

# **LA OBLIGATIO EN EL DERECHO ROMANO**

*Evolución histórico-jurídica y su  
proyección en el Derecho Civil actual*

---

**Ángel Acedo Penco  
Antonio Silva Sánchez**





Ángel Acedo Penco  
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho civil  
Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura

Antonio Silva Sánchez  
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho romano  
Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura

# **LA *OBLIGATIO* EN EL DERECHO ROMANO**

**EVOLUCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA Y SU  
PROYECCIÓN EN EL DERECHO CIVIL ACTUAL**

DYKINSON  
Madrid, 2019

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea éste electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web [www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial  
Para mayor información, véase [www.dykinson.com/quienes\\_somos](http://www.dykinson.com/quienes_somos)

© Copyright by  
© Ángel Acedo Penco y Antonio Silva Sánchez

Madrid, 2019

Editorial Dykinson, S.L.  
Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid  
Teléfono (+34) 91544 28 46 –(34) 91544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1324-902-5

Preimpresión realizada por los autores

## ÍNDICE

Nota preliminar.....	11
Abreviaturas .....	13
Capítulo I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DE <i>OBLIGATIO</i> EN EL DERECHO ROMANO: ORÍGENES Y SIGNIFICADO <i>Por Antonio Silva Sánchez</i> .....	15
1. LA IDEA DE <i>OBLIGATIO</i> PROCEDENTE DE LAS FUENTES ROMANAS.....	15
1.1. Planteamiento. ....	15
1.2. Significado en el <i>Digesto</i> .....	15
1.3. Definición en las <i>Instituta</i> .....	16
2. CONCEPCIONES DE <i>OBLIGATIO</i> SEGÚN LA DOCTRINA ROMANÍSTICA .....	17
3. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA <i>OBLIGATIO</i> .....	19
3.1. Aparición de la <i>obligatio</i> .....	19
3.1.1. Aplicación de la <i>manus iniecto</i> .....	19
3.1.2. Delito o contrato .....	20
3.2. Evolución de la <i>obligatio</i> .....	23
4. RECEPCIÓN EUROPEA DEL DERECHO ROMANO DE OBLIGACIONES .....	25
Indicación bibliográfica .....	26
Capítulo II. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA <i>OBLIGATIO</i> Y SU CONFIGURACIÓN. EL PRINCIPIO <i>NEMO ALTERI STIPULARI POTEST</i> <i>Por Ángel Acedo Penco</i> .....	29
1. EL DÉBITO Y LA RESPONSABILIDAD .....	29
1.1. <i>Schuld</i> .....	29
1.2. <i>Haftung</i> .....	30
2. CLASES DE <i>OBLIGATIO</i> SEGÚN LA POSICIÓN LOS SUJETOS .....	31
2.1. Obligaciones parciarias o mancomunadas.....	31
2.2. Obligaciones cumulativas .....	31

2.3. Obligaciones solidarias .....	32
2.4. Obligaciones ambulatorias y <i>propter rem</i> .....	32
3. LAS ESTIPULACIONES EN FAVOR Y A CARGO DE TERCERO .....	33
3.1. Orígenes y planteamiento .....	33
3.2. El principio <i>alteri stipulari nemo potest</i> .....	34
3.3. Significación del contrato a favor de tercero .....	35
3.4. Evolución de su validez y eficacia .....	36
4. EL ACTUAL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS .....	38
Indicación bibliográfica .....	39

### Capítulo III. EL OBJETO DE LA *OBLIGATIO*: LA PRESTACIÓN

<i>Por Antonio Silva Sánchez</i> .....	41
1. SENTIDOS DE LA PRESTACIÓN: <i>DARE, FACERE, PRAESTARE</i> .....	41
1.1. Concepto y significado .....	41
1.2. <i>Dare</i> .....	41
1.3. <i>Facere</i> .....	42
1.4. <i>Praestare</i> .....	43
2. REQUISITOS DE LA PRESTACIÓN .....	44
2.1. Licitud (moral o jurídica) .....	44
2.2. Determinación o determinabilidad .....	45
2.3. Posibilidad (natural o jurídica) .....	46
2.4. Patrimonialidad .....	49
3. MODALIDADES DE <i>OBLIGATIO</i> SEGÚN SU OBJETO .....	51
3.1. Genéricas y específicas .....	51
3.2. Obligaciones divisibles e indivisibles .....	52
3.3. Obligaciones alternativas y facultativas .....	53
Indicación bibliográfica .....	54

### Capítulo IV. GARANTÍA Y REFUERZO DE LA *OBLIGATIO*:

#### *SPONSIO, FIDEPROMISSIO Y FIDEIUSSIO*

<i>Por Ángel Acedo Penco</i> .....	55
1. LAS GARANTÍAS DE LA <i>OBLIGATIO</i> .....	55
1.1. Garantía y fianza: significado .....	55
1.2. <i>Sponsio, fidepromissio y fideiussio</i> .....	56
1.3. Caracteres comunes a la <i>sponsio</i> y la <i>fidepromissio</i> .....	57
1.4. Notas comunes a la <i>sponsio, fidepromissio y fideiussio</i> .....	57
1.5. Particularidades de la <i>fideiussio</i> justiniana .....	59
2. MECANISMOS DE REFUERZO DE LA <i>OBLIGATIO</i> .....	59
2.1. Las arras .....	59
2.2. La cláusula penal .....	60
2.3. El juramento .....	61
Indicación bibliográfica .....	61

Capítulo V. EL INCUMPLIMIENTO DE LA <i>OBLIGATIO</i> <i>Por Antonio Silva Sánchez</i> .....	63
1. SIGNIFICADO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN .....	63
1.1. Cumplimiento de la prestación .....	63
1.2. Incumplimiento de la prestación .....	63
2. <i>CASUS</i> O <i>CASUS FORTUITUS</i> , <i>VIS</i> O <i>VIS MAIOR</i> .....	64
3. <i>DOLUS</i> .....	66
3.1. Concepto y clases .....	66
3.2. Presupuestos .....	66
4. <i>CULPA</i> .....	67
4.1. Orígenes y significado .....	67
4.2. Modalidades esenciales .....	68
5. <i>MORA</i> .....	70
5.1. Significado .....	70
5.2. Elementos objetivos .....	70
5.3. Elementos subjetivos .....	71
5.4. Efectos de la mora .....	71
5.5. <i>Purgatio morae</i> .....	72
Indicación bibliográfica .....	73
Capítulo VI. EL DAÑO. <i>Por Ángel Acedo Penco</i> .....	75
1. PLANTEAMIENTO .....	75
2. CONTENIDO .....	75
2.1. En la responsabilidad contractual .....	75
2.2. En la responsabilidad extracontractual .....	77
2.3. Significado actual .....	77
3. CLASES DE DAÑO .....	78
3.1. <i>Damnum emergens</i> .....	78
3.2. <i>Lucrum cessans</i> .....	79
4. LA COMPENSACIÓN DEL DAÑO .....	80
4.1. Formas de compensación del daño .....	80
4.2. <i>Manus iniecto</i> .....	80
4.3. <i>Bonorum venditio</i> .....	81
4.4. <i>Bonorum cessio</i> .....	81
4.5. <i>Bonorum distractio</i> .....	82
4.6. <i>Pignus in causa iudicati captum</i> .....	82
4.7. <i>Restitutio in natura</i> .....	82
4.8. <i>Restitutio in integrum</i> .....	83
4.9. La reparación del daño en el Derecho civil actual .....	83
Indicación bibliográfica .....	85

## Capítulo VII. TRANSMISIÓN Y EXTINCIÓN DE LA *OBLIGATIO*

<i>Por Antonio Silva Sánchez</i> .....	87
1. LA TRANSMISIÓN DE LA <i>OBLIGATIO</i> .....	87
1.1. La cesión del crédito o la deuda: planteamiento.....	87
1.2. <i>Delegatio nominis</i> .....	88
1.3. <i>Procuratio in rem suam</i> .....	89
2. LA EXTINCIÓN DE LA <i>OBLIGATIO</i> : SUS MODALIDADES.....	90
2.1. Modos de extinción y sus efectos.....	90
2.2. <i>Ipso iure</i> .....	90
2.2.1. <i>Solutio</i> .....	90
2.2.2. <i>Novatio</i> .....	92
2.2.3. <i>Acceptilatio</i> .....	93
2.2.4. <i>Mutuus dissensus</i> .....	94
2.2.5. <i>Confussio</i> .....	94
2.2.6. Pérdida de la cosa debida.....	95
2.3. <i>Ope exceptionis</i> .....	95
2.3.1. <i>Compensatio</i> .....	95
2.3.2. <i>Pactum de non petendo</i> .....	96
Indicación bibliográfica.....	97

## Capítulo VIII. LAS FUENTES DE LA *OBLIGATIO*

<i>Por Ángel Acedo Penco</i> .....	99
1. FUENTES PRODUCTORAS DE LAS OBLIGACIONES.....	99
1.1. Significado y evolución.....	99
1.2. Nomenclatura del <i>ius civile</i> .....	99
1.3. Concepción dual gayana.....	100
1.3.1. Planteamiento.....	100
1.3.2. Contratos y delitos.....	100
1.3.2.1. Delitos.....	101
1.3.2.2. Contratos.....	101
1.3.3. Insuficiencia de la dualidad.....	101
1.4. División tripartita.....	101
1.5. División cuatripartita.....	102
1.6. División pentapartita.....	102
1.7. Concepción actual.....	103
2. DIFERENCIAS ENTRE OBLIGACIONES SEGÚN EL VÍNCULO.....	103
2.1. Obligaciones según el <i>ius civile</i> y obligaciones pretorias.....	103
2.2. Obligaciones según el <i>ius civile</i> y obligaciones naturales.....	103
2.3. Obligaciones de derecho estricto y obligaciones de buena fe.....	105
Indicación bibliográfica.....	105

## Capítulo IX. LOS CONTRATOS EN ROMA. *Por Antonio Silva Sánchez*.....

1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN.....	107
1.1. Significado y evolución.....	107



1.2. Clasificaciones contractuales .....	108
2. LOS CONTRATOS VERBALES Y LITERALES.....	110
2.1. Contratos verbales .....	110
2.1.1. <i>Stipulatio</i> .....	110
2.1.2. <i>Dotis dictio</i> .....	111
2.1.3. <i>Iusiurandum liberti</i> .....	112
2.2. Los contratos literales .....	112
2.2.1. <i>Nomina transcriptitia</i> .....	112
2.2.2. <i>Chirographa</i> y <i>Syngrapha</i> .....	113
3. LOS CONTRATOS REALES.....	113
3.1. Definición y tipología .....	113
3.2. <i>Mutuum</i> .....	114
3.3. <i>Comodatum</i> .....	116
3.4. <i>Depositum</i> .....	117
3.4.1. Depósito regular .....	118
3.4.2. Depósito irregular .....	119
3.4.3. Depósito necesario o miserable .....	119
3.4.4. Secuestro o depósito judicial .....	120
4. LOS CONTRATOS CONSENSUALES .....	120
4.1. <i>Emptio-venditio</i> .....	120
4.1.1. Concepto y funcionamiento .....	120
4.1.2. Orígenes .....	121
4.1.3. Caracteres .....	122
4.1.4. Formación .....	122
4.1.5. Elementos esenciales.....	123
4.1.5.1. El objeto .....	123
4.1.5.2. El precio .....	124
4.1.6. Obligaciones de los contratantes.....	125
4.1.6.1. Deberes del vendedor .....	125
4.1.6.1.1. Evicción .....	125
4.1.6.1.2. Vicios ocultos .....	126
4.1.6.2. Deberes del comprador .....	127
4.2. <i>Locatio-conductio</i> .....	128
4.2.1. Concepto y modalidades .....	128
4.2.2. Formación y caracteres .....	128
4.2.3. Elementos esenciales.....	129
4.2.3.1. Objeto.....	129
4.2.3.2. Precio .....	129
4.2.4. Deberes en cada tipo de arrendamiento .....	129
4.2.4.1. <i>Locatio conductio rei</i> .....	130
4.2.4.2. <i>Locatio conductio operarum</i> .....	131
4.2.4.3. <i>Locatio conductio operaris</i> .....	131
4.2.5. Extinción .....	132
4.2.5.1. Fin del plazo .....	132
4.2.5.2. Pérdida de la cosa .....	133
4.2.5.3. Mutuo disenso .....	133
4.2.5.4. Impago .....	133

4.3. <i>Mandatum</i> .....	133
4.3.1. Concepto y sujetos .....	134
4.3.2. Formación y requisitos .....	134
4.3.3. Deberes de las partes .....	135
4.3.4. Extinción del mandato .....	136
4.4. <i>Societas</i> .....	137
4.4.1. Concepto y formación del contrato .....	137
4.4.2. Clases .....	137
4.4.3. Deberes de los socios .....	139
4.4.4. Extinción .....	139
5. LOS CONTRATOS INNOMINADOS .....	140
5.1. Origen y evolución .....	140
5.2. Funcionamiento .....	140
5.3. Tipología: enumeración .....	141
5.4. <i>Permutatio</i> .....	141
5.5. <i>Aestimatum</i> .....	142
5.6. <i>Precarium</i> .....	144
5.7. <i>Transactio</i> .....	145
Indicación bibliográfica .....	146

## Capítulo X. CUASICONTRATOS, DELITOS, CUASIDELITOS Y PACTOS

*Por Ángel Acedo Penco* .....

1. LOS CUASICONTRATOS .....	147
1.1. Significado y distinción .....	147
1.2. Modalidades de cuasicontratos .....	148
1.3. <i>Negotiorum gestio</i> .....	148
1.4. Enriquecimiento injustificado .....	150
2. LOS DELITOS .....	151
2.1. Planteamiento y clases .....	151
2.2. <i>Furtum</i> .....	152
2.2.1. Presupuestos .....	152
2.2.2. Clases y responsabilidad .....	153
2.3. <i>Iniuria</i> .....	153
2.4. <i>Damnum iniuria datum</i> .....	155
2.4.1. En la <i>Ley de las XII Tablas</i> .....	155
2.4.2. En la <i>Lex Aquilia</i> .....	155
2.5. <i>Rapina</i> .....	156
3. LOS CUASIDELITOS .....	157
3.1. Planteamiento y clasificación .....	157
3.2. <i>Iudex qui litem suam fecit</i> .....	157
3.3. <i>Effusum et deiectum</i> .....	158
3.4. <i>Positum et suspensum</i> .....	158
3.5. La <i>actio adversus nautas, caupones et stabularios</i> .....	159
4. LOS PACTOS .....	160
4.1. Significado y evolución .....	160

4.2. Clases.....	160
4.2.1. <i>In diem addictio</i> .....	161
4.2.2. <i>Lex commissoria</i> .....	161
4.2.3. <i>Pactum disciplinentiae</i> .....	162
4.2.4. <i>Pactum de retrovendo</i> .....	162
4.2.5. <i>Pactum de retroemendo</i> .....	162
4.3. <i>Pacta pretoria</i> .....	163
4.3.1. <i>Constitutum</i> .....	163
4.3.2. <i>Recepta</i> .....	163
4.3.2.1. <i>Receptum arbitrii</i> .....	163
4.3.2.2. <i>Receptum nautarum, cauponum, stabularium</i> .....	164
4.4. <i>Pacta legitima</i> .....	164
4.4.1. <i>Compromissum</i> .....	164
4.4.2. <i>Dos</i> .....	164
4.4.3. <i>Donatio</i> .....	165
5. LA DONACIÓN .....	165
5.1. Concepto de donación .....	165
5.2. Clases de donación .....	165
5.2.1. Donaciones matrimoniales.....	165
5.2.1.1. Donaciones antes del matrimonio .....	166
5.2.1.2. Donaciones durante el matrimonio .....	166
5.2.2. Donaciones remuneratorias.....	166
5.2.3. Donaciones <i>sub modo</i> .....	166
5.2.4. Donaciones <i>mortis causa</i> .....	167
5.3. La revocación de las donaciones .....	167
Indicación bibliográfica .....	169



## NOTA PRELIMINAR

Tal como se anticipa en el propio título del presente estudio monográfico que lo identifica, la presente obra analiza la obligación y su dinámica en las diferentes épocas del Derecho romano, dependiendo de la repercusión histórico-jurídica más relevante de cada una de las instituciones examinadas. Ello ha de ser necesariamente así porque la *obligatio* tuvo diferentes concepciones dependiendo del periodo histórico del que se trate, dado que en el Derecho romano no hubo una visión unitaria y uniforme de esta trascendente figura.

No se olvide que el dilatado periodo en el que se forja el Derecho romano abarca prácticamente trece siglos –1287 años– desde un punto de vista estricto, esto es, computando su comienzo a partir de la fundación de la ciudad de Roma en el año 753 a. C. y su terminación con la culminación de la recopilación de todas las normas jurídicas romanas en el *Corpus Iuris Civilis* en el año 529 d. C., encargado por el emperador Justiniano. Desde una óptica más amplia el Derecho romano estuvo vigente en el Imperio de Oriente hasta su caída en el año 1453. Aún hoy, su influencia se extiende a todo el mundo.

El estudio de una institución tan relevante y decisiva como la *obligatio* a lo largo de tan vastísimo espacio de tiempo supone, también, el análisis de la evolución histórico-jurídica del Derecho romano en sus diversas épocas a través de sus figuras más emblemáticas derivadas de la obligación.

Por otra parte, y para no desnaturalizar el discurso predominantemente romanista del texto, si bien generalmente por la vía de llevarlas a las notas a pie de página, se analizan cada una de las nociones derivadas de la *obligatio* que tienen su secuela en el vigente Derecho civil español.

La obra es producto de la combinación de esfuerzos y experiencias investigadoras de dos profesores de la Universidad de Extremadura de dilatada trayectoria en sus materias pues ambos se integraron en ella hace ahora un cuarto de siglo, uno de Derecho romano y otro de Derecho civil, especialidades que se han buscado de propósito, para ofrecer al jurista una visión de conjunto de ambas disciplinas, partiendo de sus fundamentos y teniendo en cuenta la aplicación actual de cada una de las figuras analizadas.

En Cáceres a 5 de mayo de 2019.

LOS AUTORES



## ABREVIATURAS

a. C.	(año) antes de Jesucristo
art./arts.	artículo/artículos
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil de Alemania)
<i>BIDR</i>	<i>Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja</i> (Roma)
BOE	Boletín Oficial del Estado
<i>C.</i>	<i>Codex Iustinianus (Corpus iuris civilis, v. II, ed. Paul Krüger), Berlín, 1954</i>
CC	Código civil español, Real Decreto de 27 de julio de 1889
CE	Constitución española de 27 de diciembre de 1978
cit.	citado/a anteriormente
CCom	Código de comercio, Real Decreto de 22 de agosto de 1885
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
<i>Code</i>	Código civil francés
<i>Coll. leg.</i>	<i>Mosaicarum et Romanarum legum Collatio</i>
<i>Codice</i>	Código civil italiano
d. C.	(año) después de Jesucristo
<i>D.</i>	Digesto ( <i>Digestum</i> ), publicado en el año 533 d. C. por el emperador bizantino Justiniano I ( <i>Corpus iuris civilis</i> , vol. II, ed. Paul Krüger, Berlín, 1954)
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
<i>Edictum Perpetuum</i>	Lenel. <i>Das Edictum Perpetuum</i> (Leipzig, 1927; reimpr. Aalen, 1985)
EM	Exposición de motivos
Ep.	Gayo, <i>institutionum</i> epitome
<i>et ál.</i>	y otros (del latín: <i>et alii</i> )
FD/FJ	Fundamento de derecho/Fundamento jurídico
<i>Frag. Vat.</i>	<i>Fragmenta quae dicuntur Vatinana</i>
<i>I.</i>	<i>Institutiones Iustinianus (Corpus iuris civilis, v. I, ed. Krüger), Berlín, 1954</i>
<i>ibidem</i>	En el mismo lugar (autor y obra) que la cita o referencia anterior
<i>idem</i>	En el mismo lugar (autor, obra y página) que la cita o referencia anterior
<i>Instit.</i>	<i>Gai Institutiones</i> . Instituciones del jurista GAYO del año 161 (aprox.)

<i>IURA</i>	<i>Iura. Rivista internazionale di Diritto romano e antico</i> (Catania)
<i>LABEO</i>	<i>Labeo. Rassegna di Diritto Romano</i> (Nápoles)
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
nº/núm.	número
op. cit.	( <i>opere citato</i> ) obra citada
p./pp.	página/páginas
pr	principio
<i>Res cott.</i>	<i>Libri rerum cottidianarum sive aureorum</i>
<i>RHD</i>	<i>Revue Historique de Droit français et étranger</i> (París)
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
RFDUC	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense</i>
<i>RIDA</i>	<i>Revue Internationale des Droits de l'Antiquité</i> (Bruselas)
s.	siglo
sigs./ss.	siguientes
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
<i>SCDR</i>	<i>Seminarios Complutenses de Derecho Romano</i> (Madrid)
<i>SDHI</i>	<i>Studia et Documenta Historiae et Iuris</i> (Roma)
Sent.	Paulo Sententiae (Sentencias de Paulo)
STC/SSTC	Sentencia/sentencias del Tribunal Constitucional
STS/SSTS	Sentencia/sentencias del Tribunal Supremo
Vol./v.	Volumen
ZSS	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung</i> . Weimar (Revista de la Fundación Savigny para la Historia Jurídica. Departamento romanista. Graz - Austria)



## CAPÍTULO I

### EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DE *OBLIGATIO* EN EL DERECHO ROMANO: ORÍGENES Y SIGNIFICADO

**Sumario:** 1. La idea de *obligatio* procedente de las fuentes romanas. 1.1. Planteamiento. 1.2. Significado en el *Digesto*. 1.3. Definición en las *Instituta*. 2. Concepciones de *obligatio* por la doctrina romanística. 3. Origen y evolución de la *obligatio*. 3.1. Aparición de la *obligatio*. 3.1.1. 3.1.1. Aplicación de la *manus iniecto*. 3.1.2. Delito o contrato. 3.2. Evolución de la *obligatio*. 4. Recepción europea del Derecho romano de obligaciones. Indicación bibliográfica.

#### 1. LA IDEA DE *OBLIGATIO* PROCEDENTE DE LAS FUENTES ROMANAS

**1.1. Planteamiento.** El Derecho Romano hacía referencia a la *obligatio* de una persona respecto de otra, cuando aquella quedaba sujeta al arbitrio de esta última<sup>1</sup>, protegida por el ordenamiento jurídico. Aunque la noción de *obligatio* fue variando en las diferentes épocas, la más exitosa, de la vinculación con fuerza jurídica, se recoge en las *Instituciones* de Justiniano mediante la acuñada expresión *viculum iuris*.

Conviene adelantar, según ha advertido la doctrina, que «los romanos no conocieron "la" *obligatio*, sino tantas *obligationes* como casos específicos fueron catalogados como tales, o sea, con una muy concreta tendencia a la tipicidad, no pudiendo afirmarse que realizaran una taxonomía propiamente dicha de las obligaciones»<sup>2</sup>.

En el presente trabajo, al referirnos a la *obligatio*, partiremos de dos textos que reflejan oportunamente la concepción romana de la *obligatio* recogida en las fuentes justinianeas: el *Digesto* y las *Instituta*.

**1.2. Significado en el *Digesto*.** En el primero de ellos, se realiza una primera aproximación al contenido de la *obligatio*, haciendo una distinción entre el significado de los derechos reales y el de los derechos de crédito: «la sustancia de la obligación no consiste en que se haga nuestra

---

<sup>1</sup> SAVIGNY, VON, F.C., *Le Droit des obligations* (traducción de C. Gerardin-P. Jozon), París, 1863 y también en, *Pandektenvorlesung*, 1824/25, Frankfurt am Main, 1993, p. 16.

<sup>2</sup> MARTÍNEZ R. de C., Luz María; ÁVILA H. de P., Flor María; URDANETA, Eugenio, «Análisis comparado en materia de obligaciones entre el derecho romano y el derecho moderno», *Telos*, vol. 10, núm. 2, mayo-agosto, 2008, pp. 341.

alguna cosa, sino en que alguien se obligue a darnos –*dare*–, hacernos –*facere*– o prestarnos –*praestare*– alguna cosa»<sup>3</sup>.

En este texto, se resalta que el Derecho de obligaciones se basa en el lazo que surge entre las partes como fruto del acuerdo contraído entre ellas. A ese vínculo (personal en las épocas más antiguas de Roma y de carácter jurídico, consolidado ya a partir durante la época clásica), es a lo que se denomina *obligatio*.

Partiendo del texto anterior se debe resaltar que la obligación romana va a presentar unas diferencias básicas con respecto a los derechos reales que giran en torno a tres ideas:

1ª) El titular del derecho de crédito u obligación requerirá del deudor, normalmente, una actividad concreta (una prestación, que suele consistir en un *facere*) tendente a satisfacer la deuda, mientras que el titular de un derecho real tan sólo necesitará para su ejercicio la abstención (en realidad un *non facere*) del resto de la comunidad.

2ª) Precisamente por ello, para la protección de los derechos reales surge, a favor de quien lo ostenta, una *actio* que será oponible *erga omnes*, es decir, contra cualquier miembro de la comunidad que le obstaculice o perjudique en el normal ejercicio de su derecho. En el caso de las obligaciones, su titular –el acreedor– dispondrá igualmente de una *actio* para exigir el cumplimiento de la prestación o actividad por el deudor pero que sólo podrá oponer contra él.

3ª) Habitualmente, los derechos de crédito surgen para extinguirse, es decir, en la mayoría de las ocasiones, su existencia será de duración más corta que el ejercicio de un derecho real por el titular del mismo (así un propietario, un usufructuario, etc.).

**1.3. Definición en las *Instituta*.** El segundo texto que se anticipó se contiene en las *Instituta*<sup>4</sup>, sí que incluye ya una definición, muy conocida, de *obligatio*, puesto que indica, textualmente que: «la obligación en un vínculo jurídico –*vinculum iuris*– a través del cual alguien se compromete a pagar algo según el derecho de nuestra ciudad»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> *Digesto* 44.7.3 pr: «*Obligatio substantia non in eo consistit, ut nostrum, aut servitutum nostram faciat, sed ut obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*».

<sup>4</sup> *Instituta* 4.2: «*in personam actio est, qua agimus cum alio qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere*».

<sup>5</sup> *Instituta* 3.13.pr: «*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius sol-*

A través de ambas definiciones puede concluirse que, para los juristas clásicos, la obligación es un *vinculum iuris* entre unos sujetos concretos y el objeto de la misma (la prestación) pudiendo consistir en un *dare*, un *facere* o un *praestare*.

La obligación así concebida será, pues, el resultado de una evolución jurídica<sup>6</sup>, en la que no figura ya la persona del deudor sometido a la voluntad del acreedor, sino únicamente a través de un vínculo jurídico, encontrándose la situación del acreedor protegida por el Derecho mediante una *actio*.

Es decir, es ese vínculo que surge entre el deudor y el acreedor, lo que realmente ata y obliga (*ob-ligare*) a cumplir<sup>7</sup> y que recae sobre aquella actividad, cosa u objeto (prestación), que debe suministrarse o procurarse por el deudor al acreedor, proporcionándole, al mismo tiempo, una utilidad o ventaja.

## 2. CONCEPCIONES DE *OBLIGATIO* POR LA DOCTRINA ROMANÍSTICA

Desde el punto de vista de la doctrina romanística, encontramos un amplio abanico de definiciones del término *obligatio* que pueden sintetizarse en las siguientes, por ser las más destacadas:

Para SAVIGNY, la obligación «consiste en la dominación sobre otro o sus actos que él considera como una restricción a su libertad y que supone una sujeción a nuestra voluntad»<sup>8</sup>. Existe, así, una relación entre dos individuos determinados en la que la actuación concreta de uno está sometida al arbitrio del otro, que es lo que constituye la verdadera esencia de la obligación.

VOCI entiende que los romanos definieron la *obligatio* como «el deber jurídico de prestación, donde *debitum* es sinónimo de *obligatio*»<sup>9</sup>. Esta definición la completará más tarde añadiendo que: «en defecto de cum-

---

*vendae rei secundum nostrae civitatis iura*».

<sup>6</sup> A partir de la *Lex Poetelia Papiria de Nexum* (326 a.C.) que traslada la responsabilidad personal, por incumplimiento del deudor, a la patrimonial.

<sup>7</sup> BONFANTE, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987, pp. 318 y ss. Para otros, el vínculo jurídico es la necesidad innata en el deber jurídico. VOCI, P., *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette)*, Milano, 1969, p. 19.

<sup>8</sup> SAVIGNY, VON, F.C., *Le Droit des obligations* (traducción de C. Gerardin-P. Jozon), París, 1863 y *Pandektenvorlesung*, 1824/25, Frankfurt am Main, 1993, p. 16.

<sup>9</sup> VOCI, P., *Le obbligazioni... cit.*, pp. 21-26 (= *Istituzioni di diritto... cit.*, p. 353).

plimiento, el deudor responderá con su cuerpo o con su patrimonio»<sup>10</sup>, con lo que añade al *debitum* que inicialmente exponía, la responsabilidad, como forma complementaria para el caso de que el deudor no cumpliera la prestación debida.

GROSSO, al definir la obligación, se remite al Derecho romano tardío, centrándose en la época postclásica, expresando que: «la obligación es un vínculo jurídico por el que el deudor es constreñido a cumplir una prestación en favor del acreedor»<sup>11</sup>.

También, en términos parecidos, la entiende KASER, para quien la «*obligatio* consiste en el deber de cumplir una prestación por parte del deudor con respecto al acreedor»<sup>12</sup>.

Importante será la definición de MACQUERON, que distingue a la relación obligatoria de otros deberes jurídicamente sancionados en el hecho de que el comportamiento exigido al deudor reporta al acreedor una ventaja patrimonial, lo que no sucede en esos otros deberes (por ejemplo, algunos de los que se generan dentro del ámbito familiar) que se producen de manera cotidiana sin relevancia jurídica alguna<sup>13</sup>.

El cumplimiento satisfactorio de la *obligatio* conlleva un incremento o ventaja para el acreedor que beneficiará a su patrimonio –ventaja patrimonial– aunque tal beneficio pueda procurarse de diferentes maneras.

Así, ULPIANO –jurista clásico tardío, pues falleció en Roma en el año 228 d. C.– computa entre los bienes tanto los objetos materiales –dentro o fuera del patrimonio– como los inmateriales o derechos<sup>14</sup>.

En definitiva, la obligación, así entendida, sería un vínculo jurídico entre personas determinadas, a través del cual una de ellas está constreñida jurídicamente a observar un determinado comportamiento que procura a la otra una ventaja de carácter patrimonial.

<sup>10</sup> VOCI, P., *Istituzioni di diritto romano*, 4ª edición, Milano, 1994, p. 353.

<sup>11</sup> GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazione alternative e generiche*, Torino, 1966, p. 2.

<sup>12</sup> KASER, M., *Das römische Privatrecht, II* (traducción de J. Santa Cruz, Madrid, 1968), Abschnitt, München, 1975, p. 329.

<sup>13</sup> MACQUERON, J., *Histoire des Obligations*, Aix-en-Provence, 1975, p. 5.

<sup>14</sup> *Digesto* 50.16.49: «*in bonis nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide anobis possideantur...aque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur*».

### 3. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA *OBLIGATIO*

**3.1. Aparición de la *obligatio*.** Muy antigua, y polémica, resulta esta cuestión acerca del momento y modo de aparición de la *obligatio* romana, en torno a la cual existen diferentes teorías e hipótesis, debiendo remontarnos hasta épocas muy anteriores a la formación de la *civitas* de Roma para poder suponer cómo se habría ido configurando el embrión que con posterioridad dio lugar a lo que resultó ser la *obligatio* romana<sup>15</sup>.

Algunas de tales hipótesis intentan explicarla a través de las relaciones que se piensa que debieron producirse entre los diferentes grupos gentilicios<sup>16</sup>; otras se basan en la prioridad de la idea del delito o del contrato y que parecen más verosímiles ya que, según GAYO, son las dos primeras fuentes de la *obligatio*<sup>17</sup>.

**3.1.1. Aplicación de la *manus iniecto*.** La primera de las hipótesis, suponía una situación de constreñimiento personal del deudor para con el acreedor, pudiendo aquél incurrir en una situación de cautividad personal si incumplía su deuda y disponiendo el acreedor de una *actio* –la *manus iniectio*– con la facultad de aprehender físicamente al deudor<sup>18</sup>.

Este poder, de carácter privado, que ostenta el acreedor, va a ir cediendo paso de manera progresiva hacia una sujeción patrimonial pero ya únicamente sobre los bienes del deudor. Proceso evolutivo que se consolidará con la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.)<sup>19</sup> y la *condemnatio pecuniaria*.

En esa etapa posterior –que puede situarse sobre finales de la época preclásica y comienzos de la clásica–, la aparición de la vinculación jurídica y el propio empleo del término *obligatio*, en lugar de *nexum*, nos

<sup>15</sup> MARTINO, DE, F., «L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio», *SDHI* 6 (1940) I, p. 133; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano* (traducción de J. Daza), Madrid, 1991, pp. 450 y ss.

<sup>16</sup> PEROZZI, S., «Le obbligazioni romane», *Scritti Giuridici II*, Milano, 1948, p. 311.

<sup>17</sup> *Instit.*, 3.88: «*Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur. Omnis enim obligatio vel ex contactu nascitur vel ex delicto*».

<sup>18</sup> MACQUERON, J., *op. cit.*, p. 3. GAYO, *Instit.*, 4.21, pudiendo encarcelarlo, venderlo como esclavo –*trans tiberim*– o incluso matarlo. Tabla 3.5-6 (AULO GELLIO, 20.1.46-47; 20.1.49); BEKKER, E.I., «Ueber die Objekte und die Kraft der Schuldverhältnisse, geschichtliche Ueberschau, von der Zeit der Manusinjektion bis in die Gegenwart», *ZSS* 23 (1902), pp. 12 y 16.

<sup>19</sup> CICERON, *de rep.*, 4.11.34; VARRON, *ling. lat.*, 7.105-106; TITO LIVIO, *ab urbe cond.*, 8.28.11.

está indicando que deja de ser aplicado aquel sometimiento de carácter personal, impregnado de un matiz religioso o divino<sup>20</sup> en favor de otra forma de sujeción específica exigible jurídicamente, de carácter netamente patrimonial, habiéndose pasado a una necesidad de obedecer a la norma jurídica y, configurándose la prestación, como una *res solvenda*<sup>21</sup>.

**3.1.2. Delito o contrato.** En cuanto a la dualidad de delito o contrato como fuente de las obligaciones, algunos autores consideran que la primera forma de generarse la obligación fue a través del delito<sup>22</sup>, derivado de la causación de un daño por una actitud violenta de un individuo perteneciente a una *gens* frente a otro miembro de otra *gens* dirigida, por tanto, contra la *gens* o contra las divinidades<sup>23</sup>.

La violación de la norma dará lugar a la venganza como forma de resarcir el daño causado y como cumplimiento, en cierta forma, de un deber cuasi religioso transgredido. El ofensor responderá con su propia persona pudiendo ser entregado en noxa al ofendido –*noxae deditio*– o realizándose algún sacrificio como forma de pago o recompensa hacia los dioses –*piaculum*– y, por tanto, de aplacar la ira divina que se origina producto de un acto ilícito o daño producido a la víctima.

En una época arcaica de Roma, la reparación del daño ilícitamente provocado se lleva a cabo mediante un sacrificio dedicado a los dioses –*sacratio capitis*– en el que tomará parte un animal –*pecus*– y más tarde se

---

<sup>20</sup> Pues existía, inicialmente, un vínculo inmaterial, religioso o mágico entre deudor y acreedor en el que prevalece la forma religiosa más que el poder material de una persona sobre otra. De esta forma, el obligado estaría vinculado por un deber religioso y su incumplimiento vendría sancionado por los dioses en virtud de un juramento, situación en la que no se hallaría el deudor de una obligación natural. PASTORI, F., *Elementi di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1990, pp. 88-89.

<sup>21</sup> *Solvere*, es un término que suele emplearse para indicar que el débito se ha cumplido: CICERON, *ad. fam.*, 11.13.2; *de orat.*, 1.182; OVIDIO, *metam.*, 11.682. Lo que supone para el deudor el cumplimiento de la prestación y liberación con respecto al acreedor, *Instituta*, 3.13 pr. ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1933, pp. 1-2; VOCI, P., *Le obbligazioni...* cit., p. 19; BISCARDI, A., «La genesi del concetto classico di obligatio», Homenaje a J. L. Murga Gener, Madrid, 1992, pp. 20 y ss.; BETTI, E., *La Struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Bogotá, 2015, pp. 43 y ss. *Digesto* 50.16.11-12; *D.* 50.16.108.

<sup>22</sup> LUZZATTO, G. I., *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934. En este mismo sentido se pronuncia BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, Tomo IV, Milano, 1979, pp. 34 y ss.

<sup>23</sup> Lo cual resulta discutible pues incluso hay quien niega la existencia de la *gens*. TALAMANCA, M., «Obbligazioni», *ED* 15 (1966), p. 3.

fijará, probablemente, una cantidad de dinero –*pecunia*– que iría inicialmente destinada al templo y cuyos restos o vestigios se encuentran en la *legis actio per sacramentum*<sup>24</sup>.

Es, en este punto, donde autores como LUZZATTO<sup>25</sup> o BONFANTE<sup>26</sup>, ven la aparición de la *pecunia* y cómo, junto con el *corpus* del ofensor, forma el objeto de una obligación alternativa inicial en que irá imponiéndose, poco a poco, la primera de estas dos opciones<sup>27</sup>.

Será a partir de la *Ley de las XII Tablas*<sup>28</sup> cuando se configure de forma definitiva la pena de carácter pecuniario como forma habitual de responder el deudor ante el acreedor<sup>29</sup>. Es de esta forma, a través de la imposición de una composición pecuniaria, como se configura el objeto de la *obligatio ex delicto* en el ámbito de la determinación de la responsabilidad en la experiencia jurídica romana<sup>30</sup>.

La consideración clásica del delito como originaria fuente de las obligaciones con todo lo que conlleva, es la teoría más convincente pues resulta fácil entender que, en un pueblo de la antigüedad, cuando se causa un mal por una persona a otra, la primera y más primitiva reacción de la víctima o de los demás miembros de la *gens* a la que pertenece sea la de vengarse.

Pese a ello, para otros autores –como BETTI<sup>31</sup> y PASTORI<sup>32</sup>– habría si-

<sup>24</sup> Acción de carácter general utilizada siempre que la ley no hubiera previsto otra cosa (GAYO, *Instit.*, 4.16). Había dos tipos de *legis actio sacramento: in rem e in personam*. La primera, para dirimir controversias sobre la propiedad de una cosa; la segunda, muy desconocida, debido a lo ilegible que resulta un pasaje de GAYO en las *Institutiones* (4.15), que podría utilizarse para dirimir asuntos sobre los derechos de crédito. CANNATA, C.A., *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano, Tomo I, legis actiones*, Torino, 1980, p. 25.

<sup>25</sup> LUZZATTO, G.I., *Per un'ipotesi...* cit., pp. 30 y ss.

<sup>26</sup> BONFANTE, P., *Corso...* cit., pp. 34 y ss.

<sup>27</sup> Si bien es cierto que ya se daba dicha opción en términos parecidos cuando se sustituyó la persona del culpable por el cuerpo de un animal (*pecus*) en los sacrificios religiosos.

<sup>28</sup> Recogida en la misma *Ley de las XII Tablas*: tabla 3.5-6; AULO GELLIO, *noct.att.* 20.1.46-47; CICERON, *de off.* 3.31.

<sup>29</sup> MANFREDINI, A D., *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, pp. 16 y ss.

<sup>30</sup> LAVAGGI, G., «Iniuria e obligatio ex delicto», *SDHI*, 13-14 (1947-48), p. 151.

<sup>31</sup> BETTI, E., *La Struttura...* cit., pp. 97 y ss., 102 y ss. y «Sul valore dogmatico della categoria contrahere in iuristi Proculani e Sabiniani», *BIDR* 28 (1900), pp. 3-96.

do el contrato, la forma más antigua de generar obligaciones; es decir, surge en el momento en que el deudor y el acreedor se ponen de acuerdo en establecer una composición pecuniaria y la garantía del pago de la misma por medio de un tercero –*sponsor*– de tal forma que la existencia de esa garantía es lo que da lugar a un reconocimiento o valor jurídico a la relación.

Especial importancia representa para ciertos autores la figura del *nexum* como fuente de las obligaciones. La teoría de BRINZ<sup>33</sup> lo considera como sujeción del deudor con respecto al acreedor a través de la obligación contraída<sup>34</sup> y tras la *Lex Poetelia Papiria*<sup>35</sup> del año 326 a. C., configurándose, como un vínculo de carácter patrimonial y ya no personal.

Así, la responsabilidad del deudor que respondía con su propio cuerpo (ejecución personal)<sup>36</sup>, comenzará, a partir de entonces, a recaer sobre el patrimonio del deudor (ejecución patrimonial)<sup>37</sup>.

La trascendencia de esta disposición legislativa se encuentra estrechamente relacionada con la abolición del *nexum*<sup>38</sup>, pero de un modo

<sup>32</sup> PASTORI, F., *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1985.

<sup>33</sup> BRINZ, VON, A., «Der Begriff obligatio», *ZPORG*, 1874.

<sup>34</sup> GAYO, *Instit.*, 4.2. Interesante, en este punto, es el trabajo de SEGRÈ, G., «Sulla distinzione delle azioni in rem e in personam per rapporti estranei al ius civile nel diritto romano classico», *BIDR* 41 (1933), pp. 81-101; en donde el citado autor concluye -p. 101- que la tan conocida diferencia entre ambas clases de acciones tiene lugar en el llamado derecho pretorio u honorario pero no en el *ius civile* sino, por tanto, al margen de éste. BETTI, E., «*Sul valore...*» cit., pp. 3-96.

<sup>35</sup> BISCARDI, A., *La dottrina romana dell' obligatio rei*, Milano, 1991, pp. 55-56.

<sup>36</sup> Caso de la *manus iniectio*. HORAK, F., «Kreditvertrag und Kredit Prozess In Den Zwölftafeln» *ZSS*, 93 (1976), pp. 285-286; BEHREND, O., «Das nexum im Manzipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens» *RIDA*, 21 (1974), pp. 137 y ss. Estudio general sobre la ejecución personal y su evolución hacia la patrimonial. PEPPE, L., *Studi sull'esecuzione personale*, Milano, 1981.

<sup>37</sup> TITO LIVIO, *ab urb. cond.*, 8.28.8.

<sup>38</sup> LENEL, O., *Das edictum perpetuum*, Leipzig, 1974, pp. 85-101; MOMMSEN, T., «Nexum», *ZSS* 23 (1902), pp. 348-355; MARCHI, A., *Storia e concetto della obbligazione romana*, Roma, 1972, pp. 137 y ss.; BETTI, E., *La Struttura...* cit., pp. 157 y ss.; ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, Madrid, 1979, pp. 581-583. Probablemente, el *nexum* consistiría en un ritual por el que el deudor se comprometía a pagar, pues de lo contrario, se exponía a caer en una situación de cuasi-esclavitud que se mantendría en tanto el acreedor no considerara extinguida o satisfecha la deuda. Es decir, el *nexum* constituiría un medio de garantizar, a través de una persona (probablemente él mismo), el cumplimiento de un pago. Algunos autores lo consideran, además, como una forma



especial con la afirmación del principio de la vinculación del patrimonio con la responsabilidad del deudor y no con su persona física, cuando la causa de la deuda es un préstamo en dinero<sup>39</sup>.

Este profundo y radical cambio de procedimiento ejecutivo fue introducido por la jurisdicción pretoria que comenzó a utilizar la *missio in bona* en lugar de la antigua e inhumana *manus iniectio*.

En resumen, el *obligatus* hace de garante personalísimo frente al acreedor, que estaba facultado para poder ejercitar sobre él la utilísima y cruel *manus iniectio*, gozando del poder físico sobre la persona del *obligatus*, pudiendo encadenarlo, venderlo e, incluso matarlo<sup>40</sup>, tal y como se recoge en la *Ley de las XII Tablas*<sup>41</sup>.

**3.2. Evolución de la obligatio.** La evolución de la configuración jurídica de la obligación, se basaría en tres hechos fundamentales:

1ª) La progresiva secularización del Derecho, que es el acontecimiento que suele designarse como límite de separación de la etapa arcaica romana y la época preclásica y que supone, en relación con el Derecho, su mayor flexibilización y patrimonialización.

2ª) La gran cantidad de ciudadanos, en la mayoría de los casos los más pobres –los plebeyos–, que se encontrarían en una situación de cuasi-esclavitud sometidos al poder del acreedor que solía pertenecer a las clases más altas –los patricios– llegando un momento en que, so-

---

de extinción de las obligaciones; véase a PASTORI, F., *Concetto e struttura...* cit., p. 372- al entenderlo como un pago dilatado en el tiempo. Sin embargo, no está clara esa idea ya que el deudor que es aprehendido, lo sea como consecuencia de un incumplimiento; lo que conlleva esa responsabilidad referida no al *Schuld* sino al *Haftung*. Existen otras hipótesis pero muy alejadas de lo que pudo ser la realidad práctica y cotidiana en Roma. MOMMSEN, T., *op. cit.*, pp. 348-355, tomando como referencia los posicionamientos de MITTEIS L., «Ueber das Nexum», *ZSS* 22 (1901), pp. 97 y ss., MAC CORMACK, G., «Nexi, Iudicati and Addicti in Livy», *ZSS* 84 (1967), pp. 350-355.

<sup>39</sup> BISCARDI, A., «Obligatio personae et obligatio rei dans l'histoire du droit romain», *RHD* 70 (1992), pp. 63-67.

<sup>40</sup> Estas dos figuras, deudor y obligado, separadas en un primer momento, con orígenes diversos, elementos diferentes y distintas consecuencias jurídicas y materiales, acabarán por fusionarse en el momento posterior en que el deudor añade a su promesa el *nexum* considerándose, a partir de ese momento, ya como una sola figura revestida de un carácter jurídico. MARTINO, DE, F., *op. cit.*, p. 133.

<sup>41</sup> Del siglo V a. C., también llamada «Ley de igualdad romana» (*Lex duodecim tabularum* o *Duodecim tabularum leges*) y «Ley decenviral», era un texto normativo, de gran influencia griega, en la que se regulaba la convivencia entre los romanos.

cialmente, se haría insostenible el mantenimiento de dicha situación.

3<sup>a</sup>) El interés real y objetivo del acreedor, consistente en que el deudor cumpla fielmente con su cometido, no siendo la muerte de éste, su venta o trabajo como esclavo, suficiente para satisfacer el interés de tal acreedor que originó la obligación, evolucionándose hacia la ejecución patrimonial, mucho más práctica y beneficiosa, que supondrá una mayor seguridad y una mejor forma de satisfacer dicho interés en caso de incumplimiento de la prestación.

Por otro lado, producto de esta evolución, se produce la unión física o material inicial del deudor con respecto al acreedor a través de diversos cauces; sociales en un principio y jurídicos o legales, posteriormente<sup>42</sup>.

La evolución en la clase de vinculación y del propio concepto de obligación no es fruto o resultado de un hecho aislado o de un fenómeno concreto, sino de un conjunto de acontecimientos<sup>43</sup> más o menos complejos que van forzando y forjando el contenido final de la obligación con todo lo que ello significa y que termina recogiendo Justiniano en sus *Instituta*. En suma, la *Ley de las XII Tablas* (453 a. C.) fue fruto de la transformación social y de los atisbos de los «nuevos tiempos»<sup>44</sup>.

Un paso más se dio con la creación de la figura del pretor (aprobada por las *Leges Licinia Sextiae* en el año 367 a. C.), surgiendo así un nuevo sistema de derecho aplicado –*ius praetorium*– y con la aparición de la *Lex Aquiliae* (287 a. C.) y la *Lex Poetelia Papiria* (año 326 a. C.) que suponen una verdadera revolución al establecer definitivamente la ejecución patrimonial en sustitución de la personal en el caso de hacer efectiva la responsabilidad<sup>45</sup> por incumplimiento de la obligación por el deudor – caso de la *Lex Poetelia Papiria*–, o la fijación de una cuantía de carácter económico para la reparación de los daños ilícitamente causados por el

---

<sup>42</sup> Diversas disposiciones legales avalan este progresivo cambio. En este sentido se aprueban la *Lex Iulia de Cessione bonorum* (GAYO, *Instit.*, 3.78; *Codex*, 7.71.4); o la *Lex Vallia* (hacia mitad siglo II a. C., GAYO, *Instit.*, 4.25), que permite al deudor evitar la *manus iniectio* oponiéndose a la pretensión del acreedor sin necesidad de *vindex* y supone un primer paso en la flexibilización del rígido derecho procesal existente hasta la fecha, si bien será la *Lex Poetelia Papiria de Nexum* la ley más relevante en este aspecto.

<sup>43</sup> DAZA, J., *Iniciación al estudio histórico del derecho romano*, Madrid, 1997.

<sup>44</sup> Donde ya GAYO (*Instit.*, 4.17 a), indica que se utilizaba la *stipulatio*.

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ, R.P., *Responsabilidad contractual y extracontractual en derecho romano*, Madrid, 2015.

deudor –*Lex Aquilia*<sup>46</sup>–.

#### 4. RECEPCIÓN EUROPEA DEL DERECHO ROMANO DE OBLIGACIONES

La aplicación del Derecho romano, como es bien sabido, no se limitó a los territorios y sociedades que estaban bajo el dominio de romano, desde la fundación de la ciudad de Roma por Rómulo en el año 753 a. C., hasta el año 476 d. C. con la caída del Imperio romano en Occidente (trece siglos) o hasta el año 1453 (veintidós siglos) con el fin del Imperio en Oriente.

Siendo el descrito ya bastante tiempo, el Derecho romano continuó su vigencia en casi todo el mundo como consecuencia de la divulgación del *Corpus Iuris Civilis*, recopilación ordenada por Justiniano y terminada en el año 529, en la que incluyeron las normas de los emperadores romanos que le precedieron y sobre todas las ramas del Derecho.

La recepción del Derecho romano en el Viejo Continente supuso, en gran medida, un punto de partida en la creación de Estado y el Derecho moderno. En realidad: «Europa no es un resultado de la geografía, sino el resultado de la historia»<sup>47</sup>, debido a cierta unidad religiosa (a través del Cristianismo), cultural, política y, desde luego, jurídica. La consecuencia de lo anterior es que, primero en Europa y más tarde en América: «el mundo medieval ha sido transformado en un lento formarse en la conciencia del saberse bajo una autoridad superior de la ley romana»<sup>48</sup>, sin olvidar sus evidentes arraigos e influencia en Asia y África.

No corrió diferente suerte el Derecho de obligaciones, parte esencial del Derecho privado romano, que fue igualmente expandido impregnando Códigos civiles ambos lados del océano Atlántico por la vía de su inclusión primeriza en el Código de Napoleón de 1804 del que bebieron, en la época codificadora, el resto de los europeos, primero, y los americanos, después.

Bien es verdad que no existiendo en concepto unitario y abstracto de *obligatio*, dado que los romanos eran poco dados a la abstracción, y más

<sup>46</sup> Posibilidad de que se contemple, también aquí, un daño superior al del simple valor de la cosa, sumándose a éste: *Digesto* 9.2.23.4. MEDICUS, D., *Id quod interest*, Köln-Graz, 1972, pp. 224 y ss. Ello sería fruto de la imposición de una suma en concepto de pena.

<sup>47</sup> CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. 1. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 25 (hay una edición de 1982 y otra de 2015).

<sup>48</sup> Ídem.

a la casuística y a las tipificaciones, a lo largo de toda la vigencia del Derecho romano, excepto al final, a partir del siglo IV d. C. Durante el primer periodo aludido solo se consideraba obligaciones con fuerza jurídica aquellas en las que se expresaba que lo eran atendiendo a cada caso particular en los que se daba algún tato, elemento o característica similar. Luego, aquello que no tenían tal carácter serían *obligatio naturalis* sin vínculo jurídico ni acción para poder reclamar su cumplimiento (aunque sí con los caracteres propios de este peculiar tipo de relación).

En el *Code civil de française*, la obra clásica y paradigmática del Derecho civil moderno por excelencia, seguramente la obra legislativa más influyente de manera directa en más países que la han seguido: «las obligaciones mantienen ese papel de primer orden que ya traían desde las Institutas, y su concepción se continúa planteando en términos del vínculo jurídico»<sup>49</sup>.

España adoptó en su Código civil de 1889, aún vigente en la actualidad, casi la práctica totalidad de la parte del Derecho de obligaciones contenida en el citado Código civil de Napoleón de 1804.

Así, los aspectos esenciales de la *obligatio* del Derecho romano justiniano, por la vía del *Corpus Iuris Civilis*, son recepcionados en Europa y positivados en el *Code* francés que, ulteriormente, se adoptan en toda Iberoamérica y por el Código civil español, este de publicación tardía, siendo el mismo que rige las obligaciones en nuestros días, con sus evidentes modificaciones y actualizaciones adaptadas al tiempo presente.

#### INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1933; ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, Madrid, 1979; BEHREND, O., «Das nexum im Manzipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens», *RIDA* 21 (1974); BEKKER, E.I., «Ueber die Objekte und die Kraft der Schuldverhältnisse, geschichtliche Ueberschau, von der Zeit der Manusinjektion bis in die Gegenwart», *ZSS* 23 (1902); BETTI, E., «Sul valore dogmatico della categoria contrahere in giuristi Proculani e Sabiniani», *BIDR* 28 (1900); BETTI, E., *La Struttura dell' obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Bogotá, 2015; BISCARDI, A., *La dottrina romana dell' obligatio rei*, Milano, 1991; BISCARDI, A., «Obligatio personae et obligatio rei dans l'histoire du droit romain», *RHD* 70 (1992); BISCARDI, A., «La genesi del concetto classico di obli-

<sup>49</sup> MARTÍNEZ R. de C., Luz María; ÁVILA H. de P., Flor María; URDANETA, Eugenio, «Análisis comparado en materia de obligaciones entre el derecho romano y el derecho moderno», *Telos*, vol. 10, núm. 2, mayo-agosto, 2008, p. 332.

gatio», Homenaje a J. L. Murga Gener, Madrid, 1992; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, Tomo IV, Milano, 1979; BONFANTE, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987; BRINZ, VON, A., «Der Begriff obligatio», *ZPORG*, 1874; CANNATA, C.A., *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano*, Tomo I, legis actiones, Torino, 1980; CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. 1. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1979; DAZA, J., *Iniciación al estudio histórico del derecho romano*, Madrid, 1997; GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazione alternative e generiche*, Torino, 1966; HORAK, F., «Kreditvertrag Und Kredit Prozess In Den Zwölf tafeln» *ZSS* 93 (1976); KASER, M., *Das römische Privatrecht, II Abschnitt*, (=traducción de J. Santa Cruz, Madrid, 1968), München, 1975; LAVAGGI, G., «Iniuria e obligatio ex delicto», *SDHI* 13-14 (1947-48); LENEL, O., *Das edictum perpetuum*, Leipzig, 1974; LUZZATTO, G. I. *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934; MAC CORMACK, G., «Nexi, Iudicati and Addicti in Livy», *ZSS* 84 (1967); MACQUERON, J., *Histoire des Obligations*, Aix-en-Provence, 1975; MANFREDINI, A.D., *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977; MARCHI, A., *Storia e concetto della obbligazione romana*, Roma, 1972; MARTÍNEZ R. de C., Luz María; ÁVILA H. de P., Flor María; URDANETA, Eugenio, «Análisis comparado en materia de obligaciones entre el derecho romano y el derecho moderno», *Telos*, vol. 10, núm. 2, mayo-agosto, 2008, pp. 324-342; MARTINO, DE, F., «L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio», *SDHI* 6 (1940) I; MEDICUS, D., *Id quod interest*, Köln-Graz, 1972; MITTEIS L., «Ueber das Nexum», *ZSS* 22 (1901); MOMMSEN, T., «Nexum», *ZSS* 23 (1902); PASTORI, F., *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1985; PASTORI, F., *Elementi di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1990; PEPPE, L., *Studi sull'esecuzione personale*, Milano, 1981; PEROZZI, S., «Le obbligazioni romane», *Scritti Giuridici II*, Milano, 1948; RODRÍGUEZ, R.P., *Responsabilidad contractual y extracontractual en derecho romano*, Madrid, 2015; SAVIGNY, VON, F.C., *Le Droit des obligations* (traducción de C. Gerardin-P. Jozon), París, 1863; SAVIGNY, *Pandektenvorlesung*, 1824/25, Frankfurt am Main, 1993; SAVIGNY, *Le droit des obligations*, 2 tomos, traducción de T. Hippert, Bruylant-Christophe & Cie., Editeurs, Bruselas, 1873; SEGRÈ, G., «Sulla distinzione delle actiones in rem e in personam per rapporti estranei al ius civile nel diritto romano classic», *BIDR* 41 (1933); TALAMANCA, M., «Obbligazioni», *ED* 15 (1966); VOCI, P., *Le obbligazioni romane, (Corso di Pandette)*, Milano, 1969; VOCI, P., *Istituzioni di diritto romano*, 4ª edición, Milano, 1994; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano* (traducción de J. Daza), Madrid, 1991; ZIMMERMANN, R., *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (traducción de T. Weir), Cape Town, 2000.



## CAPÍTULO II

### ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA *OBLIGATIO* Y SU CONFIGURACIÓN. EL PRINCIPIO *NEMO ALTERI STIPULARI POTEST*

**Sumario:** 1. El débito y la responsabilidad. 1.1. *Schuld*. 1.2. *Haftung*. 2. Clases de *obligatio* según la posición los sujetos. 2.1. Obligaciones parciarias o mancomunadas. 2.2. Obligaciones cumulativas. 2.3. Obligaciones solidarias. 2.4. Obligaciones ambulatorias y *propter rem*. 3. Las estipulaciones en favor y a cargo de tercero. 3.1. Orígenes y planteamiento. 3.2. El principio *alteri stipulari nemo potest*. 3.3. Significación del contrato a favor de tercero. 3.4. Evolución de su validez y eficacia. 4. El actual principio de relatividad de los contratos. Indicación bibliográfica.

#### 1. EL DÉBITO Y LA RESPONSABILIDAD

El análisis pormenorizado de la situación de constreñimiento del sujeto obligado que se produce en toda obligación permite determinar que de tal relación jurídica se derivan dos figuras (y momentos) esenciales<sup>50</sup>.

**1.1. *Schuld*.** Bajo tal expresión, tomada del alemán, la deuda, el débito o *debitum*, es la necesidad o el deber impuesto al deudor de cumplir la prestación. Implica la sujeción corporal –en una etapa histórica inicial, la *manus iniecto*– o patrimonial del deudor frente al poder del acreedor.

Se trata, por tanto, del desarrollo tendente a realizar en su justo término, la prestación prometida que, a su vez, conlleva la satisfacción del interés del acreedor y supone la primera fase normal de la dinámica de toda obligación<sup>51</sup>. En consecuencia, en caso de incumplimiento del *debi-*

---

<sup>50</sup> Momentos referidos de los que ya hablara BRINZ, VON, A., «Der Begriff obligatio», *ZPORG*, 1874, pp. 11 y ss.; PASTORI, F., *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1985, pp. 22, 40 y ss. Si bien es cierto que la doctrina está dividida a la hora de considerar estos dos efectos como aquellos que se derivan de toda obligación apareciendo, a este respecto, distintas corrientes que los matizan.

<sup>51</sup> Algunos autores identifican *debitum* con *obligatio*, siendo para ellos la obligación un deber jurídico de prestación. VOCI, P., *Le obbligazioni romane*, (Corso di Pandette), Milano, 1969, pp. 4 y 21 (=Istituzioni... cit., pp. 353 y ss.); BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, Tomo IV, Milano, 1979, p. 26, nota a pie 3. Para otros el débito denota un contenido exclusivamente pecuniario confiriéndose al acreedor el poder de conseguir el equivalente en dinero de la prestación debida, no la prestación misma consista ésta en una cosa o actividad. BETTI, E., *La Struttura dell'obbligazione romana e il proble-*

*tum* por el deudor, el acreedor podrá reclamar su ejecución<sup>52</sup>.

**1.2. Haftung.** La responsabilidad o *Haftung*, también del alemán, aparecería para que el deudor haga frente al perjuicio causado al acreedor en los casos de incumplimiento de la prestación imputables al deudor<sup>53</sup>.

Supone que un vínculo jurídico de carácter personal o patrimonial, sobre el obligado, y que puede hacerse valer de manera ilimitada sobre el cuerpo físico del deudor o bien sobre su patrimonio<sup>54</sup>.

Ante el incumplimiento del deudor y tras la *actio* del acreedor, la ejecución de la sentencia, en el período clásico, será universal y concursal. En tal caso, todos los bienes del deudor son vendidos (*bonorum venditio*) y sus acreedores tienen derecho a participar en la suma resultante de la venta.

Del negocio jurídico resulta disponible una acción –por ejemplo, en el caso de la venta, la *actio venditi*– y otra diferente para la ejecución de una sentencia condenatoria –la *actio iudicati*–.

En este momento ya se entraría en una segunda fase en que surge como consecuencia del incumplimiento de la prestación y que conlleva una responsabilidad, para el deudor, que puede presentarse de dos formas diferentes: una sería la llamada responsabilidad contractual<sup>55</sup> y otra la responsabilidad extracontractual<sup>56</sup>.

Es decir, el deudor tiene que enfrentarse a las consecuencias jurídicas de su incumplimiento o de la producción ilícita de un daño del que deba responder, cuando lo prometido no se ha llevado a cabo sin la intervención de circunstancias ajenas al propio obligado; transcurriendo el

*ma della sua genesi*, Bogotá, 2015, pp. 3 y ss.

<sup>52</sup> El art. 1088 CC incluye este deber jurídico de satisfacer la prestación por parte del deudor en favor del acreedor consistente en: «dar, hacer o no hacer».

<sup>53</sup> Este es el sentido que le da la doctrina romanística tradicional, tal y como resalta PASTORI, F., *Concetto e struttura...* cit., pp. 19, 62-74.

<sup>54</sup> El principio de responsabilidad patrimonial universal que se deduce de esta figura (*Haftung*) lo proclama en el Derecho civil español el art. 1911 CC: «Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

<sup>55</sup> *Digesto* 4.2.2; *D.* 13.6.18 pr; *D.* 16.3.1.35; *D.* 19.2.15.

<sup>56</sup> Su regulación parte de la *Lex Aquilia* y del requisito del daño antijurídico establecido en la misma, si bien, en el derecho clásico tardío se empieza a abandonar esta teoría de la causación directa del daño, ampliándose la esfera de la responsabilidad también a otros casos: *Digesto* 9.2.22 pr; *D.* 9.2.23 pr; *D.* 9.2.30.3, *D.* 19.1.13 pr, *D.* 19.1.21.3; *D.* 19.2.19.1, relacionados con otros textos como: *D.* 9.2.15.1; *D.* 43.24.7.4.



tiempo en que debió realizarse la prestación, actuando dolosa o culpablemente o causando un daño sin que hubiera mediado acuerdo entre las partes, surgiendo el deber de reparar el daño cometido. La reparación podía ser *in natura* o de carácter económico a través de la compensación pecuniaria<sup>57</sup>.

## 2. CLASES DE *OBLIGATIO* SEGÚN LA POSICIÓN LOS SUJETOS

Los principales sujetos que operan en la obligación son las figuras del acreedor y del deudor, aunque no los únicos ya que pueden también intervenir fiadores o avalistas, por ejemplo, sin ese carácter principal.

Ahora bien, de la diversidad de situaciones en que se podrán encontrar y de la posibilidad que exista una pluralidad de sujetos integrantes en cada una de las dos partes (acreedora y deudora), se pueden adivinar una serie de obligaciones de diferente tipología y efectos entre sus intervinientes, como pueden ser las obligaciones solidarias, las parciarias o mancomunadas, las cumulativas y las ambulatorias.

**2.1. Obligaciones parciarias o mancomunadas.** Consistentes en que de una obligación unitaria sobre la que pueden existir varios acreedores, cada uno de ellos puede exigir su parte correspondiente, hallándose la obligación dividida en diversas partes (*pro rata*)<sup>58</sup>. Si, contrariamente o, junto a ellos, hubiera una pluralidad de deudores, cada uno de ellos se encontrará obligado a satisfacer su parte<sup>59</sup>.

**2.2. Obligaciones cumulativas.** Se trata de obligaciones que nacen de un acto ilícito y cuya sanción es una suma económica. Acontecen cuando pudiendo haber varios acreedores y uno o varios deudores, la obligación ha de cumplirse totalmente para cada uno de los acreedores y, por cada uno de los deudores, hacia el acreedor si solo hubiera uno.

---

<sup>57</sup> LAVAGGI, G., «Iniuria e obligatio ex delicto», *SDHI* 13-14 (1947-48), pp. 151 y ss.; RATTI, U., «Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano», *BIDR* 40 (1932), p. 175; VOICI, P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, p. 10.

<sup>58</sup> *Digesto* 45.2.11.1.

<sup>59</sup> El vigente Código civil español (en adelante CC) contempla las obligaciones mancomunadas en su artículo 1137, inciso primero, con el siguiente texto: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma»; completándose con el art. 1138 CC: «Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros».

Un ejemplo de ello, sería el caso en que se situaría el deudor que causa un daño a varias personas de forma sucesiva, debiendo resarcir en su totalidad a cada una de ellas. O, también, en el supuesto de varios deudores, cada uno de ellos deberá resarcir por el total a cada uno de los perjudicados y, siendo esta parte un solo sujeto, cada uno de los deudores deberá resarcirle al acreedor-perjudicado por el total que ha sufrido y el cumplimiento de uno de ellos no extingue la deuda con respecto al otro codeudor<sup>60</sup>.

**2.3. Obligaciones solidarias.** El supuesto en el que, haya uno o varios deudores o acreedores, el pago total realizado por uno de los primeros o el cobro recibido por cualquiera de los segundos, producirá la completa extinción de la obligación<sup>61</sup>, se denomina obligación solidaria<sup>62</sup>.

Si existieran varios deudores, el que llevó a cabo el pago íntegro, podrá reclamar de los codeudores, la parte correspondiente de cada uno o, si existieran varios coacreedores, el que recibió el total estará obligado a reembolsar a los demás la parte que les correspondiera a cada uno<sup>63</sup>. Es lo que se denomina, en ambos casos, la acción de regreso<sup>64</sup>.

**2.4. Obligaciones ambulatorias y propter rem.** Se denominan obligaciones ambulatorias a aquellas en las que los sujetos intervinientes (deudor y acreedor) no se encuentran determinados de antemano al momento constituirse la obligación produciéndose, sin embargo, una circunstancia o hecho que provocará el nacimiento de una vinculación obligatoria entre ellos, es decir, una prestación, que puede ser exigida por uno de ellos al otro<sup>65</sup>.

Sucedería en el caso, por ejemplo, de la institución de un legado en

---

<sup>60</sup> Imagínese que un deudor es compelido al pago de una pena o suma de 100, él no liberaría al otro codeudor pagando 200 sino que cada uno de ellos deberá sufragar el total correspondiente de forma individual.

<sup>61</sup> *Instituta* 3.16.1; *Digesto* 45.2.4.

<sup>62</sup> El segundo inciso del citado art. 1137 CC contempla expresamente las obligaciones solidarias: «Sólo habrá lugar a esto –lo expuesto en el primer inciso– cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria».

<sup>63</sup> Determina el artículo 1145.II CC: «El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo».

<sup>64</sup> En la época clásica únicamente se accedía a ello si entre los deudores o acreedores existía algún tipo de relación por la que pudiera surgir alguna acción para reclamar esa parte: *actio communi dividundo* (copropiedad), *actio pro socio* (sociedad), etc. En el derecho justinianeo se concederá la acción de regreso con carácter general.

<sup>65</sup> *Instituta* 2.20.25.

favor de quien fuera elegido cónsul en el momento en que se otorgara testamento, o en el caso de los daños ocasionados por un esclavo sobre los bienes de un desconocido, debiendo, el dueño del esclavo, reparar tales perjuicios causados a la propiedad<sup>66</sup>.

La *obligatio propter rem* queda subsumidas dentro de las obligaciones ambulatