

## II.2. DERECHO ROMANO

### ORÍGENES Y FUNDAMENTACIÓN DE LA RELEVANCIA JURÍDICO-SOCIAL DEL INTERÉS<sup>1</sup>

Por el Dr. ANTONIO SILVA SÁNCHEZ  
*Profesor de Derecho Romano*  
*Departamento de Derecho Privado*  
*Facultad de Derecho de la UEX*

#### Resumen

En el presente artículo se pretende poner de relieve la trascendencia del concepto de *interés* así como sus diversas vertientes y aplicaciones en el Derecho Romano. A lo largo del artículo, se exploran determinadas situaciones a las que se dota de protección y reconocimiento jurídicos, aportando nuevas luces sobre hechos que, hasta entonces, no habían tenido consideración jurídica y social alguna. Esa relevancia social será la que impulsará el verdadero contenido jurídico del *interés*.

#### Abstract

This paper aims to emphasise the importance of the *interest* concept as well as its different approaches and applications in Roman Law. We examine different situations endowed with juridical protection and recognition. In addition, we provide some new insight into facts which had not been previously accounted for both juridically and socially. Such a social relevance does indeed motivate the true juridical content of *interests*.

---

<sup>1</sup> El presente artículo ha sido realizado en el marco de la financiación obtenida de la Consejería de Educación, Ciencia y Tecnología de la Junta de Extremadura (D.O.E. de 26 de abril de 2001) y el Fondo Social Europeo, destinada a estancias breves de Investigación en Centros nacionales e internacionales para el año 2001; y realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Karlova de Praga (República Checa), durante los meses de diciembre y enero de 2001/02.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. COMO ELEMENTO DEL PATRIMONIO (BONA)
  - A) INTRODUCCIÓN
  - B) LA RELEVANCIA ECONÓMICA DE LOS BIENES
  - C) LA VALORACIÓN MORAL Y MATERIAL DE LOS BIENES. SU TRANSMISIBILIDAD E INTRANSMISIBILIDAD
  - D) RESUMEN
- III. DEL INTERÉS EN GENERAL
  - A) CONCEPTO Y CLASES DE INTERÉS
  - B) DIFERENCIA ENTRE PECUNIARIEDAD, PATRIMONIALIDAD E INTERÉS
  - C) EL REQUISITO DEL INTERÉS EN LAS ESTIPULACIONES A FAVOR DE TERCERO
  - D) LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS
    - 1. Introducción**
    - 2. El interés de afección**
    - 3. Interés patrimonial (*quanti ea res est, stipulatio poenae*)**
    - 4. Conclusiones**
  - E) LA LESIÓN DEL INTERÉS Y SU REPERCUSIÓN: EL DAÑO
  - F) CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

El interés es un elemento difícil de definir, medir y considerar en toda su dimensión, lo que se traduce en una difícil estimación jurídica. Sin embargo, es frecuente hacer alusión al mismo en tanto es lo que motiva u origina y fundamenta la inmensísima mayoría de hechos de relevancia jurídica.

Dada la variedad infinita de clases y situaciones, es frecuente encontrarlo enunciado en los más diversos textos jurídicos y, de igual forma, en la propia Constitución española de 1978, art. 33.3 como *interés social*. Sin embargo, la idea y consideración del interés, así como su relevancia ya había calado profundamente mucho tiempo antes entre los propios juristas de la antigua Roma.

Para llegar a determinar la relevancia jurídica del interés en Roma, debe partirse de unas nociones previas y establecer un hilo conductor a lo largo de todo el trabajo determinando, en primer lugar, el concepto de patrimonio y bienes para continuar, posteriormente, con la definición de patrimonialidad, interés y las consecuencias de su lesión; todo lo cual determinará la fundamentación de su relevancia jurídica y social.

---

<sup>2</sup> Como bibliografía general cabe citar: Albertario, E., *I contratti a favore di terzi*, Festschrift Koschaker II, Weimar, 1939. Ankum, H., «Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in classical roman law», *B.I.D.R.*, 85 (1982). Apathy, P., «Zur exceptio pacti auf Grund eines pactum in favorem tertii», *Z.S.S.*, 93 (1976). Arias Bonet, J. A., «Estipulación a favor de tercero en los glosadores y en Las Partidas», *A.H.D.E.*, 34 (1967). Arndts, G., *Trattato delle Pandette*, tomo II, Bolonia, 1880. Betti, E., *Istituzioni di diritto romano*, tomo II, Padova, 1960. Biondi, B., *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953. Biscardi, A., «Pecunia traiecticia e stipulatio poenae», *Labeo*, 24 (1978), III. Blank, H., «Condemnatio pecuniaria und Sachzugriff», *Z.S.S.*, 99 (1979). Daza, J., *Iniciación al estudio histórico del derecho romano*, Madrid, 1997. Donatuti, G., «Di un punto controverso in materia di stipulazione penale», *S.D.H.I.*, 1 (1935), II. Litewski, W., «Interesse des Auftraggebers des Dritten und des Beauftragten», *B.I.D.R.*, 78 (1975). Lombardi, L., «L'actio aestimatoria e I bona fidei iudicia», *B.I.D.R.*, 63 (1960). Lübtow, U. von, «Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria», *Z.S.S.*, 68 (1951). Marchi, A., «Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano», *B.I.D.R.*, 16 (1904) y *Storia e concetto della obbligazione romana*, Roma, 1972. Marrone, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989. Martín, J. M., *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985. Pacchioni, G., *Della gestione degli affari altrui*, Padova, 1935. Pastori, F., *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1985. Pernice, A., *Labeo*, III, 1, Halle, 1892. Pugliese, G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990. Ratti, U., «Il rescarcimento del danno nel diritto giustiniano», *B.I.D.R.*, 40 (1932). Robertis, F. M. de, «La funzione della pena nel diritto romano», *Studi in Honore de S. Solazzi*, Nápoles, 1949; «Quantum res est id quod interest nel sistema della grande compilazione», *S.D.H.I.*, 32 (1966). Romano, A., «Condanna in ipsam rem e condanna pecuniaria nella storia del processo romano», *Labeo*, 28 (1982). Sanfilippo, C., *Istituzioni di diritto romano*, Messina, 1996. Savigny, F. C. von, *Pandektenvorlesung*, 1824/25, Frankfurt am Main, 1993. Skrejspek, M., *Römischen Recht*, Praha, 1999. Vazny, I., «Il problema generale del contratto a favore di terzi nel diritto romano», *B.I.D.R.*, 40 (1932). Wenger, L., «Zu drei Fragen aus dem römischen Zivilprozessrechte (Eine Nachlese)», *Z.S.S.*, 59 (1939).

## II. COMO ELEMENTO DEL PATRIMONIO (*BONA*)

### A) INTRODUCCIÓN

Los derechos de crédito derivados del contrato obligacional pertenecen a los *bona*, esto es, al patrimonio. Para *Ulpiano*, la palabra bienes puede tener una significación natural o civil. En la natural se llaman bienes porque bonifican, es decir, hacen feliz. Bonificar es hacer provecho. Igualmente contará entre los bienes también lo que importen las acciones, las peticiones y las acciones persecutorias; porque se considera que todo está en los bienes:

*«Bonorum appellatio, aut naturalis aut civilis est; naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est, beatos faciunt; beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superfluciaria sint. Aequae bonis adnumerabuntur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam haec omnia esse videntur»<sup>3</sup>.*

Los bienes que forman parte de un patrimonio, tienden a satisfacer las necesidades de su dueño bien *moralmente* («...*beatos faciunt*...») bien *materialmente* («...*beare est prodesse*...»). El derecho privado tiene que ver con la realidad del comercio, el reparto de bienes y el juego de intereses y necesidades. Así, en el campo de las obligaciones, el acreedor tiene derecho bien a recibir una prestación de contenido económico, valorable en dinero o bien de otra naturaleza.

### B) LA RELEVANCIA ECONÓMICA DE LOS BIENES

El bien objeto de una relación jurídica tiene un valor objetivo que puede denominarse como precio *–pretium rei–*, que sería el valor de mercado. El cumplimiento de la prestación tiene la función de satisfacer el interés del acreedor, que variará según su situación personal, interviniendo aquí una cualificación subjetiva que se reflejará por el acreedor en la estimación del daño. Tal operación *–aestimatio rei–* en el momento en que debe realizarla un tercero *–iudex–* pierde toda subjetividad pasando a formar parte de una valoración ahora objetiva, desprendida de toda apreciación personal; materializándose, así, la reparación de daños de otra naturaleza<sup>4</sup>. En un texto, *Ulpiano*<sup>5</sup> dice:

*«...ea enim in obligatione consistere quae pecuniae lui praestarique possunt...».*

La obligación, así entendida, únicamente podría consistir en lo que se puede pagar con dinero<sup>6</sup> (la condena en el proceso formulario era pecuniaria<sup>7</sup>). Para *Ulpiano*, la prestación consistente en la entrega de un hombre libre resultaría nula ya que, como afirma el jurista, la libertad no es susceptible de esti-

<sup>3</sup> D. 50.16.49.

<sup>4</sup> C. Ferrini, *Manuale di pandette*, Milano, 1953, pág. 410.

<sup>5</sup> D. 40.7.9.2.

<sup>6</sup> G. Grosso, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, págs. 140 y ss.

mación económica. *Paulo*, refiriéndose a las cosas que componen el patrimonio del difunto y que pueden legarse, dice:

«*Et omne, quod ex bonis defuncti erogatur...sive in corpore constet certo incertove, sive ponderere, numero, mensura valeat, aut etiam si ius legatum sit, ut ususfructus, aut quod in nominibus est*».

También en cuanto a la inclusión de derechos o *res incorporalis*, en el patrimonio, *Papiniano*, referido a los bienes no corporales, dice:

«*Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*».

De los textos vistos parece extraerse la idea de la repercusión de carácter económico, ya que se habla de objetos que *procuran un provecho, consistentes en créditos, o en obligaciones*; y, por otro lado, se emplean términos como *computar, sacar provecho*, etc., por lo que podría entenderse –para la mayoría de los autores– por patrimonial, la relevancia económica de un bien. De esta forma, cualquier bien exterior respecto al sujeto, será capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material y, por esto mismo, valorable en dinero e idóneo para satisfacer una necesidad económica. Esta clase de bienes, pueden intercambiarse con otros bienes y frutos de otros bienes; y su utilidad está sometida a la comparación con otros valorada en relación con el dinero, que tiene por función la medida de las utilidades económicas. Junto a esa clase de prestaciones, deben considerarse las que, por su naturaleza, no contienen una traducción económica estando privadas de actitudes objetivas para satisfacer necesidades económicas pero que, habiendo sido valoradas por los sujetos en un determinado *quantum* pecuniario, se equiparan en la consideración de ellos mismos a los bienes de orden patrimonial como tales.

#### C) LA VALORACIÓN MORAL Y MATERIAL DE LOS BIENES. SU TRANSMISIBILIDAD E INTRANSMISIBILIDAD

*Paulo*, introduce una novedad y es que también se incluyen en el patrimonio las deudas:

«*Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes concedere*<sup>10</sup>».

Sin embargo, llama la atención que, habitualmente, las deudas no se consideran incluidas en el patrimonio. El mismo *Paulo* se contradice cuando afirma,

<sup>7</sup> Si bien cabían las excepciones de las acciones con cláusula arbitraria en que se evitaba la condena. Es decir, en estos casos, no es que la condena, de producirse, fuera pecuniaria o no, ya que siempre llegaría a serlo en época clásica, sino que no llegaba a producirse. Se evitaba –por su mayor carga, gravedad, en la mayoría de los casos– a través de la restitución *in natura*, si bien, tan sólo cabía tal posibilidad en un grupo muy específico de acciones como eran las acciones con cláusula arbitraria.

<sup>8</sup> *D. 35.2.1.7.*

<sup>9</sup> *D. 5.3.50.*

<sup>10</sup> *D. 50.16.21.*

en otro texto, que son bienes los que quedan en el patrimonio deducidas las deudas:

«*Bona intelligitur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt*<sup>11</sup>».

Parece que tal contradicción se supera en tanto que este último texto está referido a un concepto muy determinado de patrimonio, entendido como activo patrimonial o masa responsable frente a los acreedores. En cambio, hay algunos indicios que permiten comprobar, desde otro punto de vista, la pertenencia de las obligaciones al patrimonio del sujeto. Se trata de los casos de sucesión universal *inter vivos* o *mortis causa*: embargos, *bonorum possessio*, *successio in locum et ius*, fideicomiso universal. En relación con estos casos, habría que considerar los supuestos de obligaciones, activas y pasivas que son intransmisibles y las razones de esa intransmisibilidad, de donde podrían surgir las siguientes preguntas: ¿se trata en algún caso de obligaciones cuyo objeto –prestación– no fuera patrimonial y que, por ese motivo, sean intransmisibles?, ¿qué consecuencias podrían derivarse de todo esto respecto de la patrimonialidad de la prestación en sí? A este respecto cabría señalar que la transmisibilidad o no de la obligación no estaría vinculada con la cuestión de la patrimonialidad o no de la misma o del interés, sino con otros criterios muy diferentes<sup>12</sup>.

Un supuesto que también plantearía esas mismas interrogantes sería el de la transmisión del patrimonio del difunto. La cuestión que se suscita aquí sería la de la suma de la cantidad líquida de todo el patrimonio, es decir, su valor, a efectos de partición o de liquidación de deudas. En los casos de sucesiones, tampoco se produce transmisión alguna de las obligaciones pues éstas siguen afectando al mismo patrimonio produciéndose, tan sólo, una *successio in locum et ius* del heredero, pero para el Derecho no se ha producido ninguna discontinuidad sino, muy al contrario, la continuación de una posición ya existente, la del difunto, que se ve incrementada patrimonialmente por la fusión de ambos patrimonios entendido uno de ellos como los bienes que aporta el heredero<sup>13</sup>. Sin

<sup>11</sup> D. 50.16.39.1.

<sup>12</sup> Tales, como la personalidad de la pena, el *intuitu personae* en las relaciones jurídicas basadas en la confianza (mandato, fideicomiso, etc.). En Roma resulta difícil entender que la obligación pudiera cederse por el carácter eminentemente personal que tenía el vínculo que surgía entre el acreedor y el deudor. Tanto en los casos de cesión de créditos como en los de cesión de deudas, en realidad, lo que se produce es la extinción de un crédito o deuda y creación de otro. Se producen, aquí, los mismos efectos que en lo referente a las estipulaciones a favor y a cargo de tercero en líneas generales. *Gayo, Instit.*, 2.38: «*Obligaciones quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt...*». A este texto se le podría objetar que el citado jurisconsulto simplemente se refiere a que la obligación no se puede transmitir como se hace con una cosa corporal. Sin embargo, el texto va más allá indicando que, si el deudor no estipula con el tercero, no se transmite la obligación y, el tercero no podría reclamar el pago si no fuera instituido representante solemne o procurador del acreedor originario (*Gayo, Instit.*, 2.39: «*Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, se debes ex persona me quasi cognitor aut procurator meus experiri*»).

<sup>13</sup> Esto se aprecia en un par de ejemplos: a) la posibilidad que se concede al heredero a aceptar o no la herencia pues, en caso de aceptarla, se situaría en la misma posición que estaba el *de cuius*; es decir, se produciría una subrogación del heredero como titular de un patrimonio ya gra-

embargo, aquí, el problema que podría plantearse, en el caso de considerar la afección como valor o precio sería que, quizás, para el *de cuius*, su patrimonio valdría mucho más si se le añadiera un interés no pecuniario (estético, emocional, moral, etc.) sobre algunos de los bienes contenidos en el caudal relicto o patrimonio. Pero a los herederos y a los acreedores, en su caso, no les vale para pagar o cobrar ese mayor precio que alcanzarían las cosas de sumársele tal incremento.

En este sentido, cabe reconocerse que, si bien el valor material normal de los bienes que se contienen en el patrimonio es de interés para todos y es el mismo apreciado en un marco delimitado y concreto, los intereses de cada individuo –básicamente los no pecuniarios– conectados con esos mismos bienes, no son iguales; de tal manera que, solamente importarán al interesado, que será el único capaz de apreciar el montante económico que supone para él el total de su patrimonio y, por ello, sin alcance jurídico alguno, pues no sería un interés socialmente relevante el protegido en este supuesto sino, muy al contrario, un interés individual que, por esa misma circunstancia, queda sin medición y protección jurídica. La consecuencia de ello es que los únicos mecanismos de compensación van más allá del simple valor de la cosa; que se conceden en orden a la protección del perjudicado en una relación obligatoria –ya sea ésta de naturaleza contractual o extracontractual– a través del *iusiurandum in litem* y de la *litis aestimatio*. Esta última clase de estimación es la que realizará el *iudex* teniendo en cuenta las limitaciones propias del proceso.

#### D) RESUMEN

Por tanto, ¿qué es el patrimonio, a qué hace referencia tal término? De los textos ofrecidos, parece deducirse que el patrimonio es una universalidad de elementos activos y pasivos susceptibles de valoración pecuniaria, radicados en el patrimonio de una persona cuyo carácter material resulta transmisible, en oposición a los aspectos más íntimos que desaparecen con la misma desaparición de la persona. Desde este punto de vista, puede concluirse que el patrimonio estaría constituido por el conjunto de derechos civiles de una persona y de sus obligaciones sobre los objetos que constituyen los bienes y que vienen a ser derechos reales y de crédito, que forman parte de dicho patrimonio activa o pasivamente. En resumen, el patrimonio estaría compuesto por elementos activos y pasivos, es decir, derechos reales y de crédito<sup>14</sup>. La patrimonialidad es una característica que denota la pertenencia de un bien cualquiera –corporal o no– al patrimonio de

---

vado con las cargas correspondientes y que también podría contener derechos; b) porque esa posición en el lugar del *de cuius* es clara también con respecto a las obligaciones y deudas. Se le concede la posibilidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario. Es decir, se produce una sucesión, una vez que se acepta la herencia en el lugar y derechos –también obligaciones– del difunto, por parte del heredero que se hace cargo de ese patrimonio con todos los activos y pasivos que recaen sobre el patrimonio hereditario y que se van a refundir también con el suyo propio.

<sup>14</sup> G. Grosso, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti...*, cit., pág. 147.

un individuo y que, generalmente, contiene una dimensión de carácter económico.

### III. DEL INTERÉS EN GENERAL

#### A) CONCEPTO Y CLASES DE INTERÉS

La sociedad desde sus orígenes, va a dotarse de unas normas que todos sus miembros deberán respetar. Los individuos que forman ese complejo social están dispuestos a renunciar a unas facultades innatas y a unos derechos en favor de un orden de la propia sociedad que evite el abuso de unos sobre otros; y cuyo incumplimiento conllevará una sanción que podrá ser de muy diferente naturaleza en función de la transgresión cometida y la valoración que de la misma haya hecho la propia sociedad. Valores sociales, que podrán variar con el paso del tiempo y la experiencia de esa masa social. De esta forma, se enfatiza en el carácter social del fin de toda norma jurídica destinada a resolver los conflictos inter-subjetivos de intereses<sup>15</sup>. Para Betti<sup>16</sup>, el Derecho, al ser un producto social, ha de tener por fin la utilidad social tanto se contemple en su conjunto como en las diferentes normas que lo integran. El interés, para Betti, es, en el campo de las obligaciones, el justificante de la existencia de la prestación, el que motiva su existencia y le otorga protección jurídica en tanto intereses sociales y, por tanto, lícitos. Por ello, la prestación viene protegida si se produce o recae sobre ella un interés socialmente apreciable en la persona del acreedor<sup>17</sup>.

Para Cohnfeldt<sup>18</sup>, el interés se encuentra en los más diversos contextos vitales; denominándose, en todas partes, como *beneficio*. Es significativo este primer paso que lo califica de *beneficio*. Hoy se entendería muy bien esta clase de interés pero, ¿es posible que este mismo concepto o término que incluye el carácter o cualidad del beneficio, con las connotaciones que tal concepto conlleva, pudiera entenderse como tal en Roma y en la sociedad romana?, ¿podría, realmente, adaptarse este concepto a la sociedad romana si, además, comprendiera otras cualidades al margen de la puramente económica o material? Naturalmente no se trata de un beneficio sin más, sino de un beneficio que aparece condicionado por el acontecimiento y dependiente del mismo, dotado de una cierta eventua-

<sup>15</sup> H. Lange, *Schadensatz und Privatstrafe in der Mittelalterlichen Rechtstheorie*, Köln-1955, págs. 13 y 15; G. F. Puchta, *Pandekten*, Leipzig, 1845, págs. 80 y ss.

<sup>16</sup> E. Betti, «Diritto romano e dogmatica odierna», *A.G.*, 99 (1928), I, págs. 2 y 137-138.

<sup>17</sup> En general, cabe decir que el Derecho puede tutelar ese interés humano de dos maneras: a) atribuyéndole prevalencia frente a un interés opuesto, b) subordinándolo a un interés opuesto pero estableciendo al tiempo consecuencias dirigidas a compensar su sacrificio. Pero, ¿qué se entiende por *interés*? La palabra *interés* significaba originalmente *diferencia*, pero no basada en relación con cuantías del patrimonio, sino una diferencia, generalmente obvia, entre si algo es así o de otra manera, si algo sucede o no sucede; es decir, entre dos situaciones distintas, en general y, por ello, tiene un cierto carácter de eventualidad. Sin embargo, este concepto de interés dista mucho de una concepción jurídica y relevante para su estudio.

<sup>18</sup> R. Cohnfeldt, *Die Lehre vom Interesse nach römischen Recht*, Rome, 1971, pág. 56.



lidad. Estar interesado significaría poder extraer un beneficio. El interés requiere un hecho de cuyo acontecimiento o no depende la adquisición o el mantenimiento de ese beneficio (material o no), siendo todos los bienes de la persona posible objeto del interés.

No cabe duda de que, en todo negocio jurídico, existe un interés por, al menos, una de las partes intervinientes. Es, precisamente, ese interés el que mueve a una persona a celebrar ese negocio y es, cuando se cumple cuando se entiende que el negocio se ha concluido<sup>19</sup>; si bien, en este caso referido a un interés privado<sup>20</sup> en contraposición con el interés público<sup>21</sup> que también se produce en determinadas ocasiones<sup>22</sup>.

Si en lo que se refiere a los bienes patrimoniales no se ha presentado nunca obstáculo alguno para que el Derecho tutelase tanto el interés público como el privado, no ha sucedido lo mismo en cuanto a los bienes no patrimoniales, respecto de los cuales se ha considerado relevante la tutela del interés público<sup>23</sup> y, a la vez, obstaculizado la tutela del interés privado que es el directamente concerniente a ellos. Así, cabe preguntar: ¿es posible o no una reacción jurídica contra el daño que afecta al interés privado relativo a bienes patrimoniales no pecuniarios? La respuesta afirmativa llevaría a considerar como daño, en sentido jurídico, al daño privado patrimonial no pecuniario. Lo que parecería encajar en textos como *D. 12.3.3* en el que *Ulpiano* dice que el dinero no requiere de tasación judicial –artificial– alguna lo cual significaría que, en otros casos, sí es necesaria esa intervención del juez<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> G. Grosso, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti...*, cit., pág. 149.

<sup>20</sup> *D. 9.2.21.1*; *D. 19.2.33*; *D. 21.2.8*; *D. 46.8.8.2*; etc. Aquí no incluyo el texto *D. 46.8.13 pr* porque trata no tanto del concepto de interés como sí de las circunstancias que le rodean y no se comparan el interés con el daño sino las circunstancias que giran en torno al interés con las que rodean al daño.

<sup>21</sup> *D. 23.3.2*.

<sup>22</sup> Hasta el siglo XVI se diferenciaba entre los casos de simple incumplimiento, en los que debía prestarse el servicio directo y casos de delito, así como los casos de prestación defectuosa, donde aparecía el interés completo, porque el hecho de cometer una acción ilegal era más grave que el incumplimiento de la obligación. Solamente cuando se designaba un determinado punto o momento del servicio, o una persona determinada que debía prestarlo, debía también aplicarse el interés completo también en los casos de simple incumplimiento. En Alemania (en los siglos XVII y XVIII), se generalizó una segunda distinción. Ésta determina la existencia de un interés según el grado de endeudamiento contraído. En caso de mediar dolo o culpa lata (*scientia, crassa ignorantia*), debía llegarse a la reparación completa del interés (incluyéndose en este caso, el particular). En los supuestos de culpa leve, solo se debía la reparación en función del valor del bien, esto es, la simple estimación de la cosa (*rei aestimatio*). Por tanto, podría decirse que, desde la época de los glosadores hasta la actualidad, el concepto de interés se asocia, generalmente, a la idea de daño. Casi siempre se mantienen separados los dos sentidos de este daño y se diferencia entre daños positivos y negativos: *damnum emergens, lucrum cessans*.

<sup>23</sup> R. von Ihering, *Estudios Jurídicos*, Buenos Aires, 1974, págs. 158 y ss.; U. Majello, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, págs. 86 y ss.

<sup>24</sup> En cuanto a las diferentes clasificaciones del interés, en la época antigua, tradicionalmente se han alegado las siguientes: interés *conventum*, *commune* y *singulare*. Por *commune* puede entenderse el valor del objeto sobre el que recae el interés. Como *conventum* se entenderá, tanto el valor de

Existen otras teorías diferentes en torno al concepto jurídico de *interés*. Una de ellas entiende que el interés es la valoración de un bien, es decir, la apreciación de aquello que, en relación con una necesidad, constituye un bien. Lo que se entendería como un acto de la inteligencia consistente en el juicio emitido por el sujeto de una necesidad sobre la valoración de un objeto –bien– que sería el medio de satisfacción de la necesidad. Otras corrientes parten del interés en tanto una relación objetiva existente entre el ente que experimenta la necesidad y el ente idóneo para satisfacerla –bien–, relación que permite al primero disfrutar de la capacidad de satisfacción de la necesidad inherente al segundo<sup>25</sup>.

Puede deducirse, así, que es el interés el objeto de la protección jurídica. La tutela jurídica, que no tiene por objeto los bienes en sí considerados, sino las particulares situaciones de los sujetos respecto a los mismos. Por tanto, si se produjera un daño, éste afectará siempre al interés del sujeto, pero no por ello va a conllevar el perjuicio del bien aunque si éste resulta lesionado en su esencia, vulnerará forzosamente el interés del sujeto. De Cupis<sup>26</sup> pone un caso curioso

---

alquiler o compra fijado, como la pena convencional que se hubiera incluido en el negocio jurídico. En el caso del *pretium singulare*, se discute si el mismo interés debe considerarse interés patrimonial o interés de afección. En este último caso, suele entenderse ambas cosas y asignan al afecto sólo la importancia de que puede ser quizás el motivo, pero nunca el objeto de una demanda no pudiendo constituir un elemento que incremente especialmente la *summa condemnationis*. R. Cohnfeldt, *Die Lehre...*, cit., pág. 11. También podría estimarse que el interés es único, aunque admita una triple estimación si bien esta idea, que recoge Cohnfeldt, conduciría, tarde o temprano, a la misma situación o clasificación de interés anterior. Además, al definirse el interés como un juicio subjetivo sobre el valor del bien, se limitaría la posibilidad de poder hablar de intereses respecto a los sujetos faltos de discernimiento. Cuando se habla de confusión entre interés y elemento constitutivo del bien, ésta no parece existir en tanto son dos cosas completamente diferenciadas: es cierto que al concepto de bien es suficiente la aptitud genérica para satisfacer una necesidad humana; por otro lado, interés es la posibilidad de que una necesidad experimentada por uno o varios sujetos determinados, se satisfaga mediante un bien. Más acertada parece la diferenciación entre el interés *commune* como aquel según el alcance común del daño para cualquiera, según el precio acostumbrado, y el interés *singulare* como aquel basado en los sentimientos individuales del perjudicado. Según esta relación, sea cercana o lejana, algunos distinguen en el caso *extra rem* como *proximum* (por ejemplo, la herencia deferida a un esclavo) y *remotum* (por ejemplo, el beneficio que puede obtenerse a través de una disposición ventajosa con la cosa, o el daño que puede derivarse a través de una mala composición de la misma). Como había observado *Faber*, esta clasificación coincide con la de interés *commune* y *singulare*, y de hecho, *Petrus de Bellapertica* pone para ambas clasificaciones los mismos ejemplos. Una tercera opinión parte en la clasificación desde contextos causales y distingue entre interés mediato e inmediato, según el interés sea una consecuencia inmediata (*circa rem*) o mediata (*extra rem*) del hecho que obliga a reparación, de modo que *res* significa no la cosa adeudada, sino el servicio adeudado, el *factum* o *non factum debitoris*. Muy acertadamente, se había reconocido que, puesto que el interés según su concepción abarca todos los beneficios dependientes de un hecho determinado, no se podría hablar de un interés limitado sin alejarse de este concepto, es decir, de un interés que se aplica como verdadero interés, pero que no debe abarcar todos los beneficios que en verdad dependen del hecho en cuestión. R. Cohnfeldt, *Die Lehre...*, cit., págs. 11-14.

<sup>25</sup> A. de Cupis, *El Daño*, Barcelona, 1975, pág. 110. Para este autor, esta última corriente resultaría reforzada por el significado etimológico de la palabra *interés*: *id quod inter est* (relación, conexión).

<sup>26</sup> A. de Cupis, *El Daño...*, cit., págs. 637-639.

que resuelve satisfactoriamente y según el cual, la vida de un artista teatral es útil no sólo a sus familiares sino también a sus admiradores, desde el aspecto moral, y al empresario del espectáculo, desde un punto de vista económico.

Cabe preguntar: ¿la obligación de respetar este bien de abstenerse de llevar a cabo actos lesivos contra la vida se impone a la generalidad para satisfacer tan sólo el interés de aquel a quien tal bien pertenece también al interés de los referidos terceros? y, en consecuencia, ¿sólo el primer interés si se lesiona es objeto de daño resarcible o la lesión de cualquier otro interés concurrente hace nacer también otra obligación resarcitoria? Como respuesta, cabe decir, primero, que no sólo los bienes consistentes en caracteres físicos (vida, integridad física) son objeto de protección, también otros morales como el honor. Frente a la gran variedad de relaciones (admiración, amistad, familiar, económica...) ha de hacerse una primera criba distinguiendo entre aquéllos que, no estando ligados al titular del bien jurídicamente, son totalmente extraños a la protección del bien; no extendiéndose, por tanto, a ellos, el interés por muy considerable y apreciable que ésta sea, situándose en un plano de mero hecho, de posible gran importancia social pero quedando al margen de toda protección jurídica y la lesión del bien, no produciría responsabilidad alguna frente a ellos.

#### B) DIFERENCIA ENTRE PECUNIARIEDAD, PATRIMONIALIDAD E INTERÉS

Según la doctrina común, en el campo de las obligaciones, toda prestación, para que sea válida, debe reunir una serie de requisitos: la licitud, la posibilidad (tanto física como jurídica), la determinabilidad y, por último, debe procurar una ventaja o interés patrimonialmente apreciable para el acreedor<sup>27</sup> o lo que es lo mismo, *ofrecer un beneficio económico al acreedor*<sup>28</sup>. La prestación puede consistir en cualquier cosa que reúna los requisitos anteriormente vistos, pero siempre que exista una repercusión patrimonial en el sentido de que afecte al patrimonio independientemente de que tal afección tenga o no trascendencia pecuniaria<sup>29</sup>. *Ulpiano (D.40.7.9.2)*:

«...*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt...*<sup>30</sup>».

Texto en torno al cual se ha planteado una gran polémica doctrinal a la hora de interpretar su verdadero significado. El problema cobró nueva actualidad a partir de las teorías de Savigny e Ihering, que establecerán las dos líneas clásicas: la primera, en que Savigny<sup>31</sup>, interpreta el citado texto en el sentido de que

<sup>27</sup> M. J. García-Garrido, *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones*, 9.ª edición, Madrid, 2000, pág. 470.

<sup>28</sup> E. Volterra, *Instituciones de derecho privado*, Madrid, 1991, pág. 447.

<sup>29</sup> D. Daube, *Money and Justiciability*, Collected Studies in Roman Law, Frankfurt am Main, 1991, págs. 1341 y ss.

<sup>30</sup> *D. 40.7.9.2*.

<sup>31</sup> F. C. von Savigny, *Obligationenrecht*, I-II, Berlin, 1851-1853 (*Les droits des obligations*, traducción de C. Gerardin-P. Jozon, Paris, 1863). Modernamente, mantienen esta posición romanistas como K.

recoge la exigencia de que toda obligación debe contener tanto un objeto valorable económicamente como un interés patrimonial (económico). Ihering<sup>32</sup>, por su parte, niega que la prestación de toda obligación deba reunir tales caracteres de forma obligatoria. Una tercera corriente, aparecida modernamente, es la que mantiene la no necesidad de la patrimonialidad aunque sí su conveniencia y es la que mantienen autores como Bonfante<sup>33</sup>, Betti<sup>34</sup>, Kaser<sup>35</sup>. La *libertas* no es valorable económicamente en Roma pues de la frase «...*libertas autem pecunia lui non potest, nec reparari potest...*» es lo que se desprende y no implica que otros intereses sí pudieran valorarse o estimarse. Esta línea es la mantenida por Bonfante<sup>36</sup> y Grosso<sup>37</sup> de forma que para ellos, *Ulpiano* se estaba refiriendo tan sólo a las prestaciones de imposible realización como resulta la entrega de un hombre libre, por lo que, además, al resultar la *libertas* inestimable, la prestación ha de tener un carácter económico para que sea válida como dice claramente *Ulpiano*.

Ferrini<sup>38</sup>, partiendo de la idea de Bonfante y Grosso, llega a negar la necesidad de la valoración económica para la validez de la prestación. De esta manera, se distingue rápidamente en toda prestación la naturaleza patrimonial de la misma, su carácter pecuniario o no y la naturaleza del interés del acreedor como generador de la prestación que, a su vez, puede ser también patrimonial o extrapatrimonial y de carácter pecuniario o no pecuniario. Esto es, el interés, en principio, puede ser cualquiera *in obligatione*, pero *in solutione* y, especialmente en caso de incumplimiento, la prestación debe ser convertible en dinero. Murillo ya planteaba el doble problema<sup>39</sup> de la *patrimonialidad de la prestación* y de la *patrimonialidad del interés del acreedor*. En cuanto al primero, debe destacarse la casi unanimidad de la doctrina en torno a la aceptación de que toda prestación –patrimonial– es susceptible de tener un valor pecuniario. Aunque en este caso podría considerarse que esa valoración patrimonial pueda existir como fruto de la conveniencia y convención sociales siendo difícil traducir, en determinados casos, a una cantidad de dinero. Cuestión distinta es que también el interés del

---

Hellwig, «Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit», *Archiv für Civilisticische Praxis*, 86 (1896); C. Ferrini, *Manuale di pandette*, Milano, 1953; E. Albertario, «Ancora sulla pecuniarietà dell'interesse nelle obbligazioni», *Studi di Diritto Romano*, VI, Milano, 1956; G. Grosso, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti...*, cit.; P. Voci, *Le obbligazioni romane*, Milano, 1969; F. Pastori, *Elementi di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1990.

<sup>32</sup> R. von Ihering, *Estudios...*, cit. Apoyando esta postura, S. Perozzi, *Le obbligazione romane, Scritti Giuridici II*, Milano, 1948; V. Scialoja, *Diritto delle obbligazioni*, Pavia, 1906-1907; A. Pernice, *Vermögenswert der Obligation. Römisches Privatrecht im Ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Aalen, 1963.

<sup>33</sup> P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, tomo IV, Milano, 1979.

<sup>34</sup> E. Betti, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, 1969, y *La Struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955.

<sup>35</sup> M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. II, München, 1975.

<sup>36</sup> P. Bonfante, *Corso...*, cit., pág. 148.

<sup>37</sup> G. Grosso, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti...*, cit., pág. 65.

<sup>38</sup> C. Ferrini, *Manuale...*, cit., pág. 526.

<sup>39</sup> A. Murillo, «Notas sobre la patrimonialidad de la prestación en derecho romano», *Homenaje a J. Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. III, Madrid, 1988, págs. 391-426.

acreedor sea económicamente valorable pues, puede ser de carácter altruista; estando protegida, aun parcialmente, esa pecuniariedad del interés, por el mismo valor de la prestación para el caso de lesión del interés del acreedor. En este sentido, merece destacarse un texto de *Séneca*:

*«Isto modo "inquit" nec medico quicquam debere te nisi mercedulam nicis nec paraepto-ri, quia aliquid numeraveris: atqui omnium horum apud nos magna caritas, magna reverentia est. Adversus hoc respondetur quedam pluris esse, quam emuntur. Emis a medico rem inaestimabilem, vitam ac bonam valetudinem, a bonarum artium praeceptore studia liberalia et animi cultum; itaque his non rei pretium, sed operae solvitur, quod deserviunt, quod a rebus suis avocati nobis vacant, mercedem non meriti, sed occupationis suae ferunt<sup>40</sup>».*

En el texto puede diferenciarse entre la prestación recibida y el interés del que recibe la prestación. La prestación debida tiene un contenido pecuniario en tanto que así es como la sociedad la estima, con base en un criterio de servicio a los demás. Se trata de un texto literario ausente de precisión jurídica, pero muestra cómo a la sociedad romana no le era ajeno el problema de que muchos intereses de los acreedores sólo podían encontrar satisfacción por medio de una valoración económica. Del texto pueden extraerse, además, otras conclusiones: 1.º El acreedor, receptor del servicio, paga un dinero a cambio de algo no material, estará interesado en el cumplimiento de una prestación sobre la que recae un interés no pecuniario, independientemente de su resultado. Está incluso dispuesto a pagar una suma de dinero por adquirir unos conocimientos tratando, así, de cuantificar en dinero algo que, en principio, es inapreciable económicamente, como es la cultura. Cuando se establece esa suma se está, tácitamente, valorando lo que podría costar alcanzar un estado que nada tiene que ver con el dinero pues podría llegar a valorarse hasta el infinito. Por ejemplo, ¿cuánto se estaría dispuesto a pagar por aquel que se queda parapléjico para alcanzar la total recuperación, o el que tiene una enfermedad grave o incurable por su curación, o el que carece de libertad por recuperarla? La salud, la libertad, la cultura, etc., son bienes inmateriales sobre los que recae un interés patrimonial no pecuniario en tanto que afecta o puede afectar a nuestro patrimonio si bien de forma no contable, esto es, inapreciable económicamente. 2.º Por otro lado, está aquel que tiene que llevar a cabo los servicios y que, como consecuencia de ello, cobrará una cantidad de dinero por unos conocimientos, que se le retribuirán por el tiempo empleado en su desempeño<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> *De beneficiis*, 6.15.1-2.

<sup>41</sup> En ambos casos, los sujetos intervinientes son deudores y acreedores recíprocamente si bien, en un primer momento, la actividad llevada a cabo por el médico o el maestro, no solían remunerarse. Cuestión distinta, sería, que se les compensara a través de la entrega de algún regalo o detalle pero, entonces; no sería un negocio jurídico bilateral perfecto sino unilateral; en el cual el que recibe los servicios, por mero ánimo de liberalidad podía compensar a la otra parte por la labor desarrollada. Ello es así, porque es una característica esencial de las *operae liberalis*, que no se consideran como una clase de arrendamiento, sino de prestación de unos servicios conceptualmente superiores a los incluidos en la *locatio conductio operarum*. Eran las denominadas *operae non solitae locarii* u

Incluso para ellos será de difícil estimación el tiempo dedicado, aunque sí resultará relevante. Es decir, ese tiempo –de acuerdo con *Séneca*– sería posible estimarlo económicamente en tanto en cuanto pérdida que, correlativamente, se produce en el propio patrimonio del que realiza la actividad pues no podrá dedicarlo a sus propios asuntos o a disponer de tiempo libre, debiendo compensarse de esta forma por ese tiempo que sacrifica.

Sufre, por tanto, una transformación pecuniaria el interés no pecuniario que tenía el sujeto receptor en el cumplimiento de la prestación; que se materializa o exterioriza en los honorarios. Es decir, fijan el precio correspondiente al tiempo que va a dedicar, de manera que, no renunciará a una «calidad de vida» o satisfacción de intereses determinados si no se le entrega la cantidad de dinero suficiente, estimada por él, y por la que estaría dispuesto a sacrificar esas otras «posibilidades» a las cuales está renunciando en favor de una cantidad de dinero con el que podrá cubrir necesidades de otra naturaleza<sup>42</sup>. El interés privado –según el punto de referencia objetivo– puede producirse respecto a bienes patrimoniales sobre los que puede recaer un interés pecuniario o no, siendo este último de difícil cuantificación. Por tanto, el interés patrimonial consiste en la utilidad que a un determinado individuo puede suministrar un bien patrimonial. Será un interés que tiene por objeto procurarle al individuo un beneficio significativo para el patrimonio de una persona y susceptible de traducirse en dinero.

En definitiva, el interés patrimonial es todo beneficio para y sobre el patrimonio de una persona, dependiente de un hecho determinado<sup>43</sup>. Por consiguiente, para que el interés sea de naturaleza patrimonial son necesarios tres elementos esenciales: a) la obtención o mantenimiento de un *beneficio* pecuniario o no para una persona determinada (sujeto y objeto del interés), b) un *hecho* determinado sobre el que recaiga el interés, y c) un *contexto causal* entre el beneficio y este hecho.

El interés, por tanto, posee un valor patrimonial cuando tiene por objeto un beneficio significativo para el patrimonio de una persona, independientemente de que este beneficio consista en dinero. El interés patrimonial sería todo beneficio para el patrimonio de una persona dependiente de un hecho determinado<sup>44</sup>; y el daño patrimonial, es el que tiene como consecuencia –directa o indi-

---

*operae liberalis* que, posteriormente comenzaron a remunerarse aunque no en concepto del servicio prestado sino por el tiempo empleado en él.

<sup>42</sup> A. Ehrhardt, «Litis aestimatio in der Zeit von der leges Iuliae iudiciariae», Z.S.S., 55 (1935); E. Betti, *La Struttura...*, cit., págs. 20 y ss.; P. Bonfante, «I contratti a favore di terzi», *XIV Centenario della Codificazione Giustiniana*, Pavia, 1934, págs. 55 y ss.

<sup>43</sup> R. Cohnfeldt, *Die Lehre...*, cit., pág. 61.

<sup>44</sup> Lo cual resulta lógico si se considera como patrimonial lo relativo al patrimonio y extrapatrimonial lo que está fuera de él. Así, alguien puede tener un interés o un objeto hallarse en un patrimonio o fuera del mismo. De esta misma forma, alguien puede tener interés en el cumplimiento de una prestación a favor de un tercero. Este interés sería extrapatrimonial pues la prestación sobre la que recae va a beneficiar a otro y no a nuestro patrimonio; lo cual no obsta para que tal interés sea legítimo y, en algunos casos, incluso tenga consecuencias jurídicas.

recta— la disminución de un patrimonio sobre el que pueden recaer diferentes clases de intereses. De esta forma, *Paulo*, en su libro *XLVII ad Edictum* y haciendo referencia a los daños en cuanto disminución patrimonial dice:

«*damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt*<sup>45</sup>»:

¿es posible o no una reacción jurídica contra el daño que afecta al interés privado relativo a bienes no pecuniarios? Existen diferentes clases de intereses cuya verdadera fundamentación van más allá de una simple suma de dinero y que buscan satisfacer necesidades de naturaleza muy diferente a la pecuniaria. Intereses relacionados con la belleza, el arte, el paisaje, la dignidad, los sentimientos, intereses patrimoniales, no evaluables económicamente por cuanto no es la economía la que origina su aparición sino otro tipo muy distinto de necesidad. ¿Gozan de protección jurídica estos otros intereses carentes de contenido económico alguno? Cuando la satisfacción de un interés dependa tan sólo del propio interesado, éste no podrá exigir compensación o reparación alguna de la no satisfacción de sus expectativas. Pero cuando el cumplimiento del interés se deja en manos de un tercero, éstos sólo pueden satisfacerse cumpliéndose la prestación en la forma debida. Su incumplimiento únicamente daría lugar a una indemnización económica de un interés que no lo es, no cubriéndose unas expectativas que el acreedor tenía puestas en la obligación sino tan sólo el valor pecuniario que recae sobre el bien sobre el cual se proyecta o refleja ese interés, pero no el interés lesionado que recaía sobre ese mismo bien.

En general, la valoración social con un contenido económico de estos intereses no pecuniarios, ha sido objeto de estudio con la finalidad de valorar su posible reparación en el instante en que han sufrido una alteración. Genéricamente, los diferentes tipos de intereses no pecuniarios, pueden englobarse, en cuanto a su reparación, dentro del estudio, protección y resarcimiento de la afeción: *pretium affectionis*. En principio, éste nada tiene que ver con el interés pecuniario anteriormente visto, consistiendo la afeción, en el beneficio teórico de una satisfacción o gratificación de carácter espiritual y no material. El interés de afeción es la satisfacción del sentimiento que surge para alguien de ciertos hechos o acontecimientos; muy alejados de repercusión o trascendencia económica alguna, aunque por su proyección sobre bienes materiales, pudiera conllevar, de manera indirecta, algún tipo de repercusión económica.

### C) EL REQUISITO DEL INTERÉS EN LAS ESTIPULACIONES A FAVOR DE TERCERO<sup>46</sup>

El contrato a favor de tercero es aquel en que, si bien se concluye dicho negocio jurídico por el estipulante en su propio nombre, hace adquirir directa e inmediatamente en el tercero el derecho a la prestación prometida siempre

<sup>45</sup> *D. 39.2.3.*

<sup>46</sup> Cfr. E. Volterra, *Instituciones...*, cit., pág. 463.

que quien estipula tenga interés<sup>47</sup>. En este sentido, el tercero, como consecuencia del incumplimiento, experimenta un daño jurídico que afecta a su propio interés en la prestación tutelada en virtud de su propio derecho de crédito y, por ello, podrá exigir el resarcimiento de tal daño. El estipulante, por su parte, también sufre, por efecto del incumplimiento, un daño si bien diferente al experimentado por el tercero. El daño lesiona su interés a que la prestación se efectúe al tercero, que es distinto del que este último tiene en relación con la prestación que le es debida. Tal daño, precisado en relación con el interés que constituye su objeto, debe resarcirse al estipulante. Este mismo interés, cuando afecte a una prestación que deba realizarse a otra persona puede incluso tener un contenido meramente moral y, por tanto, un interés no pecuniario. El motivo por el que el autor de la promesa presta el servicio al tercero, se determina a partir de la relación de éste y su co-contratante<sup>48</sup>. Con todo ello, puede apreciarse claramente que esta complicada forma de contrato sirve para simplificar en gran medida el trato comercial. Éste es, además, el objetivo de Justiniano, como deja patente no sólo en textos interpolados, sino en una constitución (C. 4.11.1)<sup>49</sup>. De aquí se deduce que el contrato a favor de tercero no es un contrato en sí mismo o contrato autónomo, sino secundario o accesorio; es decir, va a constituir un acuerdo adicional que se adjunta a otro contrato (compraventa, depósito, prenda, arrendamiento, etc.), no siendo posible su existencia sin el contrato principal al que se une. También cabe apreciar su relación con el interés patrimonial del que recibe la promesa; entendido el interés sobre la base de una situación subjetiva –para el estipulante– en conexión con una eventual valoración de los bienes<sup>50</sup>. De aquí la imposibilidad de la existencia de demandas de contratos obligatorios sin un contenido patrimonial –que no necesariamente pecuniario–.

Respecto a la prestación que debe realizarse a su favor, el acreedor tiene siempre un interés socialmente apreciable y, generalmente, de carácter patrimonial aunque, eventualmente, puede haber concurrido también un interés extrapatrimonial; pero cuando la prestación debe realizarse a otra persona, el acreedor (en este caso, el estipulante) dado lo extraño de su destino, puede tener tan sólo un interés de naturaleza moral concurriendo el interés económico en el tercero<sup>51</sup>. Entonces, ¿se pueden realizar contratos en interés de otro? Se

<sup>47</sup> Éste sería el caso del regalo con la condición de transmitir el objeto regalado a un tercero pasado cierto tiempo, el del seguro de vida a favor de otra persona (como el heredero) al iniciarse una pensión de viudedad. En este tipo de casos es una tercera persona la que debe resultar favorecida.

<sup>48</sup> Así, Hellwig («Ueber die Grenzen...», *cit.*, pág. 243), explica que, por ejemplo, la compañía de seguros de vida paga al tercero no por prestarle directamente un servicio sino por cumplir el contrato cerrado con el fallecido.

<sup>49</sup> En relación con los textos: D. 18.1.79; D. 19.1.13.30; D. 19.2.25.1; D. 33.4.1.15.

<sup>50</sup> Éste es el sentido de las palabras de A. Ravazzoni, *La formazione del contratto*, Milano, 1973, pág. 49.

<sup>51</sup> U. Majello, *L'interesse dello stipulante...*, *cit.*, págs. 5 y ss. y 79 y ss.; A. de Cupis, *El Daño...*, *cit.*, pág. 610.



ha sostenido, habitualmente, que no se puede estipular en favor de otro ni en nombre propio ni en el ajeno. Ihering<sup>52</sup>, en este sentido, se pregunta ¿con qué objeto el *procurator* estipulaba, entonces, para el mandante?, ¿era para él o para el mandante?, ¿conforme o no con sus instrucciones? Todo esto concernía al representante en sus relaciones con el mandante, lo cual no tenía por qué ser del conocimiento de la otra parte. Independientemente de estos casos de representación, si se negara la validez de un contrato por la no contención de un interés patrimonial propio –que sí puede serlo no patrimonial– se estaría negando la posibilidad de que fuera válida la estipulación del arrendador con unos artesanos para que hagan reparaciones –que realmente son innecesarias– que complazcan al arrendatario, pues son en beneficio de un tercero; siendo toda esta clase de contratos realizados, por ánimo de liberalidad, hacia un tercero, nulos<sup>53</sup> (*alteri stipulari nemo potest*<sup>54</sup>), porque, partiendo del concepto de obligación en Roma no podía admitirse a un tercero extraño a la misma<sup>55</sup>. El negocio jurídico contraído entre dos sujetos concierne única y exclusivamente a ellos dos de manera que nadie más tiene cabida en dicha relación (*res inter alios acta aliis prodesse nec nocere potest*). No será, por tanto, el propio carácter de la *stipulatio* lo que únicamente va a determinar la nulidad del contrato sino también el hecho de la vinculación exclusiva entre los sujetos contratantes<sup>56</sup>. Es decir, va a ser ese carácter personal de la *obligatio*, además del formalismo de

<sup>52</sup> R. von Ihering, *Estudios...*, *cit.*, págs. 152 y ss.

<sup>53</sup> En realidad, en estos casos, sí existiría un contenido económico en el arrendador por cuanto, como consecuencia de esas reparaciones, el inquilino se va a sentir más a gusto y contento –interés no patrimonial y no pecuniario– y, probablemente renueve el contrato de arrendamiento. Pero también podría darse el caso de un interés exclusivamente no patrimonial por el estipulante hacia el tercero considerando válidas tales clases de contratos en Roma, si bien, no desde un primer momento. Otro tema a considerar sería el del estudio de los contratos celebrados en interés general o utilidad general. Tal sería el ejemplo de la estipulación, por parte de un comité, para el embellecimiento de una localidad, llevado a cabo con un jardinero para el establecimiento de un parque público (*locatio conductio operis*), con un herrero para la entrega de los bancos destinados al parque (*emptio venditio*), con un banquero el depósito en una cuenta de las suscripciones recaudadas (*mutuum*). Si el comité se viera obligado a intentar una acción contra cualquiera de esas personas, ¿habrá algún juez que la rechazase fundándose en que dicho comité ha pactado una convención no en interés propio sino en interés general y que, para atender a este último, existen otros órganos? R. von Ihering, *Estudios...*, *cit.*, págs. 158-159.

<sup>54</sup> *I. 3.19.19; D. 45.1.38.17*. Otros textos que recogen ese mismo principio son: *D. 44.7.11; D. 50.17.73.4; C. 5.12.19; C. 8.39 [38].3; Gayo, Instit., 2.95; 3.103*. Tal principio general, sin embargo, no viene tan claramente expresado en algunos textos, refiriéndose al caso concreto: *D. 12.1.9.4; D. 45.1.110; C. 5.12.26*.

<sup>55</sup> En este mismo sentido se pronuncia el Derecho romano al tratar los casos de la representación. F. Schulz, *Derecho romano...*, *cit.*, pág. 466; P. Bonfante, *I contratti...*, *cit.*, pág. 218; U. Majello, *L'interesse dello stipulante...*, *cit.*, págs. 3 y 39-42.

<sup>56</sup> F. Schulz, *Derecho romano...*, *cit.*, pág. 453; J. Coudert, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957, págs. 201 y ss.; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, vol. II, Roma, 1928, págs. 215 y ss.; A. Burdese, «Promesse del fatto altrui...», *cit.*, págs. 383 y ss.; U. Majello, *L'interesse dello stipulante...*, *cit.*, págs. 2 y 101 y ss. Tal es el efecto que se produce en los casos de representación aludidos en la nota anterior. Ver en este sentido *D. 44.7.11*.

la *stipulatio*<sup>57</sup>, lo que determinará la nulidad de la estipulación a favor de tercero<sup>58</sup>.

Debe separarse el estudio de la estipulación a favor de tercero, en una primera etapa –derecho arcaico, preclásico y clásico– en que rige el principio *alteri stipulari nemo potest* en su vertiente más rígida e inflexible de manera que –siguiendo a Albertario y Schulz– cualquier tipo de estipulación o contrato en favor de un sujeto no interviniente iba a resultar nula; de otra etapa, de mayor flexibilización y relativa generalización de la validez de tales clases de estipulaciones. Se trata de un enunciado general propio de una época en que rige el principio de vinculación exclusiva entre los sujetos contratantes. Ésto es lo que claramente aprecia Bonfante<sup>59</sup> en el sentido de que no va a ser la carencia de interés –del que puede prescindirse, en un sentido patrimonial–, sino que tal nulidad deviene por la propia naturaleza del contrato en la época clásica y, con mayor razón, sucederá en los contratos a cargo de terceros, es decir, en que se promete que otro cumplirá:

*«Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur; itaque alius pro alio promittens [datarum facturumque eum], non obligatur; nam de se quemque promittere oportet<sup>60</sup>...».*

dado que aquí no se está hablando ya de un beneficio para el tercero sino de que va a recaer sobre él el cumplimiento de una obligación contraída sin su intervención y, mucho menos, su aprobación en el momento de la celebración del negocio jurídico. Por eso, no deben confundirse los casos de representación y los de la estipulación<sup>61</sup>. Sin embargo, puede encontrarse una significativa excep-

<sup>57</sup> S. Perozzi, *Istituzioni di diritto...*, cit., págs. 215 y ss. En este sentido no hay más que ver *Gayo, Instit.*, 3.102 donde se recoge cómo se declara nula la estipulación que no se lleva a cabo de manera coherente entre pregunta y respuesta.

<sup>58</sup> R. Zimmermann, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town, 2000, pág. 35. Éste es el sentido de *Gayo, Instit.*, 2.95, donde se recoge el hecho indiscutible de la nulidad resultante de la adquisición a través de un tercero extraño; admitiéndose, con reservas y muchas dudas, la mediación del representante –procurator–: «...et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur; an per procuratorem nobis acquiratur (también, *GAYO, Instit.*, 3.103)». *D. 13.5.5.4*: «Sed si quis constituerit alium soluturum, non se pro alio, non tenetur...»; *D. 13.5.5.5*; *D. 50.17.73.4*; textos que tratan no de estipulaciones a favor de tercero, sino a cargo de tercero. Sin embargo, mucho se ha discutido en torno a otras causas como la de perduración, a través de los tiempos, del principio *alteri stipulari nemo potest*, vinculándolo con el interés patrimonial de la prestación por parte de quienes defienden la no patrimonialidad de ésta, como hecho determinante para el rechazo de esta clase de contratos en el tráfico comercial romano.

<sup>59</sup> P. Bonfante, *I contratti...*, cit., pág. 222. Como ejemplo, Bonfante expone el caso de la comisión de un *delictum* por parte de *Ticio* contra *Mevio*, donde no sería posible obligar a prestar la *poena* a *Sempronio* –a su favor–.

<sup>60</sup> *D. 45.1.83 pr.*

<sup>61</sup> En el primer caso, es como si intervinieran en la celebración del negocio jurídico, únicamente dos partes, estando ambas presentes en el momento de la conclusión del mismo. Lo que sucede es que, una de ellas está representada por una persona en su nombre, pero no estipula a favor de la otra, no le mueve ningún interés y, en todo momento, ha de adecuarse a unas pautas marcadas actuando de manera encorsetada, rígida y sin poder desplegar ningún tipo de creatividad o iniciativa.

ción: *D. 45.1.38.20* (caso del ejercicio de una tutela y cesión al co-tutor en beneficio del tercero de la misma). No se sabe exactamente la razón por la que se da tal excepcionalidad<sup>62</sup>. Quizás ese mismo interés, que se encuentra tanto en el tutor como en el menor y su protección, sea la justa medida de la excepción del caso referido, para su validez en el período clásico, donde no va a ser la carencia de interés, sino la tradición y concepto clásico del contrato –*contractus*– lo que determinará la nulidad de las estipulaciones a favor de tercero quizás por el recelo del propio Derecho romano a amparar situaciones complejas en que la protección de ese *interés* resulte más complicada.

Cabe descartar otras hipótesis en torno a la determinación y utilidad del propio interés en esta clase de estipulaciones. –recogidas por Bonfante<sup>63</sup>– aun consciente de la dificultad de resolver la cuestión –como en un tono muy pesimista se expresa Coudert<sup>64</sup>–. Esto mismo se refleja con mayor claridad en el derecho postclásico y justiniano –quizás hasta clásico muy tardío– gracias a la amplitud de casos en que se reconocerá como válida la estipulación a favor de tercero. Así, se aprecia el interés –patrimonial y económico, en este caso– del estipulante, por ejemplo, en la venta del fundo a tercero con la condición de que se mantenga vigente el contrato de inquilinato o arrendamiento preexistente a la venta o, por ejemplo, el modo que se añade a una donación en beneficio de un tercero<sup>65</sup>. Ese interés<sup>66</sup> –patrimonial o no, pecuniario o no– del estipulante en una inmensa mayoría de los casos, de carácter económico, va a ser el empuje jurídico en que se va a basar la validez de estas clases de estipulaciones que no son más que –como decía Hellwig<sup>67</sup>– un medio de simplificar y facilitar el tráfico jurídico.

---

<sup>62</sup> Caben varias hipótesis de entre las que merecen destacarse tres: a) el propio carácter del Derecho romano en toda su extensión, por lo que supone la heterogeneidad en su normal desarrollo y aplicación casuística si bien, para ello, se requerirán, en todo caso, una base sobre la cual justificar tal decisión concreta. b) Quizá se admite tal estipulación en consideración con el patrimonio del menor en orden a salvaguardar sus bienes. En este sentido cabe decir que el Derecho romano siempre tuvo un especial interés en la protección de los menores y su patrimonio teniendo en cuenta, además, que el pupilo no podía accionar contra el co-tutor sino únicamente contra el tutor. c) Por otro lado, en estrecha relación con lo dicho, el interés del estipulante en que se lleve a cabo la tutela de forma correcta porque, de lo contrario, el mismo tutor estipulante iba a tener que rendir cuentas ante el menor.

<sup>63</sup> P. Bonfante, *I contratti...*, *cit.*, págs. 224-225.

<sup>64</sup> J. Coudert, *Recherches sur les stipulations...*, *cit.*, pág. 208.

<sup>65</sup> Debe recordarse que, a lo largo de toda la exposición, se adopta una postura que considera a la estipulación como un «añadido» a un contrato principal al que condiciona o modifica. Por tanto, si se «añade» una carga o una cláusula a un contrato se hace de acuerdo con un interés en la persona del estipulante, que quiere que el arrendatario, por poner un ejemplo ya examinado, permanezca en la finca, o el tercero reciba una parte del usufructo de una finca donada –caso de la donación modal–.

<sup>66</sup> *D. 45.1.38.17-24*. Textos a los que pocos autores ponen objeciones a su genuinidad –caso de Bonfante, *I contratti...*, *cit.*, págs. 210 y ss. y 249 y ss.; y F. Schulz, *Derecho romano...*, *cit.*, págs. 467-468; refiriéndose este último básicamente a los textos: *D. 45.1.38.21-22* y *C. 8.38.3*.

<sup>67</sup> K. Hellwig, *Ueber die Grenzen...*, *cit.*, pág. 243.

Por otro lado, una cuestión importante, es que va a ser el receptor del interés, el que dispondrá de acción para reclamar el cumplimiento de la prestación debida. De esta forma, el pupilo, por ejemplo, no dispondrá de acción contra el nombrado co-tutor –promitente en la estipulación– pero sí podrá dirigirse contra el tutor –estipulante–. En resumen, el pupilo tiene acción, lógicamente, contra su tutor, no contra el cesionario: ¿qué significa esto?, que nos hallamos ante un contrato a favor de tercero en sentido impropio.

Puede observarse cómo es cierta la exigencia de la existencia de un interés. Es más, para asegurar el cumplimiento de la prestación, éste puede reforzarse a través de una cláusula penal –*stipulatio poenae*– tal y como dice *Ulpiano*:

«...Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest; poenam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis<sup>68</sup>».

¿Cuál es entonces el interés, la pena estipulada o el interés original? El interés será siempre el original, nunca va a ser la pena estipulada que, sin embargo, supone una transformación del interés en una cantidad de dinero que trata de paliar la insatisfacción del estipulante. En otros supuestos, no es ésta la situación que se produce, sino que es el propio tercero el que, por medio de una *actio utilis*, puede reclamar el cumplimiento de la estipulación, porque, aunque el contrato tiene por función satisfacer el interés del acreedor, confiere una protección indirecta a los intereses de otras personas. Por ello, prescindiendo del interés del acreedor, puede lesionar los intereses de terceros por lo que conviene examinar si es posible y en qué medida pueden defenderse tales intereses, tomando en consideración el interés lesionado por el mismo contrato intentando aclarar, así, si tal interés puede servir de fundamento para su propia defensa<sup>69</sup>.

Por otra parte, parece obvio que deba haber un interés por alguna de las partes, de lo contrario, la estipulación carecería de sentido alguno si en ella no se tuviera un interés que será, normal pero no necesariamente, de carácter económico<sup>70</sup>. Ese interés puede ser no pecuniario. En este sentido, de algunos tex-

<sup>68</sup> D. 45.1.38.17. Al que habría que sumar otros en el mismo sentido: D. 42.1.13 *pr*; D. 45.1.97.1; D. 45.1.112.1; D. 45.1.118.2. Para algunos autores como F. Pastori, *Elementi...*, *cit.*, págs. 150-151; tal cláusula resultará, incluso, determinante para la validez de algunos tipos de estipulaciones, citando al efecto D. 45.1.38.21; lo cual no nos resulta nada convincente.

<sup>69</sup> M. Ferrara, «Introduzione allo studio dei contratti a danno di terzi», *R.D.P.*, 24 (1940), págs. 94 y ss. Continuando con la concesión de las *actiones utiles* Bonfante considera que bien pudo darse este tipo de acciones ya en la época clásica sin tener que esperar a la postclásica o justiniana. Ello se debería a la facultad del propio magistrado para concederlas, incluso aunque no se contuvieran en el Edicto, otorgándose de manera discrecional. Para el citado autor, lo único que supondría el derecho justiniano en este sentido, sería la fijación definitiva de lo que, hasta entonces era excepcional, dependiendo de que el propio magistrado la concediera (P. Bonfante, *I contratti...*, *cit.*, pág. 227. Además, para Bonfante, la existencia de textos interpolados no descarta esta posibilidad.

<sup>70</sup> D. 2.11.4; D. 45.1.83.1.

tos<sup>71</sup> parece desprenderse que se comprenderían toda clase de intereses siempre que suponga un valor concreto para el tercero. Incluso así, entendida la estipulación como la adquisición de un bien a través de un esclavo, aquí no existiría ningún tipo de interés económico en la celebración de la estipulación. Para Schulz, dado que no hay interés en el esclavo, no cabría la validez de la estipulación<sup>72</sup>.

En definitiva, del análisis de los textos, independientemente de la época, cabe concluir que los pocos casos en que se admite la validez de la estipulación a favor de tercero es debido a la existencia de un interés. El demandante puede actuar contra alguien si dispone de un interés socialmente aceptado y capaz de ser valorado por el juez, existiendo distintas vías para estimar el interés incluida la cláusula penal<sup>73</sup>. Finalmente se llegará a elaborar toda una sistematización y ordenación del contrato a favor de tercero a partir de los comentaristas, que trabajarán sobre la base de las excepciones recogidas en el derecho justiniano<sup>74</sup>.

## D) LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS

### 1. Introducción

Hay autores para los que, tanto el problema de la patrimonialidad como del interés del acreedor –en cuanto fusión o quizás más bien confusión con el término pecuniariedad–, tiene su fundamento en la propia aceptación o reprochabilidad social de tales intereses.

El interés debe ser lícito y socialmente apreciable. En este sentido, *Papiniano* (*D. 18.7.7*) expone que si se ha vendido un esclavo con el pacto de que sea exportado y se ha acordado una pena para el caso de no respetarse esta cláusula, no se concede al vendedor acción del contrato *eo nomine vindictae ratione*. Si, en cambio, se convino, igualmente bajo pena, que el esclavo no fuese castigado con la deportación, el vendedor movido por un interés digno de tutela y

<sup>71</sup> *D. 2.5.3; D. 45.1.68* (en este último se percibe claramente un interés no económico).

<sup>72</sup> A ello cabría contestar que lo que no habría sería, en todo caso, un interés pecuniario, pero sí podría haberlo de cualquier otra naturaleza. Pero cabe dudar de si esa actuación supone una verdadera estipulación, pues Schulz la considera como mera representación del patrono. F. Schulz, *Derecho romano...*, cit., pág. 466; P. Bonfante, *I contratti...*, cit., pág. 215. A ello oponemos: *Gayo, Instit.*, 3.103; 3.163. Schulz los vincula –los citados textos– a los casos de representación directa o indirecta. Así, se considera válido el *mandatum alieni gratia* (*Gayo, Instit.*, 3.155). De acuerdo con Windscheid, puede estimarse la naturaleza del interés del estipulante indiferente siempre que suponga un beneficio al tercero (*I. 3.19.19; D. 45.1.38.17*); casos de representación para Windscheid, *Diritto delle Pandette*, tomo II, Torino, 1930, parágrafo 316 a, nota a pie 1.<sup>a</sup>, pág. 232.

<sup>73</sup> *Gayo, Instit.*, 4.43; 4.51; *I. 3.19.19; D. 19.2.54.1; D. 45.1.38.17*.

<sup>74</sup> Por poner un ejemplo, será habitual la cesión del estipulante sus acciones a favor del tercero para la reclamación del cumplimiento de la prestación o la consiguiente satisfacción de una pena. Ver, en este sentido, P. Bonfante, *I contratti...*, cit., págs. 243-249. *D. 45.1.103*. F. Pastori, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano, 1961, págs. 277-278. En contra, F. Schulz, *I contratti...*, cit., pág. 467. Ver S. Riccobono, *Stipulatio...*, cit., págs. 274 y ss. *I. 3.15 [16].7*. M. Kaser, *Restituere als Prozessgegenstand*, München, 1968, págs. 6 y ss.

moralmente apreciable (*affectionis ratione*) sí podría servirse de la acción contractual<sup>75</sup>.

Por tanto, no es la patrimonialidad de la prestación sino la licitud y moralidad del interés las que realmente importan. Son estos los criterios que van a conceder o no la posibilidad de reclamar por el vendedor el cumplimiento de la cláusula acordada y no la patrimonialidad ni la pena pactada los que fundamentan la existencia del interés o viceversa (*D. 18.7.6 pr-1*). En esta misma línea debe señalarse el texto de *Paulo, D. 17.1.54 pr*, que trata del mandato a un extraño para que compre un esclavo y lo manumita. Si a esa compra no sigue la manumisión, el dueño podrá reclamarla *affectus ratione* con la *actio mandati*; comprobándose, nuevamente, la relevancia del interés lícito y aun loable del acreedor.

Parece, pues, que basta con que el interés del acreedor en la prestación sea lícito y socialmente apreciable para que exista protección o amparo jurídico del mismo, con independencia de la patrimonialidad o pecuniariedad del mismo. Por otro lado, también parece afirmarse que la existencia de la prestación no va a estar sometida a otras circunstancias –más que a las ya referidas anteriormente– como sería la inclusión de una cláusula penal o *stipulatio poenae*<sup>76</sup> en tanto

<sup>75</sup> *Papiniano (D. 18.7.7)*. «*Servus ea lege venit, ne in Italia esset; quodsi aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor, vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditur agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam, quam alii promisit, incidere...*». En la primera parte del texto, no se trata de un interés sino de una venganza lo que se añade a la venta por parte del vendedor, por lo que tal interés no se estimaría en un *iudicium bonae fidei* (F. Pastori, *Elementi...*, cit., págs. 148-149). *D. 18.7.6*: «*Si venditor ab emptore caverit, ne serva manumitteretur, neve prostituatur, et aliquo facto contra, quam fuera exceptum, evincatur, aut libera iudicetur, et ex stipulatu poena petatur, doli exceptionem quidam obstituram putant; Sabinus, non obstituram. Sed ratio faciet, ut iure non teneat stipulatio, si ne manumittentis, ac non potius de effectu beneficii cogitatum. Ceterum si, ne prostituatur, exceptum est; nulla ratio occurrat, cur poena peti et exigi non debeat, quum et ancillam contumelia affecerit, et venditoris affectionem forte, simul et verecundiam laeserit; etenim alias remota quoque stipulatione placuit, ex vendito esse actionem*» y *D. 18.7.6.1*: «*...quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quia poenam promississet; ceterum viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset...*». En consecuencia, de la violación del pacto, el vendedor podrá actuar sobre la base de la *stipulatio poenae*. Mediante ésta, el interés reprochable se convierte en una suma de dinero establecida en la pena: «*vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditur agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam, quam alii promisit, incidere. Huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii praestari cogitur; quidquid enim excedit, poena, non rei persecutio est*». De aquí se deduce que lo que se protege es la pena por incumplimiento pero no el resarcimiento del daño. Pero el texto de *Papiniano* continúa: «*Quodsi ne poena causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur. Nec videntur haec inter se contraria esse, quum beneficio affici hominem intersit hominis*». En este segundo caso se protegerá el interés de afectación que le lleva al vendedor a añadir la cláusula penal en el caso de que el promitente rompa el pacto contraído con el estipulante y exporte o destierre al esclavo, ello es así porque, en este supuesto, se está protegiendo, además de la pena por incumplimiento, un interés socialmente aceptado como podría ser, por ejemplo, el humanitario. *D. 45.1.38.2* y *D. 45.1.38 pr*.

<sup>76</sup> La *stipulatio poenae* representa una garantía convencional, acordada por las partes y cuyo uso irá en auge dada la limitación de la precisión normativa. Históricamente, supone una especie de autodefensa para el caso de ausencia de tutela legal. Para Kunkel (P. Jörs-W. Kunkel, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1937, pág. 259), la estipulación penal podía tener diferentes finalidades. En consecuencia, las partes podían utilizar dicha cláusula para sancionar la el incumplimiento de una pres-

medio cuantificador de ese interés y que, de esta forma, otorgaría validez a la prestación.

## 2. El interés de afección

El interés de afección puede desglosarse –a juicio de Ihering<sup>77</sup>– en multitud de intereses no pecuniarios sin distinguir la forma bajo la cual son protegidos (acciones penales o reipersecutorias) ni las circunstancias con respecto a las cuales se reconocen como jurídicamente relevantes. Los intereses no económicos del Derecho romano serían bien aquellos cuyo fin reside en la persona de un tercero, bien otros cuyo fin radica en nuestra propia persona. Entre los primeros, intereses tales como: a) afecciones de familia<sup>78</sup>; b) sentimientos de piedad del heredero para con el testador<sup>79</sup>, c) simpatía y benevolencia con los extraños<sup>80</sup>, y d) amor a la cosa pública<sup>81</sup>. Los segundos, pueden reconducirse, básicamente, a dos categorías: a) intereses materiales<sup>82</sup>, y b) intereses ideales<sup>83</sup>. Para

---

tación sobre la que recae un interés socialmente apreciable (P. Voci, *Le obbligazioni...*, cit., págs. 245 y 252.). En cualquier caso, la *stipulatio poenae* puede incluirse en otros contratos como, por ejemplo, el de arrendamiento, sociedad, etc. (D. 17.2.71 pr), derecho de propiedad, sucesiones (no admitiéndose en estos casos medidas limitadoras de la voluntad del testador: D. 45.1.65. B. Windscheid, parágrafo 529), y también en lo relativo al derecho de familia (D. 45.1.21.1), aunque en estos casos, no estaba socialmente bien considerada la inclusión o el establecimiento de la *stipulatio poenae*. Otros ámbitos de aplicación sería, por ejemplo, en el *compromissum*, incluso para obligar a la otra parte a comparecer en juicio fijándose una suma, normalmente establecida sobre la mitad de la cantidad establecida en la *stipulatio*. D. 4.8.27.7; D. 4.8.38. La opción de la entrega de una suma de dinero no es el equivalente de la prestación principal; es decir, la obligación subsidiaria lo que supone es una compensación (R. Knütel, *Stipulatio poenae*, Köln-Wien, pág. 269) por el incumplimiento de la principal. D. 19.1.28. No parece, en este sentido, que puedan concurrir acciones; así, el vendedor, por ejemplo, que, además de la venta impone al comprador hacer algún trabajo; si a la venta se suma una *stipulatio poenae*, el vendedor dispondría para exigirlo o bien de la *actio venditi* o bien de la cláusula penal pero no de ambas, por lo que el comprador, a su vez dispondría de la *exceptio doli*.

<sup>77</sup> R. von Ihering, *Estudios...*, cit., págs. 108 y ss.

<sup>78</sup> D. 4.4.35; D. 11.3.14.1; D. 21.2.71; D. 26.10.1.7; D. 27.3.1.2; D. 38.2.36; D. 47.10.18.5; D. 47.10.22.1; C. 5.37.22; C. 9.3.5.5.

<sup>79</sup> D. 4.2.1; D. 10.2.18.2; D. 17.1.12.12; D. 32.19; D. 33.1.7; D. 35.1.71 pr.

<sup>80</sup> D. 17.1.2.2; D. 17.1.2.3; D. 17.1.6.4; D. 17.1.8.4; D. 17.1.8.6 (*actio mandati de interesibus no pecuniarios*); D. 17.1.5.4; D. 18.7.6 pr; D. 35.1.92; D. 43.29.3.9.

<sup>81</sup> I. 4.10; D. 1.3.4.6; D. 45.1.38.17; D. 47.23.3.1. Sin embargo, del análisis de estos textos se desprende claramente que se protegen intereses no pecuniarios tal y como recoge *Ulpiano* en los siguientes textos –D. 17.1.5.4 pr– sin distinción entre si el interés afecta a uno mismo o a un tercero –D. 17.1.2.6 pr–, pero sí cuando afecta a la otra parte interviniente, concretamente, en un contrato de mandato, en cuyo caso más que negocio jurídico alguno existe, para *Gayo*, un consejo –D. 17.1.2.6–. Por tanto, para *Ulpiano*, que exista interés y esté protegido, debe revestirse de una forma contractual –D. 17.1.8.4; D. 17.1.8.6–. Ahora bien, de la lectura de los textos, se extrae que realmente entra en juego o funcionamiento la acción en los casos de perjuicio patrimonial –D. 17.1.8.6: «...ceterum si nihil interest, cessat mandati actio...». Además, en el texto D. 17.1.6.4, se reconoce la validez del acuerdo en sentido impropio pues el incumplimiento por el deudor, concede al que mandó acción para reclamar la responsabilidad al mandatario en este caso, y no así al tercero beneficiario del contrato.

<sup>82</sup> D. 4.7; D. 4.7.1 pr.

<sup>83</sup> D. 11.7.11; D. 43.24.11.1; D. 47.12.3.8.

Ihering, las consecuencias de la teoría del valor pecuniario conduciría, por ejemplo, a lo siguiente: un mozo de un hotel estipula en un contrato con un patrono que quedará libre los domingos después de mediodía, ¿es válida esta convención?, aplicando el requisito de la pecuniariedad no tendría efecto, pues la libertad del domingo por la tarde no tiene ningún valor pecuniario para el mozo del hotel porque piensa dedicarlo a divertirse. Esa libertad, por el contrario, le costará algo: un dinero al que renuncia. El resultado es que el juez debe proteger los intereses y los bienes a los cuales tal doctrina cree debe negar un valor pecuniario. El error que se comete aplicando la regla consiste en que la restricción a la producción patrimonial perdiendo de vista el consumo patrimonial<sup>84</sup> («...*amoenas habent...*»). No es verdad que el patrimonio constituya el único bien que el Derecho tiene que proteger como objeto del contrato y otros bienes no puedan participar de esa protección más que haciéndolos derivar del patrimonio. Pero, ¿en qué medida posee el juez para evaluar en dinero el valor de una lesión jurídica que tenía por objeto no la cosa sino la persona?, ¿qué medida tiene para conminar con una pena?, ¿fijará 10, 100, 200?

Un fundamento elemental es el hecho de que todo contrato que atente contra una prohibición legal o contra el orden moral carece de validez. ¿Pero es cualquier promesa formulada seriamente, que no sea ilegal ni inmoral, legalmente vinculante y coercible con ayuda de los tribunales?, o ¿existen ámbitos determinados en los que el contrato obligatorio, la promesa de deuda, puedan accionarse? La teoría dominante del derecho común responde afirmativamente esta última pregunta y considera solamente la promesa –cuyo cumplimiento tiene un valor patrimonial para el acreedor– como contrato obligacional válido. Windscheid<sup>85</sup> se opone haciéndose una pregunta: ¿Si hago que mi vecino me prometa que va a dejar de tocar el piano, lo cual me molesta en mi trabajo, se quiere conceder entonces a mi vecino la libertad de romper el contrato sin sanción alguna? Si la respuesta es negativa, entonces cualquier promesa formulada seriamente –ya sea de acción u omisión– es legalmente coercible, a no ser que el interés que tenga el acreedor en la prestación prometida no llegue a recabar el apoyo legal en consideración del juez; que lo negará.

¿Cómo se conjuga por un lado, el interés no pecuniario –patrimonial o no–, por otro, la protección jurídica del mismo, como resultado de su reconocimiento social? La teoría de Windscheid contempla como acertada la idea de que

<sup>84</sup> Para el dueño del hotel, la hermosa vista de que desde él se goza es un medio de producción patrimonial. Si como consecuencia de nuevas edificaciones se le priva de ella, la teoría le concede reparación porque, por ese hecho, pierde dinero en sus negocios. Para el particular, la hermosa vista es sólo un objeto de consumo patrimonial; si se le priva a causa de las edificaciones nuevas, no obtiene, según esta teoría, reparación alguna, porque sólo pierde un mero goce. Pero, en realidad, pierde, también, dinero; el pagado por la casa en razón de su hermosa situación. Esta teoría quiere proteger el patrimonio y lo deja sin protección dondequiera que ha perdido su forma apreciable para convertirse en bienes ideales tales como el placer, la salud, el recreo, la sabiduría, etc. R. von Ihering, *Estudios...*, *cit.*, págs. 96 y ss.

<sup>85</sup> B. Windscheid, *Diritto...*, *cit.*, págs. 36 y ss.



no sólo los intereses con repercusión estrictamente económica tienen protección jurídica sino también otros incluso independientes de tal valor. Entonces, ¿qué puede ser objeto de una obligación? Esta formulación ha conducido a expectativas y consecuencias erróneas. Habría que preguntar más bien hasta qué punto la voluntad de las partes constituye una obligación legal. Existe un gran número de preceptos y obligaciones jurídicas que afectan al ámbito de las normas de derecho privado que no tienen relación con el patrimonio. El Derecho romano no solamente protegía el patrimonio, sino que aseguraba también los máximos bienes de la persona en la medida más amplia y con los medios más efectivos.

Para Hellwig<sup>86</sup>, habría que destacar el error discutido, creyendo –Ihering– que había que desligar la exigencia del interés patrimonial porque, como se dice literalmente, la obligación en un pueblo de elevada cultura no solamente tiene la misión de procurar al acreedor bienes materiales, sino que debería procurarle también bienes ideales, cuya importancia y valoración aumentaría con la cultura. Pero, ¿qué quiere decirse con bienes ideales?, quizás ¿amistad, amor, piedad y ese tipo de ideales? Todo esto, para el citado autor conduce a una tremenda confusión. En este sentido, el Derecho romano reconoce incluso la servidumbre del contenido, que no se oculta la perspectiva al propietario de que una actividad perturbadora de la paz pueda llevarse a cabo en la finca vecina. La razón es sin duda que una finca cuyo propietario tiene una servidumbre de este tipo, posee un elevado valor patrimonial, pues éste se determina no solamente según la mera utilidad, sino también considerando las comodidades que ofrece el empleo de la finca.

Para Windscheid, se tendría que proporcionar la prueba más estricta de que las fuentes jurídicas reconocen como efectivos contratos cuyo contenido carece de valor patrimonial para el acreedor. «*Observando las fuentes, –continúa diciendo– tampoco en el derecho clásico se da una importancia decisiva a la necesidad de que todo proceso haya de derivar en una condena pecuniaria, pero quizás en ésta radica para nosotros la prueba de que en la demanda para el cumplimiento de contrato, si se considera en conexión con otros fundamentos, sencillamente se excluyen la observación del valor afectivo y del interés de afección.*».

Hellwig<sup>87</sup>, opina que la condena pecuniaria tiene como objetivo el castigo o la satisfacción solamente en casos especialmente determinados. Es una clara contradicción si se excluye la consideración del interés de afección en caso de que se compita con un interés pecuniario y, por el contrario, se admite su consideración en caso de que el acreedor simplemente tenga interés de afección en la prestación. Sin embargo, lo que sucede es que, puede que ese interés de afección no haya sido posible probarlo o no se haya tenido en cuenta por el juez y cabe la posibilidad de que se haya expresado en el negocio jurídico de manera

<sup>86</sup> K. Hellwig, «Ueber die Grenzen...», *cit.*, págs. 242 y ss.

<sup>87</sup> K. Hellwig, «Ueber die Grenzen...», *cit.*, págs. 246 y ss.

que la sentencia condenatoria ya la hubiera incluido en la misma pues ya había sido convertida a un valor material como es una suma de dinero.

En dos famosísimas sentencias (*D. 18.7.6; D. 18.7.7*, ya citadas en nota a pie 74), *Papiniano* habla de la venta de esclavos con acuerdo verbal acerca de su trato en el futuro y haciendo referencia sobre la *affectio*. Anteriormente, en caso de que el comprador se obligara a un trato cruel y no lo hubiera efectuado, había querido dar solamente la demanda para la pena convencional (libre de forma) acordada, en caso de que el vendedor tuviera un interés pecuniario especial en el maltrato, dado que de lo contrario la pretendida crueldad no requeriría ninguna protección. En caso de que el buen trato prometido no se llegara a dar, la pena convencional debía extinguirse, porque como dice *Papiniano*, la persona tendría un interés en dar un buen trato a la otra. *Papiniano* considera que la eliminación de los intereses de afección se aparta de los fundamentos y el interés patrimonial es fundamental.

### 3. Interés patrimonial (*quanti ea res est, stipulatio poenae*)

En el estudio de este tema en el Derecho romano, frecuentemente se encuentran ejemplos en que se habla de los *pretia rerum*, que no deben confundirse con la afección y, si existe en ellos un incremento del valor no es como consecuencia de valoración del afecto sino de la imposición de una pena. Este es el caso del contumaz en el litigio y no se entiende como un precio extra con la finalidad de resarcir daño alguno sino con un marcado carácter penal. Los textos de *Ulpiano* (*D. 6.1.68; D. 12.3.1; D. 12.3.4.2*); y *Marcelo* (*D. 12.3.8*); nos sirven de ejemplo de lo afirmado<sup>88</sup>; lo que no impide que el demandante pueda incluir en el *iusiurandum in litem* un precio de afección, si bien en las fuentes no se habla de la inclusión de la afección en ese mayor valor que surge como consecuencia del *iusiurandum* del demandante<sup>89</sup>.

En palabras de F. Raber, «aquí nos estamos moviendo, precisamente ahora –se está refiriendo a la época clásica–, en un ámbito fronterizo entre el derecho privado y el derecho penal privado<sup>90</sup> –citando a Honsell– en el que, como consecuencia del fundamento de la condena pecuniaria y la consiguiente valoración de cada reclamación, cuando a causa de la resistencia del demandado frente a la orden de restitución del juez por juramento estimatorio, el demandante puede hacer que se le indemnice en dinero por la pérdida del objeto incluyendo también las relaciones puramente subjetivas con el objeto...

<sup>88</sup> Normalmente, durante la vigencia del proceso formulario, la condena consistía en el pago de una suma de dinero. Sin embargo, en ocasiones, ésta podía consistir en la prestación real –caso de las acciones arbitrarias, que se otorgaban casuísticamente sin un criterio concreto. *D. 12.3.1* y *D. 12.3.8*– y sólo si ésta deviniera imposible, el juez decretaba el pago de un dinero estimado normalmente por el demandante. En estos casos no era relevante –para el demandante– el interés ideal –como dice R. von Ihering, *Estudios...*, *cit.*, pág. 101– que debía encontrar reparación.

<sup>89</sup> F. Raber, «Zum Pretium affectionis», *Festgabe für Arnold Herdlitzschka*, München-Salzburg, 1972, pág. 203.

<sup>90</sup> F. Raber, «Zum Pretium...», *cit.*, pág. 203, nota 31.

para el demandado... este exceso representa una sanción por contumacia, para el demandante es, por el contrario, un medio para obtener en lo posible un equivalente que compense la pérdida de un objeto particularmente estimado». Esa valoración hecha por el demandante no puede estar exenta de un control por el juez<sup>91</sup>. Para *Ulpiano*, el demandante en el juramento estimatorio puede valorar el objeto según criterios subjetivos y además estimar el valor común. Éste puede incluir su especial predilección hacia el objeto retenido por parte del demandado a pesar de la orden judicial de restitución: *Ulpiano* (D. 12.3.4.2) y *Marciano* (D. 12.3.5.1) hablan de una *taxatio* judicial. En el marco de su *officium*, sería competencia del *iudex* controlar mediante la fijación de una cantidad máxima los abusos del juramento estimatorio querellante, prevenidos anteriormente por la moral y las costumbres, así como el sentimiento de responsabilidad de un *vir bonus*. Aun en contra de un *iusiurandum in litem* con un carácter expresamente sancionador y con una base terminológicamente técnica del procedimiento formulario (*quanti ea res est*), podrá verse una sanción para la contumacia, de acuerdo con *Kaser*, en el exceso que es de esperar en la estimación del demandante bajo juramento<sup>92</sup>. La suma estimada tendrá que pagarse al demandante como *poena* y no como equivalente del objeto. El *pretium affectionis* no es un medio para la determinación objetiva del valor de una cosa, aunque sí un fundamento de la demanda. También con el daño y sus diversos modelos de reparación tienen mucho qué ver las expresiones a) *quanti res est*<sup>93</sup> cuyo objeto base de estimación es la *res*, y b) *quanti interest*. *Res* significa una cosa física o intelectual y el *quanti res est* equivale por consiguiente al valor de la cosa. En este sentido debe entenderse a *Ulpiano* cuando dice:

«*Haec verba: quanti eam rem paret esse, non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur*<sup>94</sup>». «*Haec autem actio in factum est, et datur in duplum quanti ea res erit; quod*

<sup>91</sup> D. 6.1.68; D. 12.3.4.2; D. 12.3.4.3; D. 12.3.5.1; D. 12.3.5.2.

<sup>92</sup> Ello no iba a resultar fácil a pesar de que se tratara, por ejemplo, de un objeto determinado, pero tampoco cuando la prestación debida consistía en un *facere* D. (45.1.118.2.) teniendo en cuenta la tasación que debía llevar a cabo el juez como forma de compensación o satisfacción por los daños sufridos. Ver D. 17.1.54 *pr* (interpolado –según Ferrini y Pernice en contra de los que nos hallamos junto a Albertario– porque en el derecho justiniano no se da ya la condena pecuniaria sino específica o *in natura*). Por todo ello, cobra especial importancia la existencia de la cláusula penal. R. Knütel, *Stipulatio poenae...*, págs. 46 y ss.; G. Grosso, *Obbligazioni. Contenutto e requisiti...*, *cit.*, págs. 149 y ss.; M. Kaser, *Derecho privado...*, *cit.*, pág. 157; A. Guarino, *Diritto privato romano*, 8.<sup>a</sup> edición, Napoli, 1988, pág. 749; D. Medicus, *Id quod interest*, Köln-Graz, 1962, pág. 218. Por tanto, este sistema de tasación de daños y perjuicios presentaba grandes ventajas sobre la valoración judicial: 1.º cuando el objeto de la obligación consistía en un *facere* o en una cosa que no fuera dinero, evitaba al acreedor la prueba del perjuicio sufrido; b) aseguraba la ejecución de las obligaciones naturales pues el acreedor podía obtenerla mediante la satisfacción de la pena; c) evitaba la discrecionalidad del juez en la tasación de los perjuicios pues, con ella, las partes la tasaban anticipadamente.

<sup>93</sup> Concepto de *res* como objeto de derecho: *Gayo, Instit.*, 2.1; 2.11-14; D. 1.8.1. *Res* como objeto no valorable económicamente: frente a *pecunia* que es lo verdaderamente estimable materialmente: D. 50.16.5 *pr*-1.

<sup>94</sup> D. 50.16.193.

*ad pretium verum rei refertur*<sup>95</sup>...». «*utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res erit*<sup>96</sup>», «*hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur*<sup>97</sup>».

Para el citado jurista la fórmula: *quanti res erit y quanti eam rem esse pare*<sup>98</sup>, se referirían al valor de la cosa y no al interés; *res* significa aquí una cosa física aunque también puede significar objeto del litigio. En la fórmula de la *lex Aquilia*: «*quanti ea res plurimi fuerit*», las palabras se refieren al valor de la cosa y no al del interés<sup>99</sup>.

La frase *quanti ea res est* haría referencia originalmente y en la época antigua exclusivamente al valor de la cosa, pero más tarde lo estaría al interés. No hay que pensar en una cosa, *res* puede significar solamente el servicio estipulado y *quanti res est* por consiguiente sólo el valor de este servicio para el acreedor. En los supuestos de la *condemnatio quanti ea res est*, el resarcimiento se va a circunscribir, en todo caso, a la misma cosa. En la *actio empti* el punto de partida para el establecimiento de su valoración lo constituye el *pretium rei*, salvo la existencia de un daño diferente<sup>100</sup>. Con este valor se limita el precio real de la cosa –subjetivamente hablando– y se objetiviza o convierte en un valor representativo; sin la posibilidad de contemplar la valoración de un daño más allá de la de la cosa misma<sup>101</sup>.

Por otro lado, ha de diferenciarse el concepto de *quanti ea res est (erit, fuit)* del *id quod interest*. Diferenciación que se plasma a través de la compilación justiniana<sup>102</sup>, tal y como se recoge en una gran diversidad de textos, que se conservará y trascenderá al derecho bizantino<sup>103</sup>, porque en el derecho clásico, pese a que se reconoce la existencia de un interés por encima del valor material o real de la cosa<sup>104</sup>; sigue adoptándose como criterio base sobre el que se fijan las

<sup>95</sup> D. 47.8.4.11.

<sup>96</sup> D. 10.4.9.8.

<sup>97</sup> D. 2.3.1.4; D. 2.7.5.1

<sup>98</sup> D. 50.16.179.

<sup>99</sup> Resultaría aventurado constituir una excepción generalizada basada en esta evolución en la *lex Aquilia* en conexión con el texto de Paulo (D. 43.16.6): «*In interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere; et hoc iure nos uti...*».

D. 43.16.6.

<sup>100</sup> D. 47.2.32 *pr*; D. 47.2.50 *pr*; D. 47.7.8 *pr*.

<sup>101</sup> D. Medicus, *Id quod interest...*, *cit.*, págs. 229 y ss.

<sup>102</sup> F. M. de Robertis, «*Quanti ea res est...*», *cit.*, págs. 114-128; M. Kaser, *Quanti ea res...*, *cit.*, págs. 10 y ss.; P. Voci, *Resarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, págs. 54 y ss.; D. Medicus, *Id quod interest...*, *cit.*, págs. 230 y ss.; G. Beseler, «*Zur Sachenvertberechnung*», *Z.S.S.*, 50 (1930), págs. 25 y ss. I. 4.6.18; D. 6.1.68; D. 43.16.6; D. 43.17.3.11 (este texto, en concreto, dio lugar a diversas interpretaciones entre los mismos juristas clásicos en relación con la aplicación del *quanti ea res est* o el *id quod interest*); D. 45.1.38.2; D. 46.5.11; D. 47.2.81; D. 50.16.193.

<sup>103</sup> F. M. de Robertis, «*Quanti ea res est...*», *cit.*, pág. 117.

<sup>104</sup> Tradicionalmente, se suele dividir, en relación con el principio del *id quod interest*, los textos que tratan de él en cuanto si son concernientes a acciones reipersecutorias o mixtas –las penales recogían el criterio del *quanti ea res est*–. En este sentido, en relación con las acciones reipersecutorias. D. 12.3.2; D. 6.1.27.2; D. 6.1.68; relativas a la acción de petición de herencia –*hereditatis petitio*–, *actio serviana*, *actio quod metus causa* (D. 4.2.14.14; D. 5.3.45; D. 8.5.4.2-3; D. 20.1.21.3; D. 39.1.1.20;

cuantías para establecer la *condemnatio pecuniaria*, el *quanti ea res est*<sup>105</sup> y, aquellos casos en que no se fija una suma determinada y se deja al lesionado que la establezca mediante la fórmula del juramento, son casos muy precisos<sup>106</sup>. En ocasiones, se reconocerá la aplicación del *id quod interest* en aquellas acciones en que el valor del *id quod interest* sirve como medio subsidiario ante la imposibilidad material o jurídica de la aplicación del criterio base establecido –*quanti ea res est*<sup>107</sup>–. *Papiniano*, en relación con un caso de hurto, hace referencia a una estimación económica de la cosa corpórea salvo que en ella recayera un interés de otra naturaleza:

«*Quum autem iure domini defertur furti actio, quamvis non alias, nisi nostra intersit, competat, tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit, utilitas mea referenda est*<sup>108</sup>».

#### 4. Conclusiones

Como conclusiones a este apartado cabe extraer las siguientes: a) en la época clásica el único criterio base aplicable para el establecimiento y fijación de la

---

*D. 46.3.95.9*; *interdictum quod vi aut clam* (*D. 43.24.15.7-9*); *interdictum de vi* (*D. 43.16.11.4*); *interdictum de maioribus xxv annis* (*D. 4.4.11*); *actio ad exhibendum* (*I. 4.17.3*; *D. 10.4.9.8*; *D. 10.4.12.4*; *D. 12.3.2*; *D. 12.3.10*; *D. 33.6.2.1*; *D. 49.1.28.1*); *interdictum de tabulis exhibendis* (*D. 43.5.3.11-14*); *actio de alienatione iudicis mutandis causa facta* (*D. 47.4.3*); *actio depositi* (*D. 5.1.64 pr*; *D. 12.3.3*; *D. 16.3.22*; *D. 16.3.1.43-44*); *actio commodati* (*D. 13.6.3.1*); *actio pignoratitia* (*D. 13.7.9.5*; *D. 13.7.43 pr*; *D. 46.1.54*; *C. 4.24.5*; *C. 8.29.1 pr*); *actio ex testamento* (*D. 30.69.2*; *D. 31.54*; *D. 34.3.3.5*; *D. 34.3.11*; *D. 45.1.131.1*); *actio de eo quod certo loco* (*I. 4.6.33 c*; *D. 5.1.4.3*; *D. 13.4.2 pr*; *D. 13.4.2.2*; *D. 13.4.2.7-8*; *D. 13.4.4 pr*; *D. 16.2.15*; *C. 3.18.1*). La existencia de dicha acción como independiente es negada por Arangio-Ruiz, quien opina que dicha consideración es más obra de los juristas bizantinos que consecuencia de la labor de los juristas postclásicos o justinianos. *Actio de constituta pecunia* (*D. 13.5.14.2*); *actio ex stipulatu* (*D. 2.5.3*; *D. 2.11.14*; *D. 39.2.5.2*; *D. 39.2.18.10*; *D. 39.2.37*; *D. 45.1.81 pr*; *D. 46.5.11*; *D. 46.8.8.2*; *D. 46.8.13 pr*; *D. 48.8.4*; *D. 48.8.18*; *D. 48.8.22*); otros tipos de relaciones (*D. 2.10.3 pr*; *D. 2.10.4*; *D. 11.7.9*; *D. 43.16.6*; *D. 43.17.3*; *D. 45.1.3*). Por otro lado, están los casos de acciones mixtas. En ellos, el múltiplo del valor de la cosa en orden a la reparación del daño, encuentra su limitación a la hora del establecimiento de la cuantía de la condena –en el *Corpus Iuris Civilis*– al doble (*D. 19.1.44-45*; *C. 7.47.1.1*), limitación que se circunscribe a la cosa *in se* y *per se* considerada (*D. 19.1.21.3*).

<sup>105</sup> *Gayo, Instit. 4.43; 4.48-52*. Si bien, pese a que algunos autores –por ejemplo, P. Beretta, «Le formule in id quod interest», *S.D.H.I.*, 3 (1937), II, págs. 419 y ss.– afirman la no referencia de *Gayo* al *id quod interest*. Los romanos sí se refirieron a él sin reconocerlo de manera expresa. Saben sus consecuencias y sus posibilidades aunque no lo consideren, quizás, acorde con el momento jurídico que vivían. Prueba de ello es que *Gayo* se refiere al *id quod interest* en *Instit.*, 3.161; refiriéndose al incumplimiento del contrato de mandato por el mandatario, pagando una suma de dinero por un bien, que excedería del límite impuesto por el mandante. No es un ejemplo claro pero sí se reconoce un interés al margen del puramente material, basado en la persona del mandante –subjetivo– y no en el objeto sobre el que gira el contrato de mandato.

<sup>106</sup> De ahí la capacidad del juez, en determinados casos –fórmulas con *intentio incerta*– para aumentar o, básicamente, disminuir el montante del mismo.

<sup>107</sup> S. Tafaro, *La interpretatio ai verba quanti ea res est nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1980, págs. 5 y ss., 130 y ss.

<sup>108</sup> *D. 47.2.80.1*. De Robertis («*Quanti ea res est...*», *cit.*, pág. 127), recoge otros muchos textos en esta misma línea.

cuantía de la *condemnatio pecuniaria* era el de *quanti ea res est*, de manera que no podía alegarse, al menos, en principio cualquier otra causa que intentara satisfacer intereses no económicos; pues la suma superior al valor real o material de la cosa –objetivamente hablando– era en concepto de pena, aunque sí es cierto que se sabía de la existencia de otra clase de intereses y valoraciones no precisamente económicas o materiales sino al margen de las mismas; b) ya en la época justiniana coexisten estos dos criterios a la hora de valorar o interpretar y restablecer el equilibrio del daño causado. Ambos relacionados con el cálculo de tal reparación; entendida ésta como pena o como resarcimiento respectivamente<sup>109</sup>; c) la posible interacción de ambos en la fórmula de algunas acciones, resolviéndose, en la época justiniana, mediante la aplicación del *quanti ea res est*, que vendría matizado por la intervención judicial en supuestos de reparación. En resumen, ya en el derecho justiniano, el resarcimiento del daño se va a llevar a cabo mediante la observancia y aplicación del criterio del *id quod interest*, mientras que en los supuestos que conllevan la aplicación de una pena, se conservará la fórmula *quanti ea res est*, siendo, en estos casos, muy excepcional la aplicación del *id quod interest*<sup>110</sup>. ¿Por qué sucede ésto? Puede que ocurriera como consecuencia de la aplicación de la pena como medio originario de reparación. Por todos es sabido, que el pretor no va a denegar esta aplicación, pero es la sociedad la que la reconoce como muy práctica. Por ello, sigue causando sus efectos aunque denotándose ya ciertas lagunas que han de resolverse subsidiariamente, mediante la aplicación del *id quod interest*.

En definitiva, lo que puede apreciarse es una mayoritaria observación del *id quod interest* y la pervivencia del criterio penal –con base en el *quanti ea res est*– todavía en muchos supuestos en los que puede suplirse o servirse de la aplicabilidad del interés; lo cual se consolidará y trascenderá, en esta línea, al derecho bizantino, tal y como puede apreciarse en las *Basilicas*, según reconoce De Robertis<sup>111</sup>.

#### E) LA LESIÓN DEL INTERÉS Y SU REPERCUSIÓN: EL DAÑO

La lesión de un bien jurídicamente protegido, conlleva siempre un deber de reparación que puede que no satisfaga el interés del acreedor, básicamente, cuando dicho interés no es de carácter pecuniario; valorándose, en función del montante aproximado del perjuicio patrimonial –directo o indirecto– que se ha ocasionado. La causación de un daño patrimonial indirecto es una consecuencia

<sup>109</sup> F. M. de Robertis, «*Quanti ea res est...*», *cit.*, pág. 128; P. Beretta, «*Le formule...*», *cit.*, pág. 421, negando (pág. 433) la existencia de la fórmula *id quod interest* en el Edicto del pretor, si bien su fundamento descansa más en la lógica que en otra clase de argumentación de mayor calado. En contra, O. Lenel, *Das Edictum...*, *cit.*, pág. 64 (=«*Zum Edictum perpetuum*», *Z.S.S.*, 37 (1916), págs. 121 y ss.).

<sup>110</sup> F. M. de Robertis, «*Quanti ea res est...*», *cit.*, pág. 128.

<sup>111</sup> F. M. de Robertis, «*Quanti ea res est...*», *cit.*, pág. 116, nota a pie 10; y pág. 123, nota a pie 44.

posible pero no necesaria del hecho lesivo del interés no patrimonial, pues uno y otro son de naturaleza muy diferente. En el caso de los contratos, cuando de ellos derivan obligaciones de hacer, el objeto directo de la demanda es el interés y en las de dar, la cosa misma<sup>112</sup>. Según la forma de fijarse el resarcimiento, compensación o penalización de los daños ocasionados, podían ser de dos clases: judiciales<sup>113</sup> y convencionales (fijados por las partes).

Habrán diferentes clases de daños: daño emergente y lucro cesante. El primero de ellos es el llamado *damnum* o *damnum emergens*<sup>114</sup>, así denominado por los comentaristas y con lo que se hace referencia a la pérdida o disminución patrimonial causada por la inejecución de la prestación. Dentro de esta clase de daños, podría, además, diferenciarse entre daño directo e indirecto. El primero sería aquel por el que respondería el deudor que incumple la obligación sin que se reúnan otra serie de circunstancias en ese hecho que, de producirse conllevaría a que el deudor respondiera por ambos como sucedería en el caso de quien actúa con dolo<sup>115</sup>.

Por otro lado estaría el llamado *lucrum* o *lucrum cessan*, que comprende los beneficios que deja de percibir el acreedor tanto por el daño emergente como el lucro cesante<sup>116</sup>; aunque también podría interpretarse como la ganancia que el

<sup>112</sup> Se exceptuaban de las *obligationes dandi* aquellas que contenían una determinación expresa del momento y lugar o una persona sometida, aquí la voluntad de los contrayentes estaba orientada tácitamente al interés y éste era entonces el objeto concreto de la obligación. Lo mismo ocurría con los contratos innominados, porque éstos eran de naturaleza imperfecta. En estos casos, como en las *obligationes faciendi*, el interés debía ser el objeto directo de la demanda. Si bien, esta posición no ha estado exenta de matizaciones en las que se considera al interés, en general, como el objeto de la demanda, por un lado, y, por otro, se señalaba la carencia de relevancia de la distinción entre los contratos innominados y los nominados a estos efectos y, por último, incluían la entrega o restitución como obligaciones consistentes en un dar y no un hacer. R. Cohnfeldt, *Die Lehre...*, cit., pág. 24.

<sup>113</sup> Para tasar esta clase de daños, el juez tendría en consideración el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento de la obligación (*id quod interest*), con las excepciones vistas de los casos de obligaciones dinerarias.

<sup>114</sup> H. Lange, «Schadensatz und privatstrafe...», cit., pág. 17.

<sup>115</sup> En Roma hubo disparidad de criterios –hasta la época justiniana, *C. 7.47.1. [531]*– a la hora de la inclusión de uno o los dos tipos dentro del *damnum emergens*. Así, *Paulo (D. 19.1.21.3)* sólo considerará el daño directo a la hora de calcular el montante del daño emergente (en cualquier caso, se trata de un texto y que ha suscitado controversias en orden a su genuinidad, básicamente, en su expresión «...*fame laboraverit*»). Por el contrario, juristas como *Ulpiano*, sí lo tendrían en cuenta (*D. 13.4.28*): «...*quod interfuit, veniet, et quidem ultra legitimum modum usurarum... Puto et lucri habendam rationem*». En cualquier caso, este criterio es demasiado relativo y sus definiciones carecen de precisión cuando se trata de aplicarlas a un caso concreto. La distinción objeto de crítica está rechazada por textos muy precisos que imponen al deudor la obligación de reparar un daño que no puede calificarse de directo. El pasaje en que *Paulo* hace responsable del precio al vendedor que no entrega el trigo en tiempo oportuno, pero no de los esclavos que hubieren muerto de hambre, está en abierta contradicción con la distinción propuesta. Toda esta polémica gira en torno a la causalidad.

<sup>116</sup> *D. 13.4.2.8*; *D. 19.1.21.3* (en este caso se establece una limitación en cuanto que se refiere a la utilidad que puede aprovecharse de la cosa misma y no de ulteriores e hipotéticos beneficios que en tal término pudieran incluirse); *D. 19.2.30 pr. D. 47.12.3.8* (referido al lucro del autor del ilícito, no del perjuicio del lesionado).

acreedor hubiera obtenido con su crédito si se le hubiera pagado y que, sin embargo, ha perdido. Para fijar la condena pecuniaria, el juez debía considerar el valor real de la prestación no realizada y lo que ella significaba para el acreedor, sin atender a valores subjetivos o de afección, pues los perjuicios sólo se referían al orden patrimonial<sup>117</sup>. El derecho justiniano, tratándose del incumplimiento de obligaciones que tenían por objeto prestaciones de cantidad o cosa cierta, estableció que la valoración del daño no debía ser superior al doble de lo que importaba la prestación<sup>118</sup>, si bien, el acreedor, podía también señalar el monto de la indemnización refiriendo su exactitud al juramento<sup>119</sup>. Dada su naturaleza, el daño emergente fue siempre fácilmente comprobable, no así el lucro cesante, por eso, inicialmente sólo se tuvo en consideración para la indemnización el primero de ello, como puede comprobarse con el siguiente pasaje de *Paulo*:

«*Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit*<sup>120</sup>...».

A partir de una constitución de Justiniano, se generaliza la inclusión del lucro cesante en el conjunto total del resarcimiento:

C.7.47.1: «...*Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres, id quod interest, statuerunt*...».

## F) CONCLUSIONES

¿Por qué la compensación satisfará parcialmente y no totalmente al sujeto? Su respuesta resultaría muy compleja, baste decir que la *compensación* de lo debido

<sup>117</sup> Cuestión aparte en todo ello sería el establecimiento del momento que debe tomarse en consideración para la fijación de la cuantía. Para *Ulpiano* caben diferentes soluciones (*D. 13.6.3.2*) en función de si estamos ante un juicio de buena fe (se toma ese momento del juicio) o ante uno de derecho estricto (el momento viene fijado por la *litis contestatio*). Por momento del juicio, ha de entenderse aquel en que tiene lugar la sentencia, no todo el tiempo transcurrido durante el cual se alarga el proceso. En cuanto a la *litis contestatio*, es aquel del que depende la demanda; es decir, ese instante procesal concreto.

<sup>118</sup> C. 7.47.1. Como acertadamente señala Cohnfeldt, esta constitución de Justiniano genera muchas dudas como, por ejemplo, ¿hasta dónde se extiende la determinación de la constitución?, ¿qué son *casus certi e incerti*?, ¿cómo se calcula el *duplum* al que debe limitarse el interés?, ¿cuál es la relación de la constitución con la legislación anterior? problemas, todos, cuyas soluciones las plantea R. Cohnfeldt, *Die Lehre...*, cit., págs. 39-54.

<sup>119</sup> Esta facultad del acreedor obró en el derecho justiniano, básicamente, en los supuestos de inejecución provocada por dolo, falta grave o contumacia del deudor.

<sup>120</sup> *D. 19.1.21.3*. En otro texto (*D. 46.8.13 pr*), *Paulo* admitió el lucro cesante como base del resarcimiento: «*Si commissa est stipulatio, ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*». Estas contradicciones halladas en los textos, son normales y frecuentes ya que, ni *Ulpiano* ni el propio *Paulo* están tratando de elaborar unas condiciones mínimas previas ni estableciendo unos requisitos del derecho a la reparación. Les bastaba con la fijación de unas condiciones previas sobre las que iban a dar una opinión que podría variar en cada caso.



y no cumplido no puede compararse a lo que realmente interesaba al sujeto que tenía unas expectativas determinadas, que se fundamentaban en una resolución del negocio diferente a la obtenida. Pero sí repara parcialmente el interés por cuanto con ese cumplimiento distinto, se mantiene la esperanza, en la mayoría de los casos, de que el perjudicado pudiera cumplir esas mismas expectativas con posterioridad. En el fragmento de *Paulo*, ya citado, se afirma:

*«damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt»<sup>121</sup>.*

Parece, por lo tanto, que sólo se protegería jurídicamente el daño de un interés patrimonial; pero la lesión que se origina por la comisión de un delito privado, está ocasionando el daño de un bien jurídicamente protegido sobre el que recae un interés que puede ser no patrimonial. Así entendido, el daño no patrimonial es todo daño privado que guarda relación con un bien sobre el que recae generalmente un interés no pecuniario. Sin embargo, este criterio no ha sido siempre debidamente observado. Entre los daños patrimoniales no pecuniarios (frecuentemente llamados morales) se ha concedido especial relevancia a los afectos anímicos o sufrimientos morales (aflicción, resentimiento, amargura, deseo, preocupación) y a los dolores físicos<sup>122</sup>; y su consideración ha recaído, generalmente, en el perjuicio ocasionado al sentimiento de bienestar físico o psíquico, o sea, sobre el daño que se resuelve en un dolor corporal o espiritual<sup>123</sup>. Los sufrimientos morales y las sensaciones dolorosas, no abarcan todos los daños que no son perjuicios patrimoniales ya que, por ejemplo, la disminución de la reputación pública, constituye un daño no patrimonial sobre un interés de la misma índole, independientemente del dolor o amargura del sujeto que la sufre. La forma de compensar tales daños puede llevarse a cabo a través de diferentes medios: reparación, resarcimiento, equivalente pecuniario, indemnización, *restitutio in natura*<sup>124</sup>. El primero se refiere a la forma de restaurar una situación que ha sido lesionada. La palabra resarcimiento, hace alusión a la entrega de una suma de dinero en concepto de reparación de un daño en un bien inmaterial o ideal sobre un objeto físicamente apreciable.

El resarcimiento, será el resultado de la valoración del *id quod interest*. Equivalente pecuniario, es la equiparación entre el valor, a precio de mercado, del objeto físico sobre el que recae el perjuicio. Dicho término tendría muchas características comunes con la indemnización, si bien quizás se esté haciendo referencia a un concepto más amplio que el de equivalencia pecuniaria. La palabra

<sup>121</sup> *D. 39.2.3.*

<sup>122</sup> A. de Cupis, *El daño...*, cit., pág. 123.

<sup>123</sup> Denominado en el derecho común germánico como *pecunia doloris* –*Schmerzengeld*–, sobre la base de textos como *D. 47.12.3.8*; *Aulo Gellio, not. att., 4.4.1-4.*

<sup>124</sup> Para F. de Robertis («Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano», *Scritti vari di diritto romano*, Bari, 1987, pág. 506, nota a pie 7), el empleo de estos conceptos es diferente; pues habla de reparación pecuniaria del daño moral y resarcimiento del patrimonio, si bien, en este último caso, lo matiza al hablar también de una reintegración del patrimonio, lo cual parece más apropiado.

indemnizar, indica que se deja al lesionado en una situación parecida a la anterior, como si nada hubiera ocurrido, indemne; lo que puede no ocurrir en el caso del equivalente pecuniario por cuanto podría comportar la entrega de una cosa de diferente naturaleza a la lesionada o sobre la que recae el incumplimiento, aunque de igual valor, pero con una utilidad distinta; la *restitutio in natura*, está muy relacionada con los supuestos de incumplimiento de un *facere* o casos concretos de *dare*. Supone la realización o entrega de lo que no se hizo o se dio o, algo de igual naturaleza (*condemnatio in ipsam rem*).

Podría decirse que daño es la diferencia entre la cuantía del patrimonio en un momento dado y la que presentaría este patrimonio en el momento en cuestión, si mientras no hubiera acaecido un determinado suceso perjudicial.

En el Derecho romano, solía incluirse en esta definición también las causas que obligaban a la reparación de daños, pues se calificaban tales hechos como fruto de una actuación ilícita, dolosa, negligente u omisiva. Hay una serie de ejemplos que tienen alguna similitud externa con el interés, pero, en su esencia son muy diferentes del mismo. Entre estos se encuentran los siguientes conceptos: *valor de la cosa, provecho y daño, reparación de daños, contraprestación, pena convencional, pena privada, intereses y costes, retorno al estado anterior*. a) El valor de la cosa es posiblemente sólo un componente del interés. Puede coincidir con éste en determinadas circunstancias pero, como dice *Ulpiano*, también puede ser de un importe mayor o menor:

«*Si res vendita non tradatur, in id, quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris; hoc autem interdum pretium egreditur si pluris interest, quam res valet, vel emta est*<sup>125</sup>».

b) Provecho y daño coinciden con el interés en que tienen como objeto la obtención o la pérdida de un beneficio; pero difieren en que en ellos se trata de una obtención real o de una pérdida real, mientras que en el interés solamente se contempla un beneficio hipotético. c) La reparación de daños requiere un daño previo y tiene como finalidad la compensación de una diferencia patrimonial surgida como consecuencia de un acontecimiento desventajoso para un sujeto. El interés no está necesariamente ligado a la condición previa de un daño. Para esta clase de intereses, habitualmente, los bienes más preciados por las personas: la libertad, la vida, el honor, la salud, la belleza, etc., no hay una estimación, un sustituto para ellos, pues son inestimables e insustituibles. d) La incertidumbre en materia de *status* o un perjuicio físico pueden influir decisivamente en el trabajo o la vida de alguien. El daño causado a un bien patrimonial constituye el objeto de un derecho a la indemnización<sup>126</sup> perfectamente válido siendo el interés pecuniario, basado en una apreciable disminución patri-

<sup>125</sup> *D. 19.1.1 pr.*

<sup>126</sup> Esto es, deber de reponer por vía económica a su estado anterior, dejándolo *indemne*. Aquí pertenecen las expresiones: *damnum emergens, lucrum cessans, quantum abest quantumque lucrari quis potuit, indemnem aliquem praestare, indemnitatem praestare, damnum resarcire, omnem jacturam restituere...*

monial relativo a la lesión o destrucción de la misma, lo que se repara. Tanto el interés pecuniario como el de afección pueden ser válidos para fundamentar el derecho en una demanda<sup>127</sup>, si bien, el *Corpus Iuris Civilis* no contiene ningún enunciado que intente establecer de un modo general todos los derechos a indemnización. e) La pena se limita al delito mientras que el interés abarca también los contratos. La existencia del interés conserva estrictamente el carácter de la compensación, mientras que la pena privada constituye un accesorio penal a la simple indemnización. f) La *restitutio in integrum*, finalmente, tiene como objeto la restitución a un estado anterior mientras que, por el contrario, la existencia del interés da lugar a una compensación teniendo en cuenta la determinación del estado actual. Sin embargo, para *Ulpiano*, también hay un interés en el caso del dinero: «*Numis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre*<sup>128</sup>...»; donde se trata de una deuda dineraria en que no se aplica el *iusiurandum in litem* porque la deuda dineraria ya está determinada en sí misma y no requiere ninguna otra tasación artificial<sup>129</sup>. En la época clásica, los perjuicios causados tenían una traducción dineraria, una conversión en dinero y en casos excepcionales, una recuperación de las cosas que, aun no significando una exacta *restitutio in natura*, se aproxima a la idea legal. Así sucede, por ejemplo, en C. 3.35.2:

«...*Quin etiam, si quam per iniuriam alio derivata est, ut in priorem statum restituatur, eiusdem iudicis cura impetrabis*<sup>130</sup>».

El concepto de interés es, básicamente, de un interés patrimonial. La idea de daño proporcionaría en determinadas relaciones un resultado exteriormente igual. Windscheid<sup>131</sup> distingue el hecho que produce el daño y el que obliga a la reparación del mismo. Sin embargo en los delitos, ambos coinciden ya que el hecho que obliga a indemnización produce también directamente el daño. Aparte de esto tampoco en el caso de delitos hace falta necesariamente que coincidan un hecho perjudicial y una actuación que genera obligación; ya que, como afirma *Ulpiano* en su libro XVIII de los Comentarios al Edicto, si alguno hubiere encomendado el mulo a un esclavo alquilado para guiar el mulo, lo hubiere atado de la brida a su dedo pulgar, y el mulo se hubiera lanzado con tal ímpe-

<sup>127</sup> El objeto de la obligación obviamente tiene que reducirse también aquí a dinero, ya que el afecto representaría, solamente, el motivo por el que se litiga, pero no el objeto de la demanda; pues sería, probablemente, irreparable e inútil en ese caso, todo intento de reparación.

<sup>128</sup> D. 12.3.3.

<sup>129</sup> Los principios para una solución contraria surgen en los interdictos restitutorios de propiedad que, aunque no tienen en sí nada que ver directamente con la idea legal de una prestación reparatoria de daños *in natura*, sí podrían tener relación con ésta desde un punto de vista más general.

<sup>130</sup> De donde puede extraerse que, a través de la *Legis Aquiliae*, puede exigirse la recuperación del antiguo estado de las cosas aunque de forma casuística y circunscrita a los casos de delitos. En el caso de delitos y en los casos de culpa extraquiliana, no es jurídica la aceptación de un deber cívico general hacia alguien y de una obligación contractual especial hacia el otro contrayente.

<sup>131</sup> B. Windscheid, *Diritto...*, cit., pág. 541.

tu que arrancara el pulgar al esclavo y se despeñase, escribe *Mela* que si por perito hubiera sido alquilado un imperito, se ha de ejercitar contra el dueño la acción de arrendamiento por causa del mulo dañado o debilitado:

*«Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum, ille ad pollicem suum eum alligaverit de loro, et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo, et se precipitaret, Mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatem; sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est muli servi, cum eo, qui turbavit, habiturum legis Aquiliae actionem<sup>132</sup>...».*

---

<sup>132</sup> D. 9.2.27.33-34.