La independencia significa que cada acreedor tiene solamente derecho a exigir una parte de la prestación, y cada deudor se halla obligado respecto de una cuota de la misma. Esto es lo que se conoce en nuestra legislación guatemalteca con el nombre de obligaciones mancomunadas simples las cuales se encuentran reguladas en el Artículo 1348 del código civil, el cual indica que **Por la simple mancomunidad no queda obligado cada uno de los deudores a cumplir íntegramente la obligación, ni tiene derecho cada uno de los acreedores para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso, el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya, y cada parte constituye una deuda o crédito separados**; esto quiere decir que una deuda se entiende fraccionada y cada deudor responde únicamente por la parte alícuota de la prestación que le corresponde pagar, y a la vez, cada acreedor tiene únicamente la facultad de exigir la parte que le corresponde del cumplimiento de la prestación.

b) Obligaciones *cumulativas*. Cuando un deudor se halla obligado por la entera prestación frente varios acreedores, o cada uno de los varios deudores frente a un acreedor, produciéndose acumulación de obligaciones. Como ejemplo de las llamadas obligaciones cumulativas tenemos:

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

- En el antiguo derecho civil y todavía en el derecho clásico, los delitos cometidos por varios individuos en común o en que los dañados fueran varios, dan lugar a la 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. Se puede mencionar que la característica esencial de la obligación solidaria es la unidad de la relación: la obligación es única, porque única es la prestación, la pluralidad de los sujetos no niega en lo más mínimo tal concepto de unidad, que se encuentra afirmada dogmáticamente en los textos, cuando hablan de una *obligatio* o de *unum debitum*. Frente a expresiones de muy frecuente uso y repetición como son estas, carecen de importancia algunas locuciones esporádicas que hacen referencia a varias obligaciones.

c) Obligaciones Solidarias. La relación obligatoria aparece constituida, por modo normal, entre un solo acreedor o sujeto activo llamado en el derecho romano *creditor reus stipulandi*, y un solo deudor o sujeto pasivo llamado en el derecho romano *debitor, reus, reus promittendi*. Sin embargo, cabe que figuren un deudor y varios acreedores, o un acreedor y varios deudores, o varios acreedores y varios deudores. Pues bien cuando existe pluralidad de sujetos, acreedores o deudores, y cada uno de ellos puede exigir o debe realizar la entera prestación se habla de solidaridad.

Dentro de las fuentes de la solidaridad en el derecho romano tenemos las siguientes:

c.1) *Los contratos*. El contrato verbal. La *stipulatio*, es la fuente principal de solidaridad en el Derecho clásico. En la forma de la *stipulatio*, varios deudores prometen una misma prestación a un acreedor, o varios acreedores se hacen prometer por un deudor una misma prestación.

Surge la obligación solidaria activa cuando después de la pregunta de todos los estipulantes, responde el promitente con una única respuesta: *spondeo*. uno de los acreedores hace al común deudor la siguiente pregunta: *¿spondesne mihi centum dare?* (¿prometéis darme cien?), y el otro acreedor dice luego: *¿spondesne mihi eosdem centum dare?* (¿prometéis darme esos mismos cien?). el deudor común contesta a los dos a la vez: *utriusque vestrum centum dare spondeo* (prometo dar a uno y a otro cien).

Surge la obligación solidaria pasiva cuando el estipulando se dirige a cada uno de los promitentes, los cuales responden separadamente *spondeo*, o a la vez *spondemus*. El acreedor pregunta: *¿Maevi, quinque aureos dare spondes? ¿Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?* (Mevio, ¿prometéis dar quince aureos? Seyo, ¿prometes dar esos mismos quince aureos?), y luego cada uno de los deudores responde separadamente *spondeo*, o todos al mismo tiempo *spondemus*.

Aparte de la *stipulatio*, la solidaridad puede nacer de aquellos contratos que, en caso de controversia, dan lugar a un *iudicium bonae fidei*, es decir, de los contratos consensuales y de los contratos reales, con exclusión del mutuo, pero en el derecho Justiniano si se incluye al mutuo.

c.2) *El testamento*. El testamento puede ser fuente solidaria activa, si el testador ordena un legado *per damnationem* con la siguiente fórmula. *Heres meus Titio aut Seio centum dato* (de mi heredero cien a Ticio o a Seyo). Y fuente asimismo de la solidaridad pasiva, si el testador ordena un legado *damnationem*, en términos de imponer una misma prestación a dos herederos indicados alternativamente: *Lucius Titius heres meus aut Maeuius heres meus decem Seio dato* (Lucio Ticio, heredero mío, o Mevio heredero mío, de cien a seyo). El Derecho justiniano acoge la norma clásica en lo que toca a la solidaridad pasiva, mientras que no nace solidaridad activa de la fórmula *Titio aut Seio*. Empleada tal fórmula, el *aut* se interpreta como *et*, y los legatarios se consideran acreedores parciales. Para que surja ahora solidaridad activa es menester que medie una disposición expresa y específica indubitada del testador.

c.3) *La ley*. En el derecho justiniano surge solidaridad *ex lege*, como ya hemos visto de los delitos cometidos por varios o en que los dañados sean varios.

De la prestación indivisible nace solidaridad, en los términos que ya hemos referido. Por disposición de una norma hay también solidaridad en las obligaciones de los fiadores. La obligación solidaria se extingue con efecto objetivo mediante el pago, *acceptilatio*, la novación, *el pactum de non petendo in rem*, la destrucción fortuita de la cosa, y, en el derecho procesal clásico, la consunción procede de la *litis contestatio*.

Hemos de señalar otros casos en que la obligación solo se extingue respecto de uno de los sujetos, esto es, sin efecto absoluto u objetivo. Tal ocurre con la confusión.

Otros efectos importantes de las obligaciones solidarias viene determinados por la mora y la culpa. La mora de uno de los codeudores no acarrea responsabilidad para los demás, por el contrario la culpa de un codeudor no acarrea responsabilidad para los demás. Cuestión importante es la relativa al *derecho o acción de regreso*, en el

Derecho clásico la obligación solidaria implica una prestación por el todo, una totalidad que debe hacer efectiva o puede exigir, respectivamente, cada deudor o cada acreedor, satisfecho el pago por uno de los deudores o recibido por uno de los acreedores, los demás deudores o acreedores carecen de acción para solicitar el reembolso o la participación. Tal acción solo es dable en el caso de que medie entre los deudores o acreedores una relación interna, por virtud de la cual se fije la razón y medida en que se reembolsara el deudor que pago, o distribuirá el activo el acreedor que recibió. Si por ejemplo, los coobligados están unidos en sociedad, o tiene una herencia en común, o una propiedad indivisa, y contraen una deuda o responsabilidad por razón de tales situaciones, el deudor que pagó dispondrá de la *actio pro socio*.

Cuando falta semejante relación interna, la acción de regreso solo puede nacer de una disposición legal, cual sucede en el caso del *beneficium cedendarum actionum*, que atribuye al deudor pagador la facultad de pedir la cesión de la acción al acreedor, es decir lo que conocemos en el derecho civil guatemalteco como la reclamación por parte del deudor que realizó el pago a cada uno de sus codeudores la parte que a cada uno le corresponde en la obligación, con los intereses respectivos y gastos necesarios. Artículo 1,358 del código civil guatemalteco.

### 2.3 Elementos personales de la obligación.

Concebida la obligación como un vínculo entre dos personas, acreedor y deudor, la relación que une a ambas engendra directamente derecho para el sujeto activo, y no para un tercero, y hace recaer la presentación en el sujeto pasivo, y no en persona extraña. La obligación vincula a los sujetos contratantes, que son los que la han puesto en existencia: *inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur*.

El tercero, que no ha tenido participación alguna, ni directamente ni por representación, en la conclusión del contrato, no puede pedir su ejecución, como tampoco le puede ser pedida a él. A tenor de este principio, fuertemente arraigado en

el derecho romano, se considera nulas las estipulaciones a favor y a cargo del tercero. Sin embargo, el riguroso principio de la nulidad, propio de las épocas antigua y clásica, viene atenuado en el derecho justiniano.

a) Estipulaciones a favor del tercero. Según acabamos de decir, las estipulaciones a favor de tercero, esto es, aquellas en que uno de los sujetos contratantes se obliga para con el otro a realizar cierta prestación en beneficio de un extraño, son nulas. Aparte de lo expuesto, la razón de la nulidad puede encontrarse en que el contrato cumple, normal y regularmente, la función de servir como instrumento de adquisición de derecho o de Asunción de obligaciones para las partes que le dan vida. Lo que mueve a una persona a contratar es el adquirir para sí y no para otros.

No obstante la nulidad que hemos señalado, se puede asegurar la realización de la prestación establecida a favor de un tercero mediante una *stipulatio poenae*. Cabe convenir, en efecto, que si el comprometido a realizar una prestación en beneficio de un tercero, no la cumple, deberá satisfacerse al otro contratante, en concepto de pena, una determinada cantidad.

Ya en la misma época clásica se admite la validez de la estipulación, cuando el estipulante tiene algún interés en que la prestación a favor del tercero se cumpla. Así, por ejemplo, se establece por la jurisprudencia que si el tutor cede a un cotutor la gestión del patrimonio pupilar, puede estipular validamente, haciendo prometer de este último que administrará con diligencia tal patrimonio. Se otorga validez a la estipulación por la mala administración del patrimonio pupilar, puede acarrear también responsabilidad para el tutor.

Admitida la validez respecto de los contratantes, se plantea ahora el problema de la validez con referencia al tercero, en términos de apreciar si este tendrá acción para pedir el cumplimiento de la prestación estipulada en su favor. Si ciertamente

domina también en el derecho clásico el principio de la absoluta nulidad de la estipulación con relación al tercero, el derecho justiniano reconoce la validez en casos particulares:

a.1) El que dio en arrendamiento un fundo y después lo vende, pacta con el comprador que respetara al arrendatario.

a.2) El donante que se hace prometer del donatario que luego de pasado cierto tiempo restituirá la cosa donada a un tercero.

b) Estipulaciones a cargo de terceros. Los términos del contrato verbal la *stipulatio* solo permite prometer un hecho propio, y no también el hecho de una persona extraña. El estipulante y el promitente, únicos que intervienen en la conclusión de la relación obligatoria debe pronunciar palabras que, si no fijadas en formularios inmutables son siempre interpretadas de acuerdo con un criterio objetivo. Las partes pueden querer que un tercero haga, pero teniendo que adaptar su voluntad a la forma externa del derecho, el contrato verbal somete a normas fijas. En realidad, el contrato verbal se convierte en un instrumento de un fin que es independiente de la voluntad y, a veces, se manifiesta en contra de ella.

La estipulación en que se promete el hecho de un tercero se considera nula. Sin embargo, se decía en los textos que tal nulidad puede ser desviada mediante una redacción mas abierta, mas flexible o mas hábil del contrato verbal. Cabe que en el que aparece asumiendo el papel de un sujeto pasivo prometa, no ya el hecho de otro, si no hecho personal de procurar que otro haga.

Las Instituciones de Justiniano hablan, en efecto, de que cuando el promitente hubiese ofrecido que otro dará o hará alguna cosa, no quedara obligado, como, por ejemplo, si ofreciese que un tercero dará cien aureos, pero si hubiese prometido que este tercero los diese, queda obligado.

En todo caso, si alguno quiere prometer un hecho ajeno, puede prometer, para caso de incumplimiento el pago de una cantidad en concepto de pena. Con ello no se evita la nulidad de promesa principal, pero el promitente procura que tal hecho se realice para no incurrir en la pena.

El problema de la nulidad no se plantea en obligaciones de buena fe, donde la voluntad prevalece sobre la forma, obrando el juez en términos de servir a aquella. Si uno de los sujetos promete el hecho de un extraño, no se aprecia aquí un acto nulo, sino un acto querido por un contratante, el cual, en definitiva promete el hecho propio de procurar que otro haga.

c) Créditos y deudas por intermedio de personas en potestad. Según la concepción clásica, todas las personas sometidas al *pater familias* carecen en principio, de capacidad para tener un patrimonio independiente. Las personas *in potestas patris* gozan de capacidad negocial o de obrar, pero las adquisiciones que realicen, por razón de los contratos en que intervienen entran a formar parte del patrimonio del *pater*.

En lo que atañe a las deudas rige un principio opuesto. Según el antiguo derecho civil, el *pater familias* nunca queda obligado por las deudas que contraen los miembros sujetos a su potestad.

En el derecho clásico *filiusfamilias* (no la hija, la mujer casada y la persona *inmancipio*) se obliga validamente a si mismo, mientras que ninguna obligación civil alcanza al esclavo. El hijo se obliga *civiliter*, y puede ser demandado y condenado mientras este sujeto a la potestad paterna, si bien solo después de salir de ella le es dable al acreedor intentar la ejecución real. Las obligaciones contraídas por el esclavo, lo son *naturaliter*.

Con el fin de no entorpecer el tráfico jurídico, en el momento en que comienza a cobrar mayor auge el Pretor introduce varias excepciones al principio de la no responsabilidad del *paterfamilias*. Las excepciones tienen su expresión en las *actiones adiecticiae qualitatis*, cuyo nombre proviene de los glosadores.

d) Deudas contraídas por intermedio de *extranea personae*. El viejo derecho civil no admite la responsabilidad de contratar en nombre de otro. Consecuencia de ello es que el mandatario o procurador, el tutor o curador, en general el representante libre, sea el único que se obliga civilmente frente al tercero. Sin embargo, el derecho pretorio crea una serie de acciones merced a las cuales es dable al tercero dirigirse también contra el presentado o poderdante.

A semejanza de la *action intitoriae*, denominada *quasi institoria*, en el derecho clásico a favor del tercero y contra el representado, por razón de cualquier negocio cuya gestión se encomienda a un administrador o procurador, sin tratarse propiamente del caso del institor.

La *actio de in rem verso* es ampliada, en vía útil, por Justiniano, cuando una persona contrata en interés y por cuenta de otra, pero sin autorización, esto es como simple *negotiorum gestor*, el acreedor puede dirigirse contra el principal o *dominus negotii*, mediante una *utilis in rem verso actio*.

El convenido o demandado responde únicamente en la medida del enriquecimiento alcanzado por la gestión del intermediario.

e) Créditos por intermedio de *extraneae personae*. Solo tras un proceso lento se otorga sanción en beneficio del principal y contra los terceros, a los créditos adquiridos por intermedio de *extranea personae*. Se concede acción al principal contra los

terceros que negocian con el *institor*, al menos cuando la actuación de este lleva a peligro las cosas o bienes del medio.

En vía extraordinaria *los praefecti y los praesides provinciarum* suelen otorgar acción al *exercitor navis* contra los terceros, en razón de los negocios concluidos por el *magíster*. En el derecho Justiniano, el principal dispone de la acción útil frente a los terceros que contratan con el representante o procurador. Por las cantidades de dinero que da en mutuo el procurador, en nombre del principal, se concede a este la *actio certae creditae pecuniae*.

## **CAPÍTULO III**

### 3. El objeto de la obligación en el derecho romano.

#### 3.1 La prestación:

El objeto de la obligación es la prestación, que puede traducirse en un *dare*, *facere* o *prestare*. El término *dare* indica la prestación consistente en el traspaso al acreedor de la propiedad o un derecho real sobre la cosa. *Facere* significa, en sentido lato, toda prestación que importe un acto positivo, un hacer, incluido el *dare*; en sentido restringido, toda acción del deudor que no implique propiamente un *dare*. *Prestare* suele emplearse para aludir al contenido de la obligación en general, ya consista en un *dare* o en un *facere*, o en ninguna de ambas cosas, cual ocurre en el caso de la asunción de una garantía.

La prestación debe de ser posible: *impossibilium nulla obligatio est*. La imposibilidad puede ser física o jurídica; es física cuando, por ejemplo, si se vende una cosa que ya no existe en el momento de contratar; es jurídica, por ejemplo, cuando si se vende una cosa que esta fuera de comercio. Cuando no se trata de imposibilidad objetiva, sino atañera a la persona del deudor, la obligación sufre validamente. La dificultad económica o de otra suerte en que se encuentre el deudor no impide el nacimiento de la obligación.

Exígesse también que la obligación sea lícita, es decir no contra ni a la ley ni a la moral. En otro caso, la obligación es nula.

Además importa que sea determinada, o cuando menos que reúna los elementos objetivos suficientes para su determinación. Puede confiarse esta a un tercero, de modo que decida según su libre arbitrio.

Finalmente, la prestación debe tener carácter patrimonial. Con esto se alude a la posibilidad de ser valorada en dinero, pero ha de observarse que es la conciencia social la que decide sobre tal extremo. Prestación patrimonial es la que se puede valorar en dinero, si tal no repugna a la conciencia del pueblo.

### 3.2 Clases de prestación:

Según el derecho romano clasificaba a la prestación de diferentes maneras, las cuales analizaremos a continuación:

a) Obligaciones divisibles e indivisibles. El derecho romano indicaba que una prestación es divisible cuando su cumplimiento o ejecución puede hacerse por fracciones, esto es por partes, sin sufrir menoscabo o alteración su esencia y valor. En el caso contrario se consideraban indivisibles.

Es generalmente divisible la obligación que consiste en un *dare*, ya que la propiedad y los demás derechos reales pueden constituirse *pro parte*. Sin embargo, son indivisibles las servidumbres prediales, e indivisibles también las obligaciones genéricas y alternativas que versan sobre un *dare*, puesto que la división alteraría su naturaleza.

Son indivisibles, por regla general, las obligaciones que consisten en un *facere*, no se considera susceptible de división de un hombre dirigida a un opus, porque la obra es el todo y no una parte. Sin embargo, son divisibles las obligaciones *faciendi* que tienen por objeto la prestación de obras *quae numero, pondere, mensura consistunt* (que se pueden contar, pesar o medir).

b) Obligaciones genéricas y específicas. Son obligaciones genéricas las que recaen sobre objetos no determinados individualmente, sino por sus rasgos generales por ejemplo, un esclavo, diez sacos de maíz. La elección del objeto perteneciente al *genus* corresponde al deudor, si nada se determina. En el derecho clásico, el acreedor

a quien compete la elección puede exigir que se le preste la calidad optima; en el derecho Justiniano, el objeto prestado o exigido debe ser de calidad media ( *mediae aestimationis*), de modo que no se libera el deudor prestando la calidad pésima, ni el acreedor puede pretender la calidad óptima.

Si la elección compete al deudor o es conferida expresamente al acreedor cabe su transmisión a los herederos, porque se incorpora a la obligación misma. No se concibe la extinción de la obligación genérica por padecimiento del objeto, cabalmente queda siempre la posibilidad de elección entre los objetos que forman el *genus*, a no ser que este sea muy limitado y se destruyan las cosas que lo integran.

Distinta de la obligación genérica, es la obligación específica, que versa sobre un objeto, cierto, individual y concreto, por ejemplo, el pedir cinco sacos que maíz amarillo de óptima calidad.

c) Obligaciones alternativas. Aquellas obligaciones en que el deudor ha de cumplir una sola prestación entre dos o mas disyuntivamente. Señaladas dos o mas prestaciones, el cumplimiento de una de ellas, según elección hecha por el deudor o por el acreedor tiene efecto liberatorio. La obligación alternativa se concreta, para ser cumplida en un único objeto. La elección entre los varios objetos corresponde al deudor, a no ser que el titulo constitutivo disponga expresamente lo contrario. El deudor tiene la facultad de cambiar de opinión, esto es de rectificar la elección del objeto *ius variando*, hasta el momento del pago efectivo.

Si compete la elección al acreedor, en virtud del titulo constitutivo, el derecho a cambiar de opinión dura hasta la *litis contestatio*, derecho clásico; o hasta que haya reclamado judicialmente uno de los objetos, derecho justiniano.

La expresión adoptada en el titulo constitutivo puede determinar la negativa de *ius variandi*, en termino de mantenerse firme la declaración hecha con anterioridad a la

*solutio* o a *la litis contestatio*. Tal ocurre cuando en el *legado* o en la *stipulatio* se añade a la indicación de los varios objetos la cláusula *quem voluero*.

El derecho de la elección se transmite a los herederos del deudor o del acreedor, según que lo tuviera uno u otro. Cuestión discutida por los clásicos es la relativa a quien corresponde el derecho de elegir la cosa que debe ser restituida cuando el deudor pago por error *per ignorantiam* las dos cosas que estaban señaladas en términos de recíproca exclusión. Según unos, la facultad de elegir corresponde al antiguo acreedor, ahora deudor; según otros, a quien la tuvo también respecto de la cosa que entra en el cumplimiento.

La misma eficacia del pago produce una *acceptilatio*: hecha remisión solemne de una de las cosas debidas, se extingue la obligación. En orden al *pactum de non petendo*, referido a una de las prestaciones la cuestión es resuelta por los clásicos de acuerdo con el tenor de las palabras empleadas y con la eficacia de la *exemptio* en el procedimiento formulario. El derecho justiniano presta atención a la voluntad de las partes, interpretado normalmente el pacto de no pedir un objeto como remisión plena de la deuda.

Destruída una o todas las cosas sobre las que recaen la elección, el derecho clásico adopta soluciones acordes con la peculiar estructura de la obligación alternativa y con las normas que rigen en materia de responsabilidad civil. El régimen justiniano se resume en estos dos principios: 1º. Si corresponde la elección al deudor, y sin culpa suya perecen una de las dos cosas debidas alternativamente, le es dable liberarse pagando la *aestimatio* de la que pereció, 2º. Si perece una cosa por culpa del deudor, siendo de este la elección, y otra sin su culpa, no se libera, otorgándose al acreedor *actio doli* para obtener un resarcimiento. Concentración de la obligación sobre el objeto que no ha perecido, en el primer caso, y extensión de la obligación, en el segundo, son las soluciones dadas por los clásicos.

d) Obligaciones facultativas. La característica esencial de esta obligación reside en que, recayendo la prestación sobre un objeto determinado, el deudor tiene la facultad de liberarse entregando otro objeto que no sea el debido. Así, por ejemplo, el obligado por sentencia condenatoria a resarcir los daños causados por un animal de su propiedad, puede liberarse entregando el animal *noxae deditio*. Es de advertir que el nuevo objeto no afecta el contenido de la obligación, esto es, no entrar *in obligatione* el objeto principal, el objeto debido, por lo que si la obligación es nula respecto de éste, el deudor queda libre. De igual modo, si el objeto principal se destruye o perece por caso fortuito, se libera el deudor.

e) Obligaciones de dinero. En oposición a las obligaciones cuyas prestaciones recaen sobre cosas, las obligaciones de dinero tienen por contenido sumas pecuniarias. La obligación, por ejemplo, de pagar 1,000.00 quetzales, no versa precisamente sobre mil monedas de quetzal, sino sobre una cantidad de valores que pueden ser hechos efectivos en cualquier moneda de curso legal, bien sean en piezas de oro, plata, euros o yenes, etc. Si el deudor o acreedor se convienen en que el pago se hará en veinte piezas de oro la obligación no es de dinero, sino de cosa, de cosa fungible. Pero en los casos en que falta un convenio de tal naturaleza, la obligación es siempre de dinero, habrá que recibir en pago lo que desde el punto de vista jurídico tenga semejante conceptualización.

## **CAPÍTULO IV**

### 4. Fuentes de las obligaciones en el derecho romano.

#### 4.1 Fuente de las obligaciones.

Según el diccionario de derecho usual del licenciado Guillermo Cabanellas, define como fuente de las obligaciones de la siguiente manera: **Origen o procedencia de las mismas en su aspecto vincular. La denominación figurada de manantial de los vínculos jurídicos consistentes en dar, hacer o no hacer alguna cosa, es decir, que dicha expresión proviene del Derecho romano, que establecía la división clásica cuatripartita en contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. Posteriormente se agregó una nueva fuente *la ley.....*<sup>2</sup>**

#### 4.2 Obligaciones nacidas de contrato.

Según la concepción romana de la época clásica, contrato (*contractus*), es el acto lícito que, *descansando* en un acuerdo de voluntades, se endereza a la constitución de un vínculo obligatorio. Presuponiendo siempre el acuerdo, el efecto jurídico sólo en determinados casos ( en los llamados contratos consensuales) depende exclusivamente en el acuerdo mismo, en todos los demás tal efecto se supedita al *agere* o a la forma. Por otra parte, ya hemos dicho que hay actos lícitos que no se fundan en el acuerdo, y crean sin embargo un vínculo obligatorio.

La sucesiva evolución se inclina más y más a exaltar el acuerdo (*conventio, consensus* ), erigiendo en requisito dominador. En el derecho justiniano, contrato es todo acuerdo capaz de constituir a una persona en deudora de otra. Refiérase el acuerdo a toda suerte de obligaciones, o de derechos reales, ya a la modificación o extinción de cualquier relación jurídica. Queda así superada la concepción propia de la *Ius civile*, al tenor de la cual el *contractus* solo puede producir *obligaciones*.

---

<sup>2</sup> CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, pág. 229.

El autor Juan Iglesias indica que las *instituciones de Gayo*, clasifican los contratos en **reales, verbales, literales y consensuales**.<sup>3</sup> Fuente de *obligationes* es el contrato, y éste es un acto que puede traerlas a la vida según modos diferentes, *re, verbis, litteris, consensu*.

a) *Verbis*. Cuando se perfeccionan por las palabras. Son la *dictio dotis*, el *iusiurandum liberti* y la *stipulatio*. Estos contratos se perfeccionan por medio de las palabras, bajo ciertos requisitos.

b) *Litteris*. Cuando se realizan por menciones escritas. El contrato *litteris* se perfecciona por medio de menciones escritas llamadas *nomina transcriptitia*, y que literalmente significa nombres que son transcritos, nombres de los deudores que aparecen en el *codex* o libro de caja del acreedor, con las cantidades que por ellos le son debidas.

c) *Re*. Cuando son perfectos por la entrega de la cosa. Los contratos *re*, mutuo o préstamo de consumo, comodato o préstamo de uso, depósito o prenda, se perfecciona por la entrega de la cosa (*Re*), pues se consideró con razón que nadie estaba obligado a devolver si previamente no había recibido.

d) *Consensu*. Cuando para su perfeccionamiento basta el consentimiento de las partes. Los contratos consensuales, compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato, son perfectos por el sólo consentimiento de las partes; son el polo opuesto de los contratos formales y solemnes del antiguo derecho civil.

Tal clasificación atañe a negocios del *ius civile* vigentes en la época clásica, fuera de ella quedan el *nexum* ( figura que en la historia de la *obligatio* ocupa una posición especial, no bien conocida por los mismos juristas romanos ), así como los contratos innominados.

---

<sup>3</sup> IGLESIAS, Juan, **Derecho romano**, pág. 252

Los contratos pueden clasificarse desde otro punto de vista, así tenemos:

a) Contratos unilaterales y bilaterales. Según que nazca obligación para una sola de las partes, como sucede en el mutuo y en los contratos *verbis y litteris*, o para ambas, lo cual ocurre en la compraventa, en el arrendamiento. Los contratos bilaterales, **(llamados también sinalagmáticos<sup>4</sup>)**, se distinguen a su vez en *perfectos e imperfectos*, con lo cual se entiende, respectivamente, que unas veces nacen obligaciones recíprocas, mientras otras solo surge obligación para una parte, si bien es posible que, eventualmente, surja también para la otra. Del comodato también deriva una acción ( *actio directa* ), ejercitable por el comodante, pero también cabe que éste quede obligado, por ejemplo, por los gastos que ha hecho el comodatario para conservación de la cosa. Y dígase lo propio en los casos de depósito, prenda y mandato.

Tratándose de contratos bilaterales, no se admite que una de las partes pueda exigir la prestación de la otra mientras no haya satisfecho u ofrecido cuando menos la propia. Sobre esta base ha sido construida la doctrina moderna de la *exceptio non adimpleti contractus*.

b) Contratos *iuris civiles e iuris gentium*. Según que sean celebrados entre romanos o sean tenidas también por partes personas romanas o extranjeras, o solamente extranjeras. Traen su origen de la corriente del *ius gentium* los contratos consensuales, los contratos reales.

c) Contratos de buena fe y de derecho estricto. Según que den o no lugar a un *iudicium bonae fidei*. En los *stricti iuris* la función del juez se reduce a decir con un sencillo **si** o **no** sobre la existencia o inexistencia, desde el punto de vista jurídico, de la pretensión del actor, concretada en la *intentio* de la fórmula. En los *iudicia bonae fidei*, por el contrario, el juez puede valorar las particulares circunstancias del caso, teniendo en cuenta todo aquello que es dable exigir entre personas justas y leales.

---

<sup>4</sup> El contrato bilateral es identificado con el griego *synallagma*.

En el derecho posclásico la antítesis adquiere máximo relieve en el ámbito de la relación sustancial, del derecho material, hablándose de contratos de buena fe y de derecho estricto.

Son contratos de buena fe la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el mandato, el depósito, la fiducia, la prenda, el comodato y los contratos innominados.

d) Contratos reales. Para los clásicos *obligatio, quae re contrahitur* quiere decir obligación que se contrae mediante la cosa. *Obligari re* significa, en efecto, que la obligación nace de la transmisión en propiedad de una cosa o de una cantidad de cosas, para que a su tiempo se restituya de la cosa misma u otro tanto del mismo género y calidad. En relación con las obligaciones *re*, Gayo solo menciona el mutuo. Se ocupa el jurista de la *indebiti solutio*, diciendo que también se obliga *re* el que recibe lo que no le es debido, por cuanto pesa sobre él el deber de pagar, antes quiere extinguir un negocio que ponerlo en existencia. La probable razón de que Gayo no incluya la *fiducia* entre las obligaciones *re* estriba en que, sirviendo a fines varios y mostándose, de todas maneras, en función accesoria de una *mancipatio*, no logra adquirir figura propia de contrato.

El autor Juan Iglesias indica que en el **Digesto y en las Instituciones, figuran como contratos reales además del mutuo, la prenda, el comodato y el depósito. Sin embargo, la dación de la cosa no acarrea aquí la transmisión de la propiedad, cual ocurre en el mutuo: al acreedor pignoraticio sólo pasa la posesión; el comodatario y el depositario son simples detentadores. En este momento, es la necesaria entrega de la cosa la que otorga al contrato naturaleza real.**<sup>5</sup>

Dentro de los elementos del contrato podemos mencionar:

a) El consentimiento de las partes (*consensus*)

---

<sup>5</sup> Iglesias, **Ob. Cit**; pág. 254

b) La cosa objeto del contrato (*Res*)

c) El precio (*premtium*)

Según el autor Flavio Herrera la esencia del contrato, queda perfecto desde el instante en que las partes están de acuerdo en cuanto al precio y la cosa, aunque no se haya entregado la cosa ni pagado el precio. Hasta Justiniano, se introdujo la innovación que consiste en que, si las partes habían estipulado como condición que había que entregarse un documento, el contrato no estaba perfecto hasta que no se hubiese llenado este requisito u, mientras tanto, sólo había un pacto sin fuerza obligatoria. Los autores indican que esto no significa que la venta en que debía otorgarse un instrumento fuese, por esta circunstancia u contrato literal. El documento era *conditionis implondae causa*, es decir, un medio de prueba; pero no causa de la obligación.<sup>6</sup>

En relación con las cosas incorporales se admite la compraventa de una servidumbre predial, del usufructo, de la herencia ya adquirida por el heredero, de un crédito mediante su sesión.

#### 4.3 Obligaciones derivadas de actos lícitos no contractuales.

Dentro de las fuentes de obligaciones tenemos la que nos ocupa que en el derecho romano le llamaban obligaciones nacidas *quasi ex contractu*, la cual se daba cuando la fuente de ella no estaba en el acuerdo de voluntades de dos o más personas contratantes, sino en la consumación de determinados actos civiles lícitos que producían efectos análogos a los de un contrato, son los llamados cuasi contratos del derecho civil moderno. Los romanos decían que la obligación nacía en estos casos como de un contrato. Las principales fuentes de estas obligaciones eran, según las Instituciones de Justiniano, las siguientes:

a) *La negotiurum gestio*. Consistía esta fuente generadora de obligaciones

---

<sup>6</sup> HERRERA, Flavio; **Curso de derecho romano**, pág. 102

en la gestión de los negocios de una persona por otra que voluntariamente los tomaba a su cargo en interés del dueño *dominus* y sin que este último lo supiera. Los elementos necesarios para que este acto jurídico produjera obligaciones, eran:

- Que la gestión de negocios se realizara en provecho del *dominus* y no en provecho del gestor.
- Que el dueño ignorara la gestión, pues si tenía conocimiento de ella y la consentía, no había *negotiorum gestio*, sino un contrato de mandato por consentimiento tácito del dueño de los negocios.

Las obligaciones nacidas de este cuasicontrato eran parecidas a las del mandato. El gestor debía finalizar los negocios emprendidos y dar cuenta de ellos al dueño transfiriéndole todo el beneficio resultante de la gestión. A su vez el *dominus* o dueño de los negocios debía rembolsar al gestor todo gasto útil invertido en la gestión; indemnizarle de todo perjuicio, y si se había hecho deudor con motivo de la gestión, debía relevarlo de la deuda tomándola a su cargo. Las obligaciones a cargo del gestor se hacían judicialmente por medio de la acción *negotiorum gestorum directa*, o sea la del *dominus* contra el gestor; y las obligaciones que podían surgir a cargo del *dominus* y a favor del gestor se hacían efectivas por medio de la acción *negotiorum gestorum contraria*, o sea la del gestor contra el *dominus*.

b) La indivisión. Tenía lugar la indivisión cuando dos o más personas eran dueñas en común de una o más cosas determinadas o de una universalidad de bienes como en la herencia indivisa, pero sin que tal situación jurídica proviniera de un contrato entre los dueños o comuneros. La principal obligación a cargo de todos los comuneros o dueños en común era la de permitir la división de la cosa singular o universal, de donde ha surgido el precepto moderno de que ninguno de los condueños de una cosa singular o universal está obligado a permanecer en la indivisión.

Podían surgir otras obligaciones provenientes de la administración de la cosa o de las comunes, administración que en principio estaba a cargo de todos los comuneros.

La obligación de permitir la división de la cosa o de las cosas comunes se hacía judicialmente efectiva por medio de la acción *común dividendo*, si no se trataba de herencia, y por medio de la acción *familiae erciscundae*, cuando la cosa común era una herencia. El juez tenía en estos casos la facultad de dar propiedad de determinadas partes de la cosa común a cada uno de los condueños o comuneros.

c) La herencia. El heredero necesario a quien se confería una herencia o el heredero voluntario que la aceptaba, adquirirían ciertas y determinadas obligaciones, por ejemplo, de pagar los legados. Y en este caso, no habiendo vínculo contractual entre el heredero y el legatario, se decía que la obligación de aquél nacía *quasi ex contractu*, es decir, como de un contrato. No sucedía lo mismo con la obligación de pagar las deudas hereditarias, pues en este caso la obligación no hacía sino pasar a transmitirse del causante al heredero, conservando la misma causa que la había hecho nacer en cabeza de aquel.

d) Tutelas y curatelas. El tutor o el curador que administraban bienes del pupilo, tenían para con este último obligaciones semejantes a las del mandatario para con el mandante, y a su vez podían surgir a cargo del pupilo ciertas obligaciones para con el tutor o curador semejantes a las del mandante con el mandatario. Pero como entre el pupilo y el guardador no había habido contrato se decían que tales obligaciones nacían *quasi ex contractu*.

e) Enriquecimiento injusto. Se da esta figura como fuente de obligaciones, cuando una persona se lucra a costa de otra, sin estar asistida por una causa jurídica, lo más frecuente es que semejante enriquecimiento provenga de la entrega de una cosa por parte de quien se crea obligado a ello, cuando no lo está en realidad. Si en tal

caso la propia norma jurídica justifica el traspaso de la propiedad, y el perdidoso no puede intentar la *rei vindicatio*, sea porque se le es negada, o porque determinadas circunstancias impiden su ejercicio, se hace necesario reconocer y curar la sinrazón del enriquecimiento. Tal finalidad se logra en el Derecho romano mediante la *condictio*, la acción *in personam* típica.

Dicho en otras palabras podríamos decir que se daba el enriquecimiento sin causa, si una persona pagaba por error lo que no debía, surgía a cargo del supuesto acreedor la obligación de devolver lo que en tales condiciones había recibido. Entre los elementos esenciales para que surgiera esta obligación tenemos:

- Que entre el que pagaba y el que recibía no existiera vínculo jurídico alguno, ni aun una obligación meramente natural. Porque si existía siquiera una obligación natural, el pago hecho voluntariamente por el deudor, siendo capaz, le confería al acreedor natural el derecho a la *solutio retentio*, esto es, a retener lo recibido, tal como si se tratara de una obligación civil.
- Era preciso que el pago se hiciera por error, es decir, ignorando el que pagaba la inexistencia del vínculo jurídico. Si se pagaba a sabiendas de que no se debía, se reputaba el acto como una liberalidad y no daba lugar a la restitución de lo recibido.

Si el deudor a plazo pagaba antes de vencerse este, no podía decirse que pagaba lo que no debía, porque el plazo o término suspensivo no suspendía la existencia de la obligación, sino solamente su exigibilidad. Por consiguiente, aun cuando la anticipación del pago se debiera a error, no podía pedirse la devolución de lo pagado.

Pero si se trataba de una obligación bajo condición suspensiva, y se pagaba por error antes de cumplirse la condición, surgía la condición cuasicontractual de devolver lo recibido, porque la condición suspensiva retardaba no solo la exigibilidad, sino la

existencia misma de la obligación, la cual no existía, por tanto, sino desde que la condición se cumpliera, el cumplimiento de este tipo de obligación se ejercitaba por medio de la acción denominada *condictio indebiti*

f) Promesa unilateral. Dentro de los casos en que la promesa unilateral vincula al promitente tenemos *la pollicitatio y del votum*.

*Pollicitatio*: La validez jurídica de la simple promesa unilateral se admite excepcionalmente, al abrigo de razones de interés público o de circunstancias especiales. Si no deben surgir derechos a favor de quienes no han manifestado el deseo de adquirirlos, resulta difícil, por otra parte, patentizar el hecho de una promesa unilateral. La promesa de recompensa a quien facilite la devolución de una cosa perdida o robada sólo vincula en el caso de que medie un acuerdo. Ejemplo de una promesa de tal naturaleza tenemos una inscripción mural de Pompeya que se lee: **desapareció de la tienda un caldero de cobre. Si alguien lo devolviese, se le darán XV sestercios; si entregase al ladrón donde la cosa pueda conservarse, XX sestercios**. El cumplimiento de la *pollicitatio*, se logra por la vía administrativa *cognitio extra ordinem*.

*El votum*: Era una promesa hecha por los romanos a la divinidad, y su obligatoriedad se hace efectiva, por lo que parece, en términos semejantes a la *pollicitatio*.

#### 4.4 Obligaciones derivadas de actos ilícitos.

Delito es todo acto ilícito sancionado con la pena. Los delitos pueden ser públicos o privados, según se trate, de actos que ofenden al Estado o a un particular. El delito era, pues, en el derecho romano fuente de obligaciones civiles a cargo del delincuente y a favor de la víctima. Se consideraba como delito un hecho ilícito, previsto y sancionado por la ley.

Los delitos públicos, eran castigados con pena pública (corporal o pecuniaria), recibían el nombre de *crimina*; afectaban el orden público, el orden político, las instituciones, la seguridad del Estado, pero sin lesionar directamente a la persona de los particulares. Los delitos privados se consideraban lesivos tan solo de la persona de la víctima y creaban a favor de esta y a cargo del delincuente una obligación civil. No perteneciendo los delitos públicos al derecho privado.

Los delitos privados, eran castigados con una pena privada pecuniaria, se conocen bajo las denominaciones técnicas de *delictia* o *maleficia*. Los principales delitos privados previstos por las leyes romanas eran: El *furtum* o hurto, la *rapina* o hurto cometido con violencia, el *damnum iniuria datum* o daño causado injustamente en cosa ajena, y la *injuria*.

La anterior distinción no se muestra conforme con el concepto moderno del delito, en cuanto que el delito viene referido a un trastorno o quebrantamiento de una norma dictada en interés del orden social, de la comunidad ciudadana. Hoy día, delito y pena pública son ideas que guardan estrecha relación. Y si en el ámbito de las relaciones entre particulares se habla de delito, conviene advertir que las obligaciones aquí surgidas no tienen carácter de pena. El hecho ilícito o delito civil fundamenta un derecho de indemnización, porque lo que se toma en cuenta no es otra cosa que el desequilibrio ocasionado a un patrimonio.

a) *Furtum*. Comete hurto (*furtum*), no solo quien quita una cosa ajena para apropiársela, sino también quien trata la cosa como propia contra la voluntad de su dueño. Junto a la vieja y estrecha concepción materialista del *furtum*, caracterizada por la *amotio rei*, por ese sacar o remover la cosa del lugar en que se encuentra, aparece aquí la más amplia y adelantada del *contrectatio rei*, que abarca todos aquellos casos en que hay un uso o una intromisión no consentida por el propietario. La segunda concepción se sobrepone a la primera, definiéndose en general el *furtum* como *contrectatio rei alienae invito domino o dolo malo*.

Justiniano trata de meter en un cuadro sistemático los variados casos de *furtum*, distinguiendo la sustracción de la cosa (*furtum rei*), el uso ilícito (*furtum usus*), y la indebida apropiación (*furtum possessionis*).

El *contrectatio* comprende tanto la sustracción (*ablatio*) o el uso ilícito de la cosa ajena (*furtum usus*), cuando la indebida posesión (*furtum possessionis*).

El *furtum* determina una lesión injusta de la posesión que otro tiene respecto de una cosa. En este sentido, poco importa que quien posee de buena fe, no sea propietario. Y no se comete *furtum* frente al propietario no poseedor.

La obligación a cargo del autor del *furtum* y a favor de la víctima tenía como objeto el pago de una suma determinada de dinero como sanción penal e indemnización civil al mismo tiempo. La acción encaminada a obtener el cumplimiento de la obligación delictual nacida del *furtum* era la *actio furti*, que tenía el doble carácter de acción civil y de acción penal, y se dirigía no solo contra el autor principal, sino también contra los cómplices o auxiliares.

También existían acciones puramente civiles tendientes a la restitución de la cosa o su valor tales como la *reivindicatio*, la acción *ad exhibendum* y la *condumio furtiva*, las cuales pasaban a los herederos del delincuente, al paso que la *actio furti*, teniendo como tenía carácter formal, no podría dirigirse contra aquellos. Si varias personas habían tomado parte en el *furtum*, ya como autores principales o como cómplices o auxiliares, su responsabilidad era solidaria.

b) *Rapina*. La *rapina* (*bona vi rapta*) no constituía al principio una figura propia de delito, sino un hurto cualificado: sustracción hecha con violencia. El arrebato violento de las cosas ajenas es circunstancia que agrava, naturalmente, el hurto, y por eso se llama *improbis fur* a quien procede de tal manera.

Comprendida como esta la *rapina*, en el concepto y normas del *furtum*, es dable la concurrencia de la *actio vi bonorum raptorum con la actio furti*. En la época clásica quien ejercitaba la *actio vi bonorum raptorum*, no puede intentar luego la del hurto, en tanto que el ejercicio de esta no impide el posterior entablamiento de aquella. Mas no se sabe si, admitida la acumulación (lo que hoy es objeto de controversia ) *la actio vi bonorum raptorum* competía por el cuádruple, o por el simple valor de la cosa, en sustitución de la acción *reipersecutoria*, o por lo que falta sobre lo conseguido con la acción de hurto, es decir, por el doble.

c) *Damnum iniuria datum*. Bajo esta denominación se conocía en el derecho romano el daño causado injustamente en una cosa ajena. *Nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere ius non habet* (nadie causa daño sino cuando ha hecho lo que el derecho no le permite hacer). Desde las doce tablas se consagró como principio general la obligación de reparar esta clase de daños. Pero fue la Ley de Aquila, en la época de la República, la que vino a establecer un sistema más completo sobre la materia. Por consiguiente, el daño causado por simple culpa caía bajo su sanción. De aquel el nombre del culpa aquiliana o extracontractual que los expositores suelen dar a la culpa que llegue a causar un daño en bienes ajenos que no son objeto de una obligación, para distinguirla de la culpa llamada contractual. Estas dos culpas contractual y aquiliana o extracontractual, se diferencian jurídicamente de la siguiente forma

- La culpa contractual admite distintos grados según hemos visto; al paso que la culpa aquiliana no admite grados: existe o no existe.

- La culpa contractual se presume en la inejecución de un obligación, lo que quiere decir que si el deudor no cumple, tiene a su cargo la prueba de que no pudo cumplir por caso fortuito; y si no da esa prueba, lleva en su contra la presunción de culpa. Al paso que la culpa aquiliana no se presume, debe probarse, y solo en virtud de esa prueba produce sus efectos contra el culpable.

La acción destinada a hacer judicialmente efectivas las obligaciones establecidas por la Ley de Aquila, se denominaba *actio legis aquiliae*, que se extendía *in solidum* a los coautores, cómplices y auxiliadores del delito, y aun como acción civil a los herederos de estos hasta concurrencia del provecho que reportaran el daño causado.

d) *Iniuria*. Se conoció con este nombre en el derecho romano todo acto ilícito, provisto por la ley que causara un daño a otro en su persona física o moral. Quedaban pues, comprendidos en esta definición los golpes, las heridas y los maltratamientos de obra causados a una persona, así como también las ofensas contra su honor su fama y buena reputación, los ataques al pudor, etc. todos estos hecho daba lugar a una reparación civil a favor de la víctima, reparación que se estimaba en dinero por el ofendido y que se fijaba por el juez en la sentencia. *Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit* (Generalmente llamase injuria todo lo que se hace sin derecho).

e) Los actos ilícitos del derecho pretorio (cuasi delitos). Entre los actos mas importantes perseguidos por el Pretor como ilícitos, mediante concesión de acciones penales *in factum conceptae*, y que luego pasan a engrosar la categoría Justiniano de los cuasi delitos, tenemos los siguientes.

e.1) *Si iudex litem suma facerit*. El pretor otorga una acción *in bonum et aequum concepta* contra el juez que obra dolosamente al pronunciar sentencia. En la época justiniana la responsabilidad viene extendida a la negligencia y la pena puede reducirse a la *vera aestimatio litis*.

e.2) *Positum et suspensum*. Esta acción es concedida por el Pretor contra el *habitor de una casa que coloca o suspende algún objeto de manera* que, con su caída, podría causar daño a cualquier transeúnte, la acción es popular, prescinde de que medie o no culpa y se endereza a una condena.

e.3) *Effusum et deiectum*. Esta acción es concedida contra el *haborator* de un edificio desde el cual se arroja algo a un lugar de tránsito, ocasionando un daño. Si el daño afecta a una cosa se responde con el doble; si se trata de herida a un hombre libre, la acción se concibe *in bonum et aequum*. En caso de muerte, se otorga una acción popular por la suma de cincuenta mil sestercios.

Aparte de la responsabilidad naciente del *receptum*, los *nautaem caupones* y *stabularii*, se obligan en doble, mediante *acciones in factum*, por los hurtos y daños que cometen sus dependientes en la nave, en el albergue o en el establo.

Fuera de los casos definidos como cuasidelitos, son de recordar otros actos ilícitos que guardan relación con la idea de daño o perjuicio patrimonial o moral causado a otra persona, entre ellos tenemos la violación de sepultura (*sepulchrum vilatum*), perseguibles por la *actio sepulchri violati*, que acarrea una pena determinada al arbitrio del juez, si la ejercita el titular del *ius sepulchri*, si es ejercitada como acción popular; la corrupción del esclavo ajeno, cuyo castigo se logra mediante el ejercicio de la *actio servi corrupti*, la usurpación injusta de bienes de contribuyentes por parte de los públicos; el daño causado por el agrimensor declarando una medida falsa, sea en una controversia de linderos o confines, sea a la hora en que una cosa es objeto de venta o división.

En conclusión las obligaciones nacidas *quasi ex maleficio* se daban cuando un hecho no estaba definido como delito por la ley, pero llegaba a causar daño a la persona o propiedad de otro, el autor del hecho debía reparar el perjuicio. Y esa responsabilidad civil se extendía aun a las persona bajo cuyo cuidado o dependencia estuviera el autor del daño. Podemos apreciar aquí el origen de la responsabilidad civil común por los delitos y las culpas que nuestra legislación extiende al autor directo y a aquellas personas de quien ese autor depende en el momento del hecho.

## CAPÍTULO V

### 5. Cumplimiento de las obligaciones en el derecho romano

#### 5.1 Lugar y tiempo de la prestación.

Comenzaremos indicando que el efecto primordial de la obligación es su cumplimiento o ejecución. La ejecución o cumplimiento normal, es decir, conforme con el contenido dado por las partes a la obligación en el momento constitutivo, se llama pago. Los romanos hablaban de *solutio*, pero tal termino no alude originariamente a este aspecto objetivo y materialista del cumplimiento de la deuda. Al principio, *solutio* (*de solvere*), antitesis de *ligare*, se refiere a la liberación del deudor, a la extinción de la *obligatio*, sin tener en cuenta la manera en que se verifica. Junto a tal acepción coexiste otra, de origen más reciente, que atribuye a *solutio* el significado restringido de prestación de lo que es debido, *solvere dicitur qui id facir quod facere promisit* (se dice que paga aquel que hace lo que prometió hacer).

El lugar en que el deudor debe realizar la prestación y el acreedor aceptarla puede venir determinado por las partes, directa o indirectamente. Una declaración explícita y directa se verifica, por ejemplo, cuando el acreedor estipula *ephesi decem dari*. La determinación se infiere de la propia naturaleza de la prestación se trata de la entrega de un inmueble o de la realización de cierto trabajo en un fundo.

Si no se ha determinado el lugar, y la prestación recae sobre cosas fungibles, el cumplimiento debe realizarse allí donde el acreedor puede pedirlos en juicio. Dado que la acción personal sólo puede intentarse en el *forum domicilii*, ( en vía excepcional ante los jueces del lugar de origen, cuando por casualidad se encuentre allí), el deudor tiene el derecho a ejecutar la prestación en el lugar de su domicilio. Tratándose de cierta *species*, de una cosa o de una cantidad determinada, la prestación ha de hacerse en el lugar en que se encuentra, o en aquel en que se encontraría de no haber obrado dolosamente el deudor, transportándola a lugar distinto. El acreedor está facultado, sin

embargo, para pedir que la cosa le sea prestada en otra parte, soportando el riesgo y los gastos. Un principio más libre rige en materia de fideicomisos, que debe prestarse en el lugar en que se encuentra la mayor parte de la herencia.

El acreedor no puede exigir la prestación en lugar distinto del señalado al constituir la obligación. Mas si el crédito esta amparado por una acción con *intentio certa*, puede resultar prácticamente inexigible cuando el deudor se encuentre ausente del lugar fijado. El proceso de la época clásica exige la presencia *in iure* del demandado, y de otra parte, una persecución judicial del deudor en lugar distinto del establecido en el acto constitutivo de la *obligatio*, origina una *plus petitio*. Para evitar el peligro de la *plus petitio* otorga el Pretor la *actio de eo quod certo loco*, cuya fórmula está concebida en términos que el juez, al considerar las consecuencias del cambio del lugar, tenga en cuenta el interés de ambas partes.

No es preciso recurrir a la *actio de eo quod certo loco* cuando el crédito es exigible mediante una acción de buena fe, ya que el juez resuelve aquí teniendo en cuenta lo que es exigible entre personas justas y leales, y aprecia, en consecuencia, la situación modificada por las partes.

El tiempo de pago puede ser determinado por las partes o inducirse del propio contenido del negocio. Cuando no se fija término, la prestación se debe en el día mismo en que nace la obligación (*praesenti die*), a no ser que, habiéndose señalado un lugar para el cumplimiento, o tratándose de la realización de un *opus*, por ejemplo, *omun aedificari*, la propia naturaleza de las cosas ecija una dilación, de manera que cumpla el deudor cuando razonablemente pueda hacerlo.

## 5.2 El incumplimiento de las obligaciones.

Veremos que el deudor se vincula al acreedor en orden al cumplimiento de una determinada prestación. El cumplimiento puede resultar objetivamente imposible, y, en tal caso, se disuelve el vínculo. De imposibilidad objetiva no cabe hablar cuando la

obligación recae sobre una cosa genérica: la dificultad económica o de otra suerte en que se encuentre el deudor es algo que se aparta del impedimento natural, único que puede liberare.

En el ámbito de las obligaciones que tienen por objeto una *certa res* (obligaciones que imponen como único deber el de entregar la cosa), el deudor responde del incumplimiento cuando la imposibilidad proviene de un acto a él imputable. Se libera, en cambio, cuando la imposibilidad no depende de un acto suyo, o como dicen los romanos, cuando *per eum non stat quaminus praestet*. Ni la omisión del deudor acarrea responsabilidad, ni se toma en cuenta, cuando surge ésta, por un acto positivo, el elemento intencional. El heredero que mata o manumite al esclavo que el difunto prometió mediante *stipulatio o lego per damnationem*, responde frente al acreedor, aunque ignore la promesa estipulatoria el testamento. Cuando la imposibilidad del cumplimiento de la prestación deriva del *factum debitoris*, se duda todavía si alcanza responsabilidad a quien realiza el acto positivo ignorando que es deudor.

Con referencia a casos en que la responsabilidad puede resultar inícuca, los juristas llegan a admitir algunas exenciones: En materia de obligaciones extracontractuales, sancionadas por una *condictio certae rei* (pago de lo indebido, donación *mortis causa*), el que adquiere un esclavo que debe restituir a otra persona, sólo es responsable de la manumisión del mismo cuando sabe o puede pensar que está obligado a entregarlo.

El deudor responde por dolo, en tanto se libera por caso fortuito. El problema estriba en saber si en la época clásica responde también por culpa. Dolo es la intención o propósito deliberado de observar una conducta que acarrea la imposibilidad de cumplir la prestación. Culpa tanto significa como negligencia y se contrapone a diligencia. Caso fortuito es cualquier evento no imputable al deudor.

La jurisprudencia de los últimos tiempos republicanos y, sobre todo, de la época clásica, aprecia en las relaciones contractuales una noción de imputabilidad distinta de la que sirve de sustento al dolo. Mientras el dolo implica una infracción intencionada de la obligación contractual, la culpa entraña una conducta deshonesta, una inobservancia de un deber de prudencia que pesa sobre cada miembro de la comunidad ciudadana en la vida de relación. La culpa es concebida como desviación de un modelo ideal de conducta: el modelo viene a ser representado, unas veces, por la *fides o bona fides*, y otras, por la *diligentia de un paterfamilias* cuidadoso, la conducta contraria a la *FIDES* es asimilada, en su efecto, al *dolus*. Clásica es la *diligentia*, y clásica la medida del *bonus paterfamilias*, por más que sean los justinianos quienes la han elevado a la categoría de concepto técnico y fundamental en la teoría de la culpa.

a) El dolo. Podemos decir que el dolo consiste en los actos y omisiones que llevan en sí la intención de causar perjuicio al acreedor y que proceden como consecuencia del incumplimiento de la obligación. Es, pues, elemento esencial en el dolo la intención de causar daño al acreedor. En cuanto a las consecuencias del dolo sobre la responsabilidad civil del deudor, imperó en el derecho romano el principio general y absoluto de que todo deudor debía responder de su dolo que trajera como consecuencia el incumplimiento de la obligación. Ningún deudor quedaba libre de su obligación si el no cumplimiento de ella se debía a su propio dolo. Ya veremos en qué forma se hacía efectiva esa responsabilidad cuando por consecuencia del dolo se hacía imposible satisfacer el objeto propio y directo de la obligación.

A diferencia de lo que sucedía tratándose de la fuerza mayor o del caso fortuito, las partes contratantes no podían convenir en ningún caso, en que el deudor no respondiera de su dolo. El principio general que hemos expuesto no podía, pues, ser modificado en el contrato por la voluntad de las partes. A nadie le era lícito alegar su propia inmoralidad. Pero, una vez que el dolo se hubiera realizado por parte del

deudor, podía muy bien el acreedor renunciar a las consecuencias civiles de él, prescindiendo de hacer efectiva la responsabilidad civil del deudor.

b) La culpa. Desde el punto de vista del incumplimiento de la obligación se ha considerado como culpa todo acto u omisión del deudor, que sin llevar en sí la intención de causar perjuicio al acreedor, produce, sin embargo, el incumplimiento de la obligación por no poderse satisfacer el objeto propio de ella. La diferencia entre el dolo y la culpa estriba, pues, en que aquel existe en el deudor sin intención de dañar, ya consista en hecho positivo o negativo que produzca como consecuencia la no satisfacción del objeto propio de la obligación. *Culpa est quod, cum a diligente praevidere potuit, non est praevisum* (Constituye culpa el no haber previsto cuando pudo preverse por persona diligente).

Desde el derecho romano se han considerado en la culpa del deudor diferentes grados los cuales analizaremos a continuación.

b.1) Culpa grave o lata. Era aquel hecho u omisión del deudor en que no incurrian ni aun las personas negligentes o descuidadas. Así, pues, sería culpa grave del deudor de un esclavo el que no le diera de comer, y, como consecuencia de ello, pereciera. *Lata culpa est nimia negligentia id est non intelligere quod omnes intellegunt* (Culpa lata es la negligencia excesiva, esto es, no comprender lo que todos comprenden).

b.2) Culpa leve. Era aquel acto u omisión imputable al deudor en que no habría incurrido un buen administrador de sus negocios. Pero esta última culpa se apreciaba en el derecho romano de una misma manera, pues se consideraba ya en abstracto, ya en concreto; de ahí la subdivisión de la culpa leve en *culpa levis in abstracto* y *culpa levis in concreto*, subdivisión que es propia y exclusiva del derecho romano. Para apreciar la *culpa levis in abstracto* se tomaban como modelo las capacidades o cualidades de un buen *pater familias*. En la culpa *levis in concreto* se consideraba

como tipo o modelo de comparación la persona misma del deudor en la administración de sus negocios propios. Así, esta clase de culpa era la omisión o el acto del deudor en que él mismo no habría incurrido en el manejo de su propios bienes.

La culpa grave o lata se asimilaba en sus efecto civiles al dolo, por eso los romanos indicaban que *magna negligentia culpa est, magna culpa dolos est* (la Fran negligencia es culpa, la gran culpa es dolo. Por consiguiente, todo deudor debía responder de su culpa grave, sin que la convención de las partes pudiera eximirlo de dicha responsabilidad. Pero tratándose de *culpa levis* no imperaba el mismo principio; no todo deudor respondía de su leve culpa, y entre los que de ella respondían se apreciaba unas veces *in abstracto* y otras *in concreto*.

. c) Del caso fortuito y de la fuerza mayor. Se entiende por caso fortuito en materia de inejecución de las obligaciones, todo hecho imprevisto e independiente de la voluntad del deudor, que trae como consecuencia la imposibilidad de cumplir la obligación. Se este hecho era de tal naturaleza que el deudor no pudiera resistirlo, se denominaba *vis major* (fuerza mayor). O como indicaban los romanos *quod humano captu praevideri non potest, aut cui praeviso non potest resisti, tales sunt aquarum inundationis, incursos hostium, incendia, mortes animalium*. (lo que la mente humana no puede prever, o lo que, previsto, no se puede resistir, tales son las inundaciones, las incursiones de los enemigos, los incendio, las muertes de los animales).

Existía pues, distinción jurídica entre caso fortuito y fuerza mayor, por lo que hace a las consecuencias del caso fortuito y de la *vis major*, en el derecho romano impero el principio general de que el deudor quedaba libre de su obligación, en caso de que se produjera uno de estos fenómenos. Pero aquel principio no era absoluto. En primer lugar, si el caso fortuito y la *vis major* se producían por el dolo o por la culpa del deudor, este no quedaba libre, puesto que entonces la imposibilidad de cumplimiento de la obligación se debía indirectamente al dolo o a la culpa del deudor, esto es, a hechos que le eran imputables.

En segundo lugar, el convenio de las partes podía modificar el principio general, estableciendo en determinado contrato que el deudor no quedara libre a pesar del advenimiento de un caso fortuito o de un hecho de fuerza mayor, o bien podían convenir las partes contratantes que el deudor no se libertara sino en determinado caso fortuito o fuerza mayor, o que solamente con el advenimiento de uno de estos fenómenos quedara libre y subsistiera su responsabilidad civil en el otro.

### 5.3 Efectos del incumplimiento por parte del deudor.

Siempre que el deudor deba responder del incumplimiento, según los criterios la obligación subsiste, y el acreedor puede pedir en juicio la prestación de la cosa debida, cual si ésta no hubiese perecido, a falta de cumplimiento de la prestación, la condena ha de recaer sobre una suma de dinero, cuyo montante determina el propio acreedor, bajo juramento, o directamente el juez.

El contenido de la condena es variable, porque los romanos tenían varias modalidades de la fórmula. Si la fórmula lleva una *intentio certa*, la condena se centra en el valor común de la cosa, o si se quiere, en el valor que esta tiene para cualquiera; en caso de *intentio incerta*, nada impide que entre en juego ( y esto es lo normal) el criterio subjetivo, de suerte que la condena mire al valor que tiene la cosa para la propia persona del acreedor. Existían casos, sin embargo, en que, mediando circunstancias o elementos de diversa naturaleza, la cláusula *quanta ea res est* lleva a superar la pauta objetiva.

El interés comprende el daño positivo o sea, el daño emergente, y las ganancias frustradas, o sea, el lucro cesante. En todo caso es preciso que el daño sufrido por el acreedor derive del incumplimiento. En el Derecho justiniano, y siempre que la obligación recaiga sobre un objeto cuya estimación pueda determinarse con certeza, la valoración del daño no puede superar el montante del doble de lo que importa la prestación. El deudor que no cumplía con la prestación convenida caía en una situación de *mora*, la cual explicaremos a continuación.

*Mora*: El deudor incurre en *mora* cuando no cumple en tiempo oportuno, y por causa que le es imputable la prestación debida; *la mora debitoris*, era según hemos dicho, la situación jurídica en que se colocaba el deudor que había retardado injustamente el cumplimiento de la obligación, una vez que fuera exigible y el acreedor lo hubiera requerido para dicho cumplimiento. De ahí se desprende que para que esta situación jurídica se produjeran eran indispensables los siguientes elementos:

a) Que la obligación fuera exigible. Por consiguiente, si la obligación era a plazo o bajo condición suspensiva y no se había vencido el plazo ni había llegado la condición, no podía producirse la mora del deudor que en este estado dejara de cumplir la obligación. Pero si la obligación era pura y simple, siendo, por lo tanto exigible desde que tenía existencia jurídica, podía sobrevenir la mora del deudor, una vez que fuera requerido por el acreedor para su cumplimiento. Otro tanto sucedía si la obligación era a plazo o bajo condición suspensiva, y había vencido el plazo o llegado la condición.

b) Que hubiera culpa o dolo. Era necesario que el retraso en el cumplimiento de la obligación se debiera a dolo o culpa del deudor. Por consiguiente, si el retardo se debía a un caso fortuito o de fuerza mayor, no podía decirse que el deudor incurría en mora, puesto que aquellos hechos llegaban hasta dispensarlo del cumplimiento de la obligación, según hecho visto.

c) Que hubiera *interpellatio*. Por la sola exigibilidad de la obligación, y el retardo culpable o doloso del deudor, no se producía la mora del deudor, para que se produjera la *mora* del deudor; era indispensable, además, que se realizara lo que en derecho romano se llamaba la *interpellatio*, o sea, el requerimiento que debía hacer el acreedor al deudor para que cumpliera la obligación. Los romanos indicaban ***Mora fieri intelligitur non ex re sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit*** ( Se entiende que la mora se produce no de parte de la cosa sino de la persona, esto es si es requerido el deudor en el lugar adecuado, no hace el

**pago)** solamente a partir de ese requerimiento se producía la mora del deudor, aun cuando se hubiera vencido el plazo o se hubiera cumplido la condición suspensiva, siempre que se reunieran los otros dos elementos ya enumerados.

Tan solo en dos casos no era necesaria la *interpellatio* del acreedor, al deudor para que se produjera la *mora debitoris*: una cuando el deudor se había ausentado sin dejar representante, con intención de perjudicar al acreedor, y la segunda cuando la obligación provenía de un delito de hurto. En estos caso la mala fe manifiesta del deudor lo colocaba en una situación excepcional en cuya virtud se le consideraba en *mora*, sin necesidad de requerimiento previo del acreedor.

La necesidad de requerimiento previo del acreedor para que se produjera la *mora* del deudor patentiza la diferencia o distinción jurídica entre dos situaciones que es preciso no confundir: la exigibilidad de la obligación y la *mora del deudor*.

La exigibilidad de la obligación es la posibilidad jurídica de pedir el cumplimiento de ella. La *mora* es el estado en que se coloca el deudor por su dolo o culpa cuando retarda el cumplimiento de la obligación exigible, una vez requerido de pago por su acreedor. La exigibilidad de la obligación es elemento esencial de la *mora*, pero no se confunde con ella. Una obligación podrá ser exigible y, sin embargo, no hallarse el deudor en mora. Esto sucedía cuando había llegado el momento de cumplir la obligación, y el acreedor no había hecho la *interpellatio* al deudor, para que procediera a su cumplimiento, pues según hemos visto, la mora no se producía sino a partir de la *interpellatio*, y para que dicha *interpellatio* era indispensable que la obligación fuera exigible.

Desde el momento mismo en que el deudor quedara constituido en mora, soportaba el riesgo del cuerpo cierto objeto de la obligación, es decir, si ese cuerpo llegara a perecer, así fuera por caso fortuito o fuerza mayor, subsistía en todo caso su responsabilidad civil. Algunos jurisconsultos romanos expresaron esta idea diciendo

que la mora del deudor perpetuaba su obligación. Pero habiéndose hecho imposible el cumplimiento de esta en su objeto propio, se transformaba en la indemnización de los perjuicios provenientes del no cumplimiento de la obligación. El principio general de que en el estado de mora ni aun el caso fortuito o la fuerza mayor libertaban al deudor, tuvo una limitación: si se probaba que el caso fortuito o la fuerza mayor habrían sobrevenido igualmente aun habiendo la cosa ido a poder del acreedor por cumplimiento oportuno de la obligación, se volvía a la regla general de la liberación del deudor, puesto que no habiendo tenido influencia la mora del deudor en la inejecución de la obligación, tal resultado no era afecto de ella.

Si el objeto de la obligación era una suma determinada de dinero, las consecuencias de la mora del deudor eran distintas. No podía hablarse entonces del caso fortuito que destruyera el objeto de la obligación, puesto que el dinero se consideraba como cosa de género, y en virtud del principio *genra non pereunt* (los géneros no perecen), no se aplicaban entonces las reglas sobre la liberación del deudor por pérdida o destrucción de la cosa debida. Pero como el acreedor sufría indudablemente perjuicio por el retardo en el cumplimiento de la obligación de dinero, la equidad imponía que el deudor moroso le indemnizara de tales perjuicios. Se considero que los perjuicios moratorio equivalían al interés que el acreedor hubiera podido hacer producir a la suma debida, desde la constitución del deudor en mora; y así fue como se estableció que el deudor moroso debía pagar al acreedor un interés a determinada tasa legal, desde el momento en que hubiera sido constituido en mora. Estos son los intereses que nuestro ordenamiento civil guatemalteco llama legales ( artículo 1947 Código Civil) y a que queda obligado el deudor moroso a favor del acreedor.

#### 5.4 Consecuencia de la *mora debitoris* en caso de pluralidad de deudores.

Este caso se daba en la situación de que hubieran varios deudores, y uno de ellos incurría en mora, la pregunta era ¿debían los otros sufrir las consecuencias de la mora del deudor que había caído en ella?.Para resolver esta situación es preciso que

recordemos que la mora es una situación jurídica producida por culpa o dolo del deudor que ha retardado injustamente el cumplimiento de la obligación; y como las consecuencias del dolo y la culpa son personales para el deudor culpable o doloso, debe concluirse que las consecuencias desfavorables de la *mora debitoris* no se producían en caso de pluralidad de deudores, sino solo para aquel que en ella hubiera incurrido.

Ahora bien, si el deudor principal en una obligación garantizada con fianza incurría en mora, el fiador sufría también las consecuencias de ella, por cuanto estaba subordinado al deudor principal en razón del vínculo de dependencia que hacía de aquel un deudor accesorio; y aplicando el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, el fiador seguía al deudor principal cualesquiera que fuesen las situaciones jurídicas en que este llegara a colocarse.

#### 5.5 Purgación de la *mora debitoris*.

La mora del deudor no era una situación permanente e inmutable; era solamente transitoria en cuanto perduraba mientras subsistiera el retardo culpable o doloso en el cumplimiento de la obligación. Pero una vez que ese retardo cesara, la situación de mora debía terminar también, se decía entonces que el deudor purgaba la mora, y ese hecho jurídico se denominaba *purgatio morae debitoris*. Pues bien, la mora del deudor se purgaba, ya porque cumpliera la obligación demorada, ya porque manifestara por hecho indudables estar dispuesto a satisfacer debidamente el objeto de la obligación. Pero esa intención debía aparecer de manera evidente, de suerte que si no se cumplía la obligación, ello se debiera ya al dolo o culpa del acreedor que se negara a recibir el pago

#### 5.6 *Mora creditoris*.

Llamada también *mora in accipiendo*, como lo hemos indicado, la mora del acreedor consistía en el retardo injusto de este en aceptar el pago que debidamente le ofreciera el deudor. La *mora creditoris* debía resultar, pues, del dolo o de la culpa del

acreedor, no podía producirse por caso fortuito ni por fuerza mayor que hubiera impedido al acreedor aceptar el pago válido ofrecido por el deudor. Para que se produjera la *mora creditoris* se requería lo siguiente:

a) Que la negativa del acreedor a recibir el pago fuera injusta, esto es, culpable o dolosa.

b) Que el ofrecimiento del deudor fuera válido, por hacerse en un todo de conformidad con los términos de la obligación, no podía por tanto, producirse la *mora creditoris* si la oferta del deudor no comprendía la totalidad del objeto de la obligación, o se hacía en un lugar distinto de aquel en que debía cumplirse, porque entonces la negativa del acreedor no era injusta.

#### 5.7 Efectos de la *mora creditoris*.

El principal efecto de la *mora creditoris* era que los riesgos de la cosa debida, ya fuera esta un cuerpo cierto o una cosa de género, pertenecían al acreedor desde el momento en que incurriera en mora de recibir. Si, por consiguiente, la cosa debida perecía durante la *mora creditoris*, el acreedor moroso soportaba la pérdida. El deudor era responsable, en ese estado, sino por su dolo o su culpa grave. Y este principio imperaba, según lo hemos indicado, aún cuando el objeto de la obligación fuera cosa de género; lo que no sucedía antes de la mora del acreedor, puesto que, según hemos visto, la destrucción de las cosas de género debidas, no liberaba al deudor.

Había, pues, una derogación de este principio en el caso de mora del acreedor se consideraba que en este caso la *mora creditoris* producía en cierto modo una individualización de las cosas de género materia de la obligación, lo que hacía que si se destruían sin dolo ni culpa grave del deudor, este quedara libre. Si se trataba de una obligación de pagar determinada suma de dinero, la *mora creditoris* hacía cesar los intereses que estuviera produciendo dicha suma.

Del mismo modo que la mora del deudor, la mora del acreedor podía cesa en sus efectos una vez que el acreedor se hallara dispuesto a recibir el pago válidamente ofrecido por el deudor. Pero esta *purgatio morae* del acreedor, no destruía retroactivamente los efectos que hubiera producido anteriormente.

## CAPÍTULO VI

### 6. Extinción de las obligaciones en el derecho romano

#### 6.1 Los modos de extinción

El *vinculum* que entraña la *obligatio* puede desaparecer de raíz, según determinación del *ius civile*. Siempre que medie una causa de extinción civil el *dare facere oportere* cae por su base, e inútil será, por consiguiente, invocar en juicio la tutela de un derecho. Si no subsiste el *oportere*, el juez rechaza, en cuanto infundada, la reclamación del acreedor.

Cabe todavía que, subsistiendo la *obligatio*, según el *ius civile*, otorgue el Pretor al deudor la facultad de paralizar, mediante *exceptio*, la *actio* entablada por el acreedor, y así junto a la extinción civil, *ipso iure*, se da una extinción pretoria. La distinción entre unos y otros modos de extinguir la obligación tiene especial significado en la época clásica; las causas de extinción *ipso iure* pueden ser invocadas en cualquier fase del juicio, en tanto que la *exceptio* ha de ser incertada en la formula y, por consiguiente propuesta *in iure*.

l) Dentro de las causas de extinción *ipso iure* tenemos:

a) Pago. El pago, constituye el modo normal de extinguir la obligación. Prestado al acreedor lo que le es debido, la obligación cualquiera que sea su objeto se extingue definitivamente *in perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil abstit competi liberatio* (Proceda la liberación a perpetuidad cuando adquieres definitivamente lo que yo te debía y no puede ser repetido lo que se pagó), el pago tiene eficacia extintiva siempre que haya correspondencia objetiva entre el contenido de la obligación y el acto del deudor. Significa esto que el deudor ha de observar una determinada forma cuando así lo reclame la naturaleza de la prestación. Si la

obligación consiste por ejemplo, en la enajenación de una finca, el deudor, en la época clásica, ha de transmitir la propiedad.

El pago debe ser hecho por el deudor, pero puede hacerlo también un tercero, a no ser que, habiéndose considerado especialmente las cualidades o aptitudes del obligado se exija a él, precisamente, el cumplimiento de la prestación. El pago que hace el tercero tiene eficacia liberatoria cuando se da en éste la intención de extinguir la deuda ajena, y poco importa que el deudor no tenga conocimiento del mismo o que, teniéndolo, lo prohíba, hace hincapié la frase *cum sit iure civile constitutum licere etiam ignorantibus invitique meliorem condicionem facere* ( porque se halla establecido por el derecho civil que es lícito mejorar la condición de una persona, aun sin su conocimiento y contra su voluntad. El pago debe ser hecho al acreedor o a un representante suyo ( tutor, curator, mandatario), etc. En caso de *stipulatio*, es dable indicar una persona a la cual pueda también pagar el deudor. El deudor está obligado a satisfacer el pago íntegro, si una persona tiene varias deudas con el mismo acreedor, puede imputar el pago de una suma a aquella que prefiera extinguir. Si el deudor nada dice al respecto, y paga una cantidad cuyo montante es inferior al de todas las deudas, está al arbitrio del acreedor determinar por cuál quiere que se haga pagado. A falta de determinación por parte del que paga y del que cobra, rigen las reglas especiales que salvaguardan el interés del deudor. En virtud de ellas, el pago se imputa, respectivamente, a los intereses, al crédito vencido, al crédito más oneroso o más antiguo antes que al capital, al crédito cuyo vencimiento no ha llegado, al crédito menos oneroso o al más moderno si no se dan tales elementos, el pago se imputa proporcionalmente a cada una de las deudas.

El deudor debe satisfacer la prestación debida, con el consentimiento del acreedor puede hacer una prestación distinta.

La prueba del pago puede hacerse, en la época clásica, de cualquier modo. En el Derecho justiniano la libertad de prueba sufre graves limitaciones: el pago

de deudas resultantes de documentos debe probarse con cinco testigos, o bien mediante recibo (*apocha*), pero éste sólo tiene eficacia plena luego de transcurridos treinta días si que el acreedor lo haya impugnado.

b) *Solutio per aes et libram*. Es un medio de extinción aplicable a las obligaciones provenientes de condena judicial y a los legados damnatorios. En presencia de cinco testigos, cuando menos, y de un fiel contraste, el deudor hace esta declaración: *Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam post remanque expendo secundum legem publicam* ( Puesto que yo he sido condenado por sentencia judicial a tantos miles de sestercios, por este título me desato y me libero de ti con este bronce y balanza, yo te peso, de acuerdo con la ley pública, esta primera y última libra). Entonces golpea la balanza con el *raudusculum* y lo entrega al acreedor a manera de pago. Esta forma de liberación sigue una evolución pareja a la de la *mancipatio*, y así lo que en principio importaba pago efectivo, se convierte luego en pago ficticio (*imaginaria solutio*), pero que libera en todo caso al deudor. Al igual que en todos los *gestaper aes et libram*, no existe ya en el Derecho justiniano.

c) *Accepilatio*. Es un modo de extinguir obligaciones contraídas *verbis o litteris*, el deudor interroga al acreedor con estas palabras: *Quod ego tibi prom,isi habesne acceptum?* (¿Has recibido lo que yo te prometí?), y el acreedor responde *habeo* (lo he recibido). Al principio la *accepilatio* sigue a un pago efectivo, siendo una forma de declaración del recibo; más tarde, era empleada para la remisión de deudas contraídas *verbis*. En ese último momento se otorga fuerza extintiva a la declaración del recibo, y de por sí esto es en concepto de *imaginaria solutio*.

Dada la estructura formal, la *accepilatio* no admite términos ni condiciones, cabía sin embargo, que tenga por objeto una deuda sujeta a condición, por manera que el cumplimiento de ésta libera al que *sub condicione pecuniam promisit* (promete dinero bajo condición).

La *accepilatio* sirve para extinguir las obligaciones verbales, estipulatorias, pero no las demás. Si se quiere cancelar obligaciones no derivadas de contratos verbales, es menester transformarlas antes, por novación en estipulaciones.

d) *Consensus contrarius*. La obligación derivada de contrato consensual puede extinguirse por mutuo acuerdo de las partes, si bien esto sólo procede antes de que una de las partes verifique la prestación. La regla clásica atañe según parece a la compraventa, cabe señalar que esta regla no se aplicaba en lo concerniente a la sociedad y al mandato, ya que estos contratos pueden disolverse por decisión unilateral. Y en el Derecho justiniano la aceptación hecha por uno solo de los contratantes libera a ambos, considerándose lo mismo que si entre ellos hubiese mediado convenio en orden al apartamiento del negocio.

e) *Novación*. Novación es la sustitución de una obligación por otra, la novación o *novatio* como la llamaban los romanos, importa extinción de una obligación precedente por la transfusión o transposición de su contenido en una *posterior stipulatio*, Ulpiano, citado por el autor Juan Iglesias define la novación de la siguiente manera ***transfucio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem***<sup>7</sup> (novación es la transfusión y conversión de una deuda anterior en otra obligación), añadiendo que la creación de la *nova obligatio* extingue la antigua.

Para que tuviera nacimiento la novación, solo existía un medio, que era la *stipulatio*.

La novación puede afectar a los sujetos o al objeto de la obligación; la novación subjetiva tiende a substituir la persona del acreedor o la del deudor; la novación en cuanto el objeto debía contener algo nuevo respecto de la precedente, que puede ser la alteración del lugar o tiempo para el pago, la adición o la eliminación de una

---

<sup>7</sup> Iglesias, **Ob. Cit**; pág. 317

condición. La novación extingue, por regla general, las garantías personales y reales, así como los privilegios inherentes al crédito renovado. De igual modo, dejan de devengarse los intereses.

f) *Concursus causarum*. Tiene lugar cuando el acreedor adquiere, por otra causa la cosa concreta que le es debida, según la vieja doctrina la adquisición en propiedad, por título diferente de la misma cosa, de la cosa individualmente determinada, extingue la obligación, porque no se concibe que esta recaiga sobre lo que ya está en dominio del acreedor .

g) Confusión. Las obligaciones se extinguen por confusión, esto es, por llegar a darse en una misma persona las cualidades de acreedor y deudor. Ocurría esto como consecuencia de la herencia o de otra adquisición universal.

h) Muerte. Ciertas obligaciones se extinguen por la muerte de uno de los sujetos, así ocurre por ejemplo con las obligaciones delictuales, con las fundadas en relaciones de confianza o en consideración a las personas ( mandatos).

II) Dentro de las causas de extinción *ope exceptionis* o sea del derecho pretorio tenemos:

a) Compensación. La compensación tiene lugar cuando el deudor opone al acreedor un crédito que tiene a su vez contra éste. En el derecho clásico el saldo recíproco de dos créditos contrarios no asume el carácter de principio general y autónomo, a la manera de lo que ocurre en el derecho moderno, la compensación es un fenómeno procesal, y sólo actuable cuando la estructura de la *formula* permite al juez tener en cuenta el crédito del demandado, condenándole por la sola diferencia o absolviéndole, si las partidas son iguales. La posibilidad de hacer una valoración conjunta, superando el inconveniente que representa el aislamiento de cada derecho de crédito. Los casos en los que podía darse son:

En un *iudicium bonae fidei*, el iudex ( juez ) puede tener en cuenta las recíprocas pretensiones de las partes, no condenando sin más al demandado cuando el demandante está obligado hacia él por una prestación analoga. No es obligación del juez evaluar las recíprocas obligaciones de las partes, pero tal es lo que parece conveniente en juicio de buena fe.

*El bonorum emptor* o comprador de la masa de bienes de un concurso debe demandar con descuento, esto es, de manera que se condene al deudor únicamente en lo que resta, una vez deducido lo que debe a éste el concursado. No es necesario que las prestaciones sean de la misma naturaleza, ni que el crédito contrario sea vencido.

El demandado al invocar el crédito contrario no se procura un derecho de excepción, sino que hace uso de una excepción ya adquirida, la excepción compensatoria es un medio defensivo legal. Al juez no se le otorga libertad para admitir o rechazar compensaciones, se le manda que admita las compensaciones, advirtiéndole que, a los efectos de evitar una dilación perjudicial a la demanda, solo tenga por tales las que están sujetas al límite fijo de la causa líquida.

b) *Pactum de non petendo*. Es el acuerdo no formal por el que el acreedor promete no exigir al deudor la prestación. Lo mismo que la *acceptilatio*, cumple una función liberatoria de remisión de la deuda, pero se diferencia de ella que no destruye la raíz, o sea la obligación. El *Pactum de non petendo* da lugar a la *exceptio pactio conventi*, mediante la cual el deudor, sin negar la obligación, se opone a la acción por la que reclama la prestación perdonada. A diferencia también de lo que ocurre con la *acceptilatio*, los efectos del pacto puro y simple de perdón pueden sujetarse a término o a condición e incluso revocarse por un pacto de naturaleza contraria. La eficacia del pacto puede limitarse al solo deudor o extenderse también al heredero, al fiador y al codeudor solidario, en la época clásica el *pactum de non petendo* no favorece al

heredero, salvo mención especial, ni al codeudor solidario, sino únicamente al fiador, como deudor accesorio.

c) *Praescriptio longi temporis*. En virtud de la cual fenecen todas las acciones no ejercitadas durante treinta años.

## CAPÍTULO VII

### 7. Transmisión de las obligaciones en el derecho romano.

#### 7.1 Transmisión de los créditos.

Fuera de la sucesión a título universal, no se concibe una transmisión de las relaciones obligatorias, se opone a ello el propio carácter personal de la obligación romana, o si se quiere, la atadura de la propia persona que ésta implica .

El fundamento de la intransmisibilidad de las obligaciones en el derecho primitivo era que, desde que estas no eran transmisibles a los herederos, no podían serlo por el acreedor a ninguna otra persona por vía de cesión. Este principio consagrado por Gayo, fue admitido siempre en Roma, pero como tal rigorismo perjudicaba las transacciones y, por otra parte, las perjudicaba la teoría de la no representación que complicaba el mandato, que se idearon recursos para soslayar el obstáculo, con dos procedimientos:

a) La novación. para realizar una cesión de crédito por este medio, el cesionario estipulaba del deudor lo que debía al cedente. Este procedimiento, sin embargo, tenía el doble inconveniente de requerir el consentimiento del deudor y, como la novación extinguía la deuda anterior con sus garantías, el cesionario recibía una deuda nueva sin garantía.

b) *Procuratio in rem suma*. El cedente da al cesionario mandato para perseguir al deudor en propio interés de dicho cesionario, reservándose para sí el provecho del ejercicio de la acción, este procedimiento no pudo ejercitarse bajo las *legis actionis* que no admitía la representación en justicia; pero aventajaba al de la donación en que no requería la intervención ni adhesión del deudor ni extinguía la obligación ni sus garantías. Tenía sin embargo inconvenientes como que el cesionario no era dueño del crédito sino a partir de la *littis contestatio* cuando por novación necesaria, el derecho pasaba al cesionario y de éste nacía el derecho a la condena, el efecto en la formula,

la *intentio* era en nombre del cedente que era el acreedor; pero la *condenatio* era ya a nombre del cesionario. A esta formula los romanos le llamaban *formula rutiliana*.

Antes del momento dicho, el cesionario era, pues, sólo mandatario y, por ende, la muerte del cedente le privaba del derecho de gestionar y luego, el deudor podía continuar pagando al cedente. Después se advierte un progreso para el cesionario, en cual consistió en que se admitió que, cuando por muerte del cedente, no tuviera el cesionario acción de mandato, podía ejercitar acciones útiles y una constitución de Gordiano mandó que el deudor no podía seguir pagando al cedente desde que el cesionario lo enteraba de la cesión por una *litis denuntiatio* o hubiera sido reconocido como acreedor.

En el bajo imperio se restringe la facultad de ceder. Teodosio y Honorio, en una constitución, prohíben ceder un crédito a persona más pudiente. Otras constituciones de Anastasio y Justiniano prescriben que cuando un crédito ha sido cedido por un precio inferior al nominal, el deudor puede liberarse reembolsando al cesionario el precio de la cesión y, por último, otra constitución de Justiniano prohibió a los tutores o procuradores devenir cesionarios de créditos contra los que eran o habían sido sus pupilos y sobre los que habían ejercido su ministerio.

Todos los créditos eran cesibles, en principio, menos los litigiosos y las acciones por injurias. El solvente no estaba obligado a garantizar la solvencia del deudor; pero si la existencia de la deuda y la no existencia de excepción que evitara la acción, bajo pena de dolo por transmitir derecho que no existe o que no es exigible judicialmente. El cesionario podía emplear todas las acciones del cedente, menos las personales y el deudor podía oponerle todas las excepciones que hubiera podido oponer al cedente, menos las personales, como el beneficio de competencia.

## 7.2 Transmisión de las deudas.

La transmisión de las deudas sólo era actuable, al principio, mediante novación, en la figura de la *expromissio*. Este resultado práctico también podía conseguirse constituyendo al nuevo deudor en mandatario *in rem suma*, es decir en perjuicio propio, pero legitimado pasivamente lo era sólo el deudor antiguo: el acreedor no estaba obligado a aceptar el juicio contra el cesionario de la deuda, ni podía obligarle a tomar parte activa en el proceso.

## CAPÍTULO VIII

### 8. El procedimiento de las acciones en el derecho romano.

#### 8.1 El iudicium privatium.

El acto jurídico por excelencia es la acción, es decir la actuación enderezada a resolver una controversia mediante una decisión definitiva (*iudicium*) fundada en la opinión (*sententia*) de un juez privado. El que la ejercita es un actor, o sea, el demandante y el demandado, el objeto del litigio es la res. Las *acciones* son el tema del derecho procesal, *actio* tenía un sentido más general, de cualquier clase de actuación, pero en lenguaje jurídico, se especifica en este sentido procesal.

En la época clásica, los juicios relativos al *ius* son juicios privados, no solo por la razón de la materia, sino sobre todo por la condición privada de los litigantes y del juez que no es el magistrado, ni un funcionario, sino un particular al que se le encargó el juicio llamado por los romanos *iudex privatus*; los *iudicia privata* se distinguen así de los juicios públicos entre los que se comprendían los juicios criminales, políticos, etc. En los juicios privados, el magistrado interviene con su jurisdicción tan solo para encauzar el litigio; podía autorizar el trámite de la reclamación o podía impedirlo durante el tiempo de su magistratura, y de este modo venía a controlar la efectividad de todo el derecho, pretorio y civil.

En una época del derecho romano las actuaciones procesales se acomodaban a lo prescrito en las leyes, y consistían en determinadas gestos y formas orales que debían tener lugar ante el magistrado. El número de estas *legis acciones* debía ser bastante limitado, y su tramitación muy rígida, las dos más principales y más antiguas son las del *sacramentum in rem*, que servía principalmente para apoderarse de cosa propia y la de *la manus iniectio* que servía para apoderarse de un deudor que no pagaba y perduro como acción de ejecución cuando la reclamación contra los deudores hubo de tramitarse mediante un previo juicio declarativo. Más progresiva,

aunque ya conocida por las XII Tablas, es la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, en ella el demandado formulaba oralmente su pretensión indicando la causa de la misma y, si el demandado no le satisfacía, se procedía al nombramiento de un juez o, si había que valorar o dividir algo, de un árbitro que hiciera la estimación o reparto, esta acción nacía para reclamar deudas pecuniarias nacidas de una *sponsio* que era una forma de prometer que antes no tenía mas sanción que la puramente religiosa, así como para dividir herencias o, para dividir cualquier copropiedad. También podemos mencionar una *legis actio per condictionem*, la cual fue introducida para reclamar deudas pecuniarias de cantidad determinada, en esta forma de litigar, el demandante, sin indicar la causa de su reclamación, pedía directamente la comparecencia a los treinta días, a fin de elegir el juez; esta forma de reclamación por *condictio* parece limitada de la que servía antiguamente para las reclamaciones dirigidas contra pueblos extranjeros.

Los romanos tenían formulas procesales que se caracterizaron por su tipicidad, es decir, para cada supuesto típico se fue adaptando una formula escrita especial. La estructura general de la fórmula es la de una instrucción de condenar al demandado si el juez comprueba que se da un determinado supuesto, y de absolver en caso contrario. En cabeza de la misma debe figurar el nombre del juez elegido, después del nombramiento del juez pueden figurar según sea el tipo de formula las cláusulas que eran:

a) *Intentio*. Es el derecho pretendido por parte del demandante, y se puede dar en dos variantes:

a.1) Cuando se pretende un objeto determinado, la *intentio* no es mas que una simple hipótesis, la diferencia más importante es entre aquellas acciones que reclaman una cosa (*acciones in rem*) y aquellas que reclaman contra un deudor (*acciones in personam*), en las acciones *in personam* del nombre del demandado debe de figurar ya en la *intentio*, pues estas relaciones de obligación son siempre con un deudor determinado, a diferencia de las *acciones in rem*, en las que figura como demandado

cualquier persona que perturbe el presunto derecho real del demandante, y por eso su nombre no aparece hasta la *condemnatio*.

a.2) Cuando se pretende una deuda de objeto indeterminado, la *intentio* suele necesitar una previa *demostratio* en la que se indica la cláusula por la que se reclama, en este caso el juez debe averiguar todo lo que el deudor debe por tal causa.

Una diferencia importante entre los juicios de *intentio* determinada y los de *intentio* indeterminada es que en los primeros puede haber pérdida del litigio por petición excesiva y en los segundos no.

b) *Condemnatio*. Tiene siempre por objeto una cantidad de dinero fijada por el juez; cuando el objeto litigioso consiste en otra cosa que no es dinero, se requiere una previa estimación del litigio, en estos casos el juez actúa como *arbiter*. En las acciones enderezadas a dividir una cosa común, el juez no se limita a condenar al pago de una cantidad de dinero, sino que debe producir una división o reparto entre los litigantes; para ello se ve facultado por una cláusula especial de la fórmula (*adiudicatio*) que le autoriza para adjudicar derechos a los que han solicitado la división o deslinde: en estas acciones la *condemnatio* es solo complementaria de la *adiudicatio*, y no puede darse sin efectiva división.

c) *Adiudicatio*. Como se indicó es la cláusula especial de la fórmula que le autoriza para adjudicar derechos a los que han solicitado la división o deslinde: en estas acciones la *condemnatio* es solo complementaria de la *adiudicatio*, y no puede darse sin efectiva división.

d) *Praexscripti*.: Es la cláusula que se podía añadir al comienzo de la fórmula para salvaguardar el interés del demandante, limitando el objeto del litigio, a fin de evitar las consecuencias excesivas que habría de tener el juicio si no se hiciera tal

reserva; también para concretar la reclamación de una acción de derecho estricto con objeto indeterminado, o prevenir al juez sobre alguna circunstancia relevante.

e) *La exceptio*. Es una cláusula cuya inserción en la fórmula solicita el demandado, y por la que éste alega un hecho cuya prueba neutraliza la hipótesis de la *intentio* presentada y probada por el demandante. Según el maestro Alvaro D'ors nos indica que la **exceptio es una defensa del demandado, presupone, como tal defensa que es, el ejercicio de una acción por parte del adversario**<sup>8</sup>. Las *exceptiones* alegan siempre un hecho, aunque, aparentemente, algunas de ellas se refieren al *ius* que justifica el hecho de la tenencia del demandado.

El magistrado, al poder denegar la acción y la excepción, está en condiciones de coaccionar indirectamente a las partes litigantes para que convengan una fórmula redactada como él crea más conveniente. Con ello fija el planteamiento jurídico del juez se reduce a comprobar los hechos y dar su opinión (*sententia*) respecto a la cuestión fijada en la fórmula.

## 8.2 Recursos complementarios a la jurisdicción pretoria.

La *iurisdictio* del Pretor no se limita a dar la fórmula con el nombre del juez y el planteamiento de la acción, además del otorgamiento del juicio entra en la jurisdicción el *dicere* y el *addicere*. El término *dicere* tiene un sentido amplio, que comprende todas las declaraciones que da el magistrado para la buena marcha del litigio; *addicere*, en cambio, se dice de aquellos actos que producen una atribución constitutiva a favor de las partes litigantes. Las decisiones del Pretor son objeto de *decreta*, a los que puede proceder un examen de causa.

Con gran frecuencia, exige el Pretor algunas promesas estipulatorias que él considera necesarias para asegurar una acción futura por un perjuicio eventual, en relación o no con un juicio actual; de este modo, hace surgir entre determinadas

---

<sup>8</sup> D'ors, **Ob. Cit**; pág. 130

personas relaciones de obligación civil que no existían por el mismo derecho. Entre estos recursos imperativos tenemos:

a) El embargo. Es un medio preventivo general que decreta el Pretor para preservar ciertos derechos; generalmente, no se refiere a bienes determinados, sino a todo el patrimonio de una persona.

b) El *interdictum*. Es, en general, una orden decretada por el Pretor para mantener la paz y seguridad en las relaciones privadas, en especial, para hacer respetar las situaciones de apariencia jurídica, a fin de que las reclamaciones contra la misma se hagan procesalmente, no de propia mano, y no se perturbe la paz pública. La orden interdictal puede constituir en una prohibición, en una orden de restitución o de exhibición, por ejemplo, el interdicto por el que se ordenaba deshacer todo lo que entorpeciera el uso público de los ríos públicos y sus riberas. Cuando la orden interdictal no produce el efecto que el solicitante desea, puede este proceder con una acción personal contra la otra parte, para que el juez compruebe la efectiva infracción de la orden pretoria, y condene al infractor en una cantidad de dinero.

### 8.3 El proceso *In iure*.

La fase procesal *in iure* tiene lugar ante el magistrado, y concluye con la *litis contestatio*, por la que los litigantes se obligan a proseguir el proceso ante el juez nombrado, es decir, en la segunda fase, llamada por los romanos *apud iudicem*, que termina con la sentencia; cuando la sentencia es condenatoria, debe procederse después a la ejecución.

Para poder empezar el litigio, se requiere la presencia de las dos partes litigantes, y si el demandado no comparece, no puede haber acción; pero el magistrado dispone de ciertos recursos de coacción contra el demandado que no colabora en el juicio. La coacción para que el demandado comparezca ante el

magistrado, o nombre un representante, es siempre indirecta, es decir, no se le puede sacar a la fuerza de su domicilio.

Dado el carácter privado del proceso civil clásico, es el mismo demandante quien debe hacer la citación a la otra parte; pero no es necesario que acuda a la fuerza, como en el proceso arcaico, pues sólo se exige del demandado citado una promesa de comparecer, y una vez que ha comparecido, se impone dar una caución de cumplir la eventual condena, defenderse debidamente y abstenerse de toda malicia. Si el demandado se niega a dar estas promesas caucionales, incurre en indefensión, y el Pretor decreta el embargo de sus bienes.

El demandado, cuando se presenta ante el Pretor, conoce ya la acción por la que se demanda y los documentos que se van a aducir contra él, pues el demandante tiene el deber de haberle informando sobre esto desde el primer momento, pero ahora, una vez ante el magistrado, el demandante debe renovar, antes de pedir al magistrado que le dé la acción deseada. El magistrado debe comprobar los presupuestos de admisión de la acción, empezando por la capacidad procesal de los litigantes y su propia competencia jurisdiccional.

En algunas acciones, las partes son demandantes y demandados al mismo tiempo: así ocurre en los juicios divisorios.

Las partes puede estar personalmente presentes *in iure*, o pueden comparecer sus representantes. Los representantes no actúan con representación directa, es decir, en nombre del titular de modo que los efectos positivos o negativos del proceso recaigan en él, sino que asumen ellos mismos el proceso. Para ello la formula procesal contiene una transposición de personas, en la *intentio* aparece el nombre del representado y en la *condemnatio* el nombre del representante que asume el resultado de la sentencia. Los romanos distinguían dos clases de representación; por un lado la del *cognitor*, que el representado nombra solemnemente en presencia del adversario; y

la del *procurator*, que carece de tal formalidad; ambos pueden representar al demandante o al demandado, pero del *procurator* del demandante puede exigirse que pruebe el mandato de representación; y en representación de los incapaces intervienen los *tutores y curadores*, y en representación de las corporaciones, sus *actores*. Los efectos de la representación no son siempre los mismos.

El Pretor, antes de dar la acción, suele invitar a los litigantes a llegar a una solución de su controversia sin necesidad de juicio. Estas posibles soluciones son principalmente tres:

a) *Transactio*. La transacción es un convenio de renuncia a la acción a cambio de entregas efectivas o promesas formales del demandable, o incluso recíprocas; como prototipo de los pactos, la transacción da lugar a una *exceptio* que defiende al que iba a ser demandado si el demandante que transigió pretende ejercitar acción contra él.

b) *Confessio in iure*. Esta solución se da cuando el demandado se allana ante la reclamación del demandante. Según un antiguo principio, el que confiesa su deuda se tiene por condenado, y procede entonces la ejecución contra él; en las acciones reales, la confesión puede dar lugar a una atribución del derecho que hace el magistrado a favor del demandante.

c) *Iurisdandum*. Esta clase de resolución del conflicto se da mediante un juramento voluntario de una de las partes, si la otra le ofrece atenerse a lo jurado. Si el que ha sido invitado a jurar en su propio favor lo hace efectivamente o la parte que lo invitó a hacerlo dispensa de ello al que aceptó darlo, la controversia se considera resuelta; si lo así jurado favorece al demandado, dispondrá de una *exceptio* contra otra reclamación posible, y si favorece al demandante, dispone éste de una acción especial que le facilita la ejecución.

Finalmente, debe procederse *in iure* al nombramiento del juez, que no es, en la época clásica, un funcionario ni un magistrado, sino un particular elegido, en principio por las partes. Puede ser un juez único, llamado por los romanos *iudex* o *arbiter* o puede ser un tribunal llamado por los romanos *recuperatores*.

Las partes podían ponerse de acuerdo en que fuera juez una persona determinada, siempre que tuviera unas condiciones mínimas de capacidad. Si no había acuerdo, debía ser nombrado juez uno de la lista oficial de posibles jueces, previa recusación alternativa por parte del demandante y el demandado, nunca se acudía al sorteo.

El tribunal de *recuperatores*, debía nombrarse también por acuerdo entre los litigantes, previa recusación alternativa de los nombres de una lista previa, hasta dejar si recusar siete, entre los que sorteaban tres o cinco.

#### 8.4 La *litis contestatio*

Un decreto, por el que el Pretor da la acción, fija definitivamente la fórmula. Esta se hacía constar en unas tablillas, en la forma ordinaria del documento con testigos. Este momento central del proceso privado romano es lo que llamaban atestiguamiento del litigio o *litis contestatio*

Celebrada la *litis contestatio*, el demandante no podía variar su petición, ni el demandado introducir nuevas excepciones o rehusar su aceptación del juicio ya aceptado. Si actuaban representantes, son éstos los que quedan directamente vinculados por la *litis contestatio*.

Con la litiscontestación, la cuestión litigiosa se convertía en objeto del juicio; las posiciones jurídicas debatidas debían referirse a este momento; las acciones intransmisibles y las que tienen un plazo se hacen desde ahora transmisibles y perpetuas; se prohibía así mismo la enajenación de la cosa en litigio. Pero de todos los

efectos de la *litis contestatio*, el mas importante es el de la consumación de la acción, es decir, el agotamiento de la misma, de manera que no puede volverse a ejercitar; este efecto consuntivo opera propiamente en las acciones personales; la obligación del deudor se extingue, y queda sustituida por la de pagar la condena que puede recaer contra él. En las otras acciones como por ejemplo reales, el efecto consuntivo no opera *ipso iure*, de modo que el juez tenga que verificar si se trata de un nuevo proceso sobre una misma *res*, o inclusive mediante la *denegatio actiones* del Pretor.

Cuando una de las partes o el juez morían, o por otro motivo debían cambiarse las personas intervinientes en la *litis contestatio*, hacía falta decretar una nueva formula con un cambio en los nombres, pero en ninguna caso se requería una nueva *litis contestatio*.

#### 8.5 El proceso *apud iudicem*.

Concluida la *litis contestatio*, la intervención del magistrado había terminado y el asunto debía pasar al juez. Aún siendo particulares, y no magistrados ni funcionarios, los jueces autorizados por el magistrado debían cumplir con su deber, pues el juzgar, cuando se era requerido oficialmente a ello, era un deber del ciudadano; sin embargo podían excusarse por motivos graves. Asimismo, el juez debe dar juramento de actuar conforme a la verdad y al derecho. Podía aplazar el juicio, pero si descuidaba su deber, incurría en responsabilidad; si creía en conciencia que el asunto no resultaba lo suficientemente claro para poder dar sentencia, entonces quedaba libre de su Oficio mediante juramento de que **no lo veía claro**.

Los jueces no solían conocer el derecho ( aunque las partes debían abstenerse de probar al juez el derecho), por lo que necesitaban recabar el asesoramiento de los juristas. En esta fase *apud iudicem*, el juez debía estar personalmente presente,y escuchar a las dos partes; la ausencia de un litigante solía perjudicar a éste, pues si es el demandante quien no comparecía, el juez solía absolver al demandado, y si es éste quien no comparecía, solía ser condenado como *contumax*.

Todas las actuaciones *apud iudicem* eran orales. Era en este momento en que intervenían los abogados , y, en relación con sus discursos eran limitados a discreción del juez pues las galas de la retórica y la elocuencia tendían a prolongar las sesiones.

#### 8.6 Pruebas.

Las pruebas se daban en las actuaciones *apud iudicem*, eran en esta etapa en que los abogados ejercían el arte de la retórica, es decir cuando se llevaba a cabo las prácticas de las pruebas, tanto más cuanto el juez no se encontraba vinculado por normas positivas para la valoración de las pruebas que recibía. En compensación a este principio de libre apreciación de la prueba, debía atenerse el juez a las pruebas presentadas por las partes y no podía inquirir otras nuevas. Por lo demás, aunque tampoco habían reglas fijas sobre la carga de la prueba, la práctica establecía que, en general, el demandante debía probar su *intentio* o *el factum*, que él ha alegado, y el demandado su *exceptio*, también son desconocidas en el proceso de la época clásica unas reglas sobre presunciones, es decir, dispensas de prueba. Las pruebas podían consistir en declaraciones de las mismas partes o declaraciones de testigos, o en la presentación de documentos. Características del derecho clásico era la preferencia por la prueba testifical, la cual se podía dar en tres formas:

a) Las declaraciones de las mismas partes ante el juez podían ser simples aseveraciones o confesiones, o bien propios juramentos prestados por las partes; en ningún caso vinculaban al Juez.

b) Los testigos (sin número mínimo) deponían voluntariamente sus declaraciones, salvo que hubieran sido llamados como tales a intervenir en un acto solemne, en cuyo caso se veían obligados a dar testimonio.

c) Interventían frecuentemente como medios de prueba las cartas privadas y los libros de cuentas, especialmente los bancarios, aparecen también en la época clásica los documentos registrados oficialmente y las copias de los mismos.

### 8.7 La sentencia judicial.

La *sententia* era la opinión personal que debe dar el Juez ( o los *recuperatores*, *por mayoría*) acerca de la cuestión planteada en la fórmula, después de haber recibido y valorado las pruebas en su propia *cognitio*; pero esta opinión del juez autorizado por el magistrado decide el litigio: es una *iudicatum*. La sentencia no requiere una forma determinada.

En las acciones con cláusula arbitraria, el juez debía anticipar su decisión llamada por los romanos *pronuntiatio*, para que el demandado eligiera entre restituir lo reclamado o ser condenado a la cantidad jurada por el demandante. Cuando el poseedor vencido en el proceso prefería pagar la litis *aestimatio*, podía defender con los interdictos posesorios la posesión del objeto que retenía.

Esta posibilidad de restituir *apud iudicem* para evitar la condena se daba también en todas las acciones de buena fe, por su misma naturaleza arbitral. El juez al fijar la estimación del asunto litigioso, no debía excederse de la *taxatio* que podía contener la *condemnatio* de la fórmula. En algunos casos debía reducir la condena al saldo que resultaba de la compensación o deducción de deudas recíprocas entre los litigantes. En las acciones penales, en cambio, condenaba ordinariamente a un múltiplo de la estimación. Cuando la *condemnatio* contenía una *adiudicatio*, el juez podía atribuir derechos con efecto de derecho civil.

La parte que había litigado sin razón podía recibir cierto perjuicio los que podían consistir en:

a) Algunas acciones crecían al doble contra el *infitiens*, es decir contra el que se había resistido sin razón a la reclamación del demandante que luego resulta vencedor.

b) En la acción crediticia las partes se cruzaban unas promesas de pagar una tercera parte de la cantidad reclamada en caso de perder el litigio.

c) En toda acción, el demandante que resulta haber litigado por vejar al adversario, podía verse atacado por un *ludicium calumniae* y ser condenado en una décima parte del valor de la que reclamaba.

d) En algunas acciones *in factum* se daba contra el demandante vencido, aunque no se probara su mala intención, un *ludicium contrarium* por una décima o quinta parte.

El *iudicatum* del juez tenía cosa de cosa juzgada, y excluía toda revisión, pues debe mantenerse lo ya juzgado. La sentencia era impugnabile como ineficaz por algún defecto que vicie el juicio entero o la sentencia en particular; si no, no se entra de nuevo en el fondo del asunto. La sentencia vuelve a producir un efecto consuntivo similar al de la *litis contestatio*, una nueva “novación necesaria”, por cuanto la obligación de atenerse a la sentencia se muda ahora en la obligación de cumplir el fallo.

La cosa juzgada no afecta, en principio, a las personas que no han intervenido en el proceso, pero algunos juicios, podían, de hecho, prejuzgar otros conexos, aunque la jurisprudencia no establece reglas muy fijas sobre esta prejudicialidad, y prevalece como siempre la consideración casuística. Siendo los jueces personas privadas, sin relación jerárquica entre si, no se podía concebir que uno de ellos pudiera revisar la sentencia de otro. Sin embargo, cuando apareció la nueva figura del Príncipe, surge la práctica de trasladar a su juicio algunas causas planteadas ante jueces ordinarios, y se introducen así en el procedimiento civil romano un tipo de apelación similar al que existía en las causas criminales; las sentencias apelables se hacen ejecutivas si no son apeladas.

#### 8.8 La ejecución de la sentencia.

El que había sido condenado, debía pagar la estimación; si no lo hacía voluntariamente, el demandante vencedor podía ejercitar contra él la acción ejecutiva,

cuya condena crecía al doble contra el que se resiste. Aunque la obligación del condenado recaía sobre una persona física y se daba la ejecución, en principio, sobre ésta, la ejecución procesal de la época clásica es ordinariamente patrimonial y no personal. Para una mejor comprensión del régimen clásico de la ejecución conviene tener en cuenta tres consideraciones:

a) Que dada la gran aplicación de las garantías personales, los deudores insolventes no quedaban generalmente expuestos a sus acreedores primarios, sino precisamente a sus fiadores.

b) Que la ejecución se daba no en contra del que no tenía bienes, sino contra el que no tenía dinero inmediatamente disponible para pagar las condenas pecuniarias, es decir el insolvente.

c) Que en Roma como en cualquier otro momento de la historia jurídica, resultaba natural distinguir el régimen de ejecución del insolvente ordinario y el del que ocultaba dolosamente su insolvencia, de suerte que sólo éste quedara criminalizado por el perjuicio irrogado a sus acreedores, y pudiera ser reducido a prisiones públicas.

La ejecución patrimonial era de ordinario concursal, y no especial de un solo acreedor, consistía fundamentalmente en la venta del patrimonio entero del deudor, con el fin de satisfacer en lo posible a sus acreedores, era previsible que siempre quedarán a éstos algunos créditos residuales sin cobrar. Los titulares de prendas e hipotecas excluían de la venta general los objetos de su garantía, para satisfacer con ellos sus propios créditos; la garantía podía extenderse, a veces, a todo el patrimonio del deudor, y el Fisco tenía un privilegio similar para cobrar lo que le debían los contribuyentes.

Ordinariamente, el deudor que llegaba a encontrarse en una situación de insolvencia ofrecía a sus acreedores los bienes que le quedaban, para que los acreedores los vendieran y pudieran cobrar sus créditos con el precio, los romanos llamaban a esta figura *cessio bonorum*. Los acreedores debían aceptar esta solución cuando el deudor la solicitaba al Magistrado, y excluía así la posibilidad de ejecución personal; por lo demás, el que hacía la *cessio* quedaba defendido frente a los acreedores residuales. Decretado esto los acreedores entraban en posesión de los bienes, para cuya administración, podían pedir al magistrado el nombramiento de un *curator*, y luego procedían a la venta de los bienes, para ello, los acreedores elegían un *magíster* que, con permiso del magistrado, realizara la venta; los bienes del deudor concursado se atribuyen así al mejor licitador.

El mejor postor o llamado por los romanos *bonorum emptor*, adquiría la propiedad de los bienes por derecho pretorio, y dispone de un interdicto para reclamar la posesión efectiva de esos bienes; para que pueda ejercitar las acciones compradas que pudiera haber a favor del deudor concursado. El *bonorum emptor* debía pagar el precio al *magíster*, y este debía repartirlo proporcionalmente entre los acreedores.

Al reclamar los créditos que podría tener el deudor, el *bonorum emptor* debía introducir en la *condemnatio* de la formula, si lo exige el demandado, una *deductio*, para que el juez tenga en cuenta y compense las deudas que el *bonorum emptor* tuviera pendientes con el demandado.

Una limitación en la ejecución se da en aquellos casos en los que la condena judicial debía quedar limitada a la solvencia actual del demandado, aparte de excluir absolutamente la ejecución personal, la patrimonial se reducía en estos casos al límite del valor actual de los bienes del deudor beneficiado, más los que hubiera podido perder maliciosamente. La venta, no de todo el patrimonio, sino de algunos bienes singulares, uno a uno, hasta satisfacer a los acreedores se permitía en consideración a algunos deudores, como lo son: los incapaces sin tutor o curador, que heredan del

deudor concursado, y las personas de familia senatorial; quizá también por acuerdo de los acreedores. En estos casos, el Pretor nombraba un *curator bonorum*. A diferencia de la insolvencia ordinaria, el deudor, en este caso, no quedaba defendido respecto a sus deudas residuales por el beneficio de competencia, y los acreedores podían volver a solicitar, en cuanto el deudor adquiriera otros bienes, la venta de los mismos.

En todo caso, cuando la venta de los bienes había dejado sin satisfacer parte de los créditos, los acreedores, mediante un *curator* encargado de ejercitar el interdicto pertinente, podían exigir la restitución de aquellos bienes que el deudor había enajenado, cuando ya era deudor de los acreedores que habían resultado perjudicados por su insolvencia; debían restituirlos quienes podían hacerlo habiendo conocido la previsión del fraude por parte del deudor.

## **CAPÍTULO IX**

9. Principales similitudes y diferencias de las obligaciones en el derecho romano . y el derecho civil guatemalteco.

### 9.1 Similitudes

#### a) Sujetos de la Obligación.

a.1) Obligaciones ambulatorias. En el entendido de que en cada relación es siempre una relación entre personas, al menos entre dos personas, una de las cuales se coloca en una posición de deber ( deudor) y otra en una posición de poder ( acreedor) cada una de estas posiciones se denominan partes, de manera que en la relación obligatoria siempre existen dos partes; la activa o acreedora y la pasiva o deudora, pero al igual que en el derecho romano la indeterminación del deudor puede darse en las llamadas obligaciones ambulatorias o como las llamaban los romanos *propter rem* como por ejemplo en los derechos reales como el usufructo o la servidumbre, en tales supuestos el deudor es quien ostenta una determinada titularidad jurídico-real.

a.2) El fenómeno de la pluralidad subjetiva. Como ya está establecido la relación obligatoria debe estar formada siempre por dos partes (deudor – acreedor), pero nada impide que cualquier parte esta a su vez compuesta por más de una persona.

a.2.1) Mancomunidad simple. Nuestro código civil guatemalteco estipula en su artículo 1,348 como mancomunidad simple o como los romanos llamaban a este tipo de obligaciones *parcearias*, las cuales consisten en que la titularidad del derecho subjetivo, crédito o el deber jurídico o sea deuda, se halla distribuida en partes, los

diversos sujetos activos o pasivos pueden exigir o deben prestar sólo una parte de la prestación. Esta puede dividirse en fracciones iguales o desiguales.

a.2.2) Mancomunidad solidaria. Al igual que en el derecho romano nuestro código civil contempla esta figura obligacional que consiste en que la pluralidad de sujetos en el crédito o en la deuda se organizan con carácter solidario si cada uno de los acreedores tiene derecho a pedir el cumplimiento íntegro del crédito o cada uno de los deudores tiene el deber de prestar íntegramente la deuda, y como bien lo indica nuestro código civil la solidaridad debe ser expresa. Art. 1,352 y 1,353. Código Civil guatemalteco.

b) El objeto de la obligación.

Al igual que en el derecho romano, el objeto de la obligación en nuestro ordenamiento civil, es la prestación, y que esta, además de tener un carácter patrimonial en el sentido de ser susceptible de valoración pecuniaria, ha de ser posible, lícita y determinada o por lo menos determinable.

c) Fuentes de las obligaciones.

Nuestra legislación civil así como el derecho romano clásico, dispone que las obligaciones puede tener varias fuentes como lo son:

c.1) Obligaciones contractuales. El contrato es fuente de obligaciones voluntarias ya que prevalece la autonomía de la voluntad personal, cuando se utiliza la expresión de que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, se debe de entender así como el hecho del que derivan las obligaciones, es decir como el acuerdo de voluntad de dos o mas sujetos de contenido patrimonial, que genera una obligación contractual; al igual que nuestro ordenamiento civil en su artículo 1,574 que indica principalmente que pueden contratar y por ende obligarse por medio escrito como lo indican los primeros tres incisos del citado artículo o por medio verbal como lo indica el cuarto inciso del mismo artículo los romanos disponían de la forma de los

contratos los cuales podían ser *Verbis*, Cuando se perfeccionan por las palabras y *Litteris* Cuando se realizan por menciones escritas

c.2) Obligaciones cuasicontractuales. Dentro de las fuentes de obligaciones tenemos la que en el derecho romano le llamaban obligaciones nacidas *quasi ex contractu*, la cual se daba cuando la fuente de ella no estaba en el acuerdo de voluntades de dos o más personas contratantes, sino en la consumación de determinados actos civiles lícitos que producían efectos análogos a los de un contrato, son los llamados cuasi contratos del derecho civil moderno. Los romanos decían que la obligación nacía en estos casos como de un contrato. Dentro de las principales fuentes de estas obligaciones en nuestro derecho civil guatemalteco podemos mencionar a la gestión de negocios artículo 1605; El enriquecimiento sin causa artículo 1,616; oferta al público artículo 1,629; la promesa de recompensa artículo 1,630 y los títulos al portador artículo 1,638.:

c.3) Obligaciones nacidas de delito o falta. Delito es todo acto ilícito sancionado con la pena. Los delitos pueden ser públicos o privados, según se trate, de actos que ofenden al Estado o a un particular. El delito era, pues, en el derecho romano fuente de obligaciones civiles a cargo del delincuente y a favor de la víctima. Se consideraba como delito un hecho ilícito, previsto y sancionado por la ley. Al igual que los romanos nuestro ordenamiento jurídico contempla de que toda persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente artículo 112 código penal decreto 17-73 del Congreso de la Republica de Guatemala.

c.4) Obligaciones nacidas de cuasi delitos. Son las obligaciones llamadas por los romanos *quasi ex maleficio* se daban cuando un hecho no estaba definido como delito por la ley, pero llegaba a causar daño a la persona o propiedad de otro, el autor del hecho debía reparar el perjuicio. Y esa responsabilidad civil se extendía aun a las persona bajo cuyo cuidado o dependencia estuviera el autor del daño. El código civil guatemalteco contempla a estas obligaciones como las nacidas de actos y hechos

ilícitos dentro de las que podemos mencionar a los accidentes de trabajo, abuso de derecho artículos 1,649 y 1653 respectivamente.

d) Extinción de las obligaciones.

d.1) Pago. Es la forma natural de extinguir la obligación consistente en dar, hacer o no hacer la prestación misma objeto de la obligación, al igual que los romanos nuestro código acepta como primordialmente esta forma de cumplir la prestación y por consiguiente la forma natural de extinguirla. Artículo 1,380 Código Civil.

d.2) Compensación. Esta figura de raíz romana nos indica que es un medio de liberarse de la deuda, que se produce por una mutua neutralización de dos obligaciones, cuando quien tiene que cumplir es, al mismo tiempo, acreedor de quien tiene que recibir satisfacción. Esta figura provoca la extinción de la obligación sin una ejecución propiamente dicha de la prestación debida. Artículo 1,469 del Código Civil. Es la forma natural de extinguir la obligación consistente en dar, hacer o no hacer la prestación misma objeto de la obligación, al igual que los romanos nuestro código acepta como primordialmente esta forma de cumplir la prestación y por consiguiente la forma natural de extinguirla. Artículo 1,380 Código Civil.

d.3) Novación. Es la sustitución de una obligación por otra, la novación o *novatio* como la llamaban los romanos, importa extinción de una obligación precedente por la transfusión o transposición de su contenido en una posterior nuestro código admite la novación objetiva con un profundo fundamento en la novación romana. Artículo 1,478 Código Civil.

d.4) Remisión. Consiste en la declaración del acreedor en condonar la deuda al deudor y por consiguiente extingue la obligación desde el momento en que el deudor la conoce y no se opone a ella; esta figura tomada del derecho romano con ciertas modificaciones era conocida como *Pactum de non petendo* que es el acuerdo no

formal por el que el acreedor promete no exigir al deudor la prestación, pueden sujetarse a término o a condición e incluso revocarse por un pacto de naturaleza contraria. Artículo 1,389 Código Civil.

d.5) Confusión. Las obligaciones se extinguen por confusión, esto es, por llegar a darse en una misma persona las cualidades de acreedor y deudor. Esto ocurría en el derecho romano como consecuencia de la herencia o de otra adquisición universal al igual que ocurre en nuestro ordenamiento civil. Artículo 1,495 Código Civil.

d.6) La Prescripción extintiva. Llamada por los romanos *praescriptio longi temporis*, aparece en virtud de la cual fenecen todas las acciones no ejercitadas durante treinta años, el derecho civil contemporáneo indica que consiste en la inacción por parte del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación a diferencia del ordenamiento romano, varía un poco esta figura en lo concerniente al plazo de la prescripción para algunas obligaciones el cual el máximo es de cinco años y el mínimo es de un año para determinadas obligaciones. Artículo 1,501 Código Civil..

e) Transmisión de las obligaciones.

e.1) Cesión de derechos. Es un negocio jurídico celebrado por el acreedor de una relación obligatoria, llamado cedente, con una tercera persona extraña a dicha relación, llamado cesionario, con la finalidad de producir la transferencia de la titularidad del crédito entre uno y otro era lo que los romanos llamaban *procuratio in rem suma*, que consistía en que el cedente da al cesionario mandato para perseguir al deudor en propio interés de dicho cesionario, reservándose para sí el provecho del ejercicio de la acción, Artículo 1,443 Código Civil.

e.2) Cesión de deuda. Esta figura que consiste en un negocio jurídico por el que el nuevo deudor asume la deuda del primitivo, requiere el consentimiento de ambos y el del acreedor para que el deudor primitivo quede liberado. La transmisión de

las deudas es una institución del derecho romano que sólo era actuable, al principio, mediante novación, en la figura de la *expromissio*. Este resultado práctico también podía conseguirse constituyendo al nuevo deudor en mandatario *in rem suma*, es decir en perjuicio propio, pero legitimado pasivamente lo era sólo el deudor antiguo: el acreedor no estaba obligado a aceptar el juicio contra el cesionario de la deuda, ni podía obligarle a tomar parte activa en el proceso.

## 9.2 Diferencias

### a) Sujetos de la Obligación.

a.1) Obligaciones *cumulativas*. En cuanto esta diferencia tenemos en que cuando un deudor se hallaba obligado por la entera prestación frente varios acreedores, o cada uno de los varios deudores frente a un acreedor, produciéndose acumulación de obligaciones. Es decir que en el derecho romano la colectividad de sujetos supone que el crédito o la deuda se atribuye al conjunto de acreedores o de deudores en mano común, o sea a la comunidad, de manera que la legitimación es en principio colectiva. En tales casos solo perjudicaban al derecho de los acreedores los actos colectivos en estos, y solo podía hacerse efectiva la deuda procediéndose contra todos los deudores. Este tipo de mancomunidad conjunta o común no se encuentra regulado en nuestro código civil guatemalteco.

### b) Fuentes de las obligaciones.

b.1) Obligaciones de origen legal. El derecho romano no contemplaba expresamente como fuente de obligaciones a la ley, en nuestra época las obligaciones de la ley no se presumen y solo son exigibles las expresamente determinadas en el Código civil o en leyes especiales, la expresión ley se debe entender, no en sentido estricto como disposición legal o norma escrita emanada de los órganos que ostentan el poder legislativo, sino como expresión comprensiva de cualquier clase de norma

jurídica, en tales casos basta la producción o la aparición en la realidad social del supuesto hecho previsto en la norma para que automáticamente pueda considerarse como nacida una obligación, como por ejemplo la obligación estipulada en los Artículos 278 y 283 del Código civil en lo concerniente a la obligación de prestarse alimentos, así como quienes están obligados.

c) El procedimiento de las acciones para obtener el cumplimiento de las obligaciones.

c.1) La jurisdicción. La constitución política de la República de Guatemala en su Artículo 203 nos indica que corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado; esto nos indica que ningún particular puede arrogarse esta facultad concedida al organismo judicial de Guatemala; cosa que no ocurría en el derecho romano clásico ya que los juicios relativos al *ius* eran juicios privados, no solo por la razón de la materia, sino sobre todo por la condición privada de los litigantes y del juez que no es el magistrado, ni un funcionario, sino un particular al que se le encargaba el juicio llamado por los romanos *iudex privatus*; los *iudicia privata* se distinguen así de los juicios públicos entre los que se comprendían los juicios criminales, políticos, etc. En los juicios privados, el magistrado interviene con su jurisdicción tan solo para encauzar el litigio; podía autorizar el trámite de la reclamación o podía impedirlo durante el tiempo de su magistratura, y de este modo venía a controlar la efectividad de todo el derecho, pretorio y civil.

c.2) El proceso. La fase procesal *in iure* tiene lugar ante el magistrado, y concluye con la *litis contestatio*, por la que los litigantes se obligan a proseguir el proceso ante el juez nombrado, es decir, en la segunda fase, llamada por los romanos *apud iudicem*, que termina con la sentencia; cuando la sentencia es condenatoria, debe procederse después a la ejecución.

c.3) El juez. En el Derecho romano clásico aún siendo particulares, y no magistrados ni funcionarios, los jueces autorizados por el magistrado debían cumplir con su deber, pues el juzgar, cuando se era requerido oficialmente a ello, era un deber del ciudadano; sin embargo podían excusarse por motivos graves. Asimismo, el juez debe dar juramento de actuar conforme a la verdad y al derecho. Podía aplazar el juicio, pero si descuidaba su deber, incurría en responsabilidad; si creía en conciencia que el asunto no resultaba lo suficientemente claro para poder dar sentencia, entonces quedaba libre de su Oficio mediante juramento de que “no lo veía claro”.

Los jueces no solían conocer el derecho ( aunque las partes debían abstenerse de probar al juez el derecho), por lo que necesitaban recabar el asesoramiento de los juristas. Nuestro ordenamiento jurídico guatemalteco, contempla requisitos para poder ser juez entre los que resalta ser Abogados colegiados, esto indica que el juez debe de ser una persona versada en derecho, que tenga conocimientos juridicos para asi de esta manera emitir una sentencia acorde al ordenamiento juridico vigente en nuestro país con la solo excepción en algunas judicaturas como la son la de los juzgados de paz en el que se encuentra una excepción al requisito de ser Abogado para impartir justicia.

## Conclusiones

1. Al término de la presente investigación podemos darnos cuenta en primer lugar de la gran influencia de los pensadores romanos, pensadores que para algunos tratadistas se adelantaron a su época, es innegable que a pesar del tiempo transcurrido las instituciones jurídicas que se daban en la época clásica romana sean aún una fuente importantísima para las ciencias jurídicas modernas, ciencias que a pesar de su avance aún contienen raíces romanas en muchas de sus instituciones, si bien es cierto con algunas modificaciones conservan en esencia lo que los romanos desarrollaron en el tema de obligaciones.
2. Como se pudo apreciar, las instituciones romanas en el Derecho de obligaciones tienen ciertas peculiaridades, como ejemplo de ello podemos mencionar que en el régimen de las acciones se daba una figura jurídica que la podríamos llamar un pre conocimiento por parte del magistrado del problema llevado ante su conocimiento, se puede decir que en esta época quedaba a la arbitrariedad de una persona que sin conocer el fondo del asunto podía o no dar la admisibilidad de la petición cuestiones que en nuestro derecho civil guatemalteco parece imposible, probablemente era una forma de descongestionar a la sociedad romana de una serie de litigios que podían ser resueltos con un simple advenimiento de las partes.

## Recomendaciones

1. Es conveniente que al hacer un estudio de las diversas escuelas de derecho que han inspirado al derecho civil guatemalteco, nosotros como estudiantes tengamos siempre en cuenta que es el Derecho romano una de las primeras escuelas que tendríamos que consultar, ya que, debido a su gran influencia a nivel mundial de los escritos de muchos jurisconsultos romanos de la época clásica es que muchas legislaciones de derecho latino han tenido mucho éxito en el desarrollo de sus diversas instituciones.
2. Es necesario que los estudiantes de nuestra gloriosa facultad investiguen más sobre diversas instituciones de derecho civil romano, las cuales al profundizar en ellas, los estudiantes podrían comprender cual es el significado de muchas instituciones de derecho civil guatemalteco, que como quedo comprobado en el presente trabajo, el derecho romano inspira muchas de las instituciones que contempla nuestro actual ordenamiento jurídico, y es que muchos connotados juristas indican que la persona que desee aprender derecho tendría que tener una muy buena base de derecho romano, lo cual aseguran estas personas nuestra facultad incluía en su pensum de estudios cursos de derecho romano, por lo que es de aplaudir la reinserción en nuestro pensum los cursos de derecho romano.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir. **Derecho de obligaciones**. Guatemala, Guatemala: Ed.; Serviprensa, S.A., 2004

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo I, 2ª. ed.; Guatemala Guatemala: Ed. Ville, 1,980.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 10ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S. R. L., 1981.

CHACON CORADO, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Guatemala, Guatemala: Ed. Magna Terra, 1999,

*D'ORS, Alvaro*. **Derecho privado romano**. 9ª. ed.; Navarra, España: Ed. Eunsa, 1997.

IGLESIAS, Juan. **Derecho romano**. 2ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1999,

MARGANDANT S, Guillermo. **Derecho romano**. Distrito Federal, México: Ed. Esfinge, 1991

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 27ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2000.

PETIT, Eugene. **Derecho romano**. Distrito Federal, México, Ed. Porrúa, 1999.

RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil III**. Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2002.

### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional constituyente, 1,986

**Código Civil**, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, I,964

**Código Procesal Civil y Mercantil**, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, I,964

**Código Penal**, Congreso de la República, Decreto 17-73

**Ley del Organismo Judicial**, Congreso de la República, decreto 2-89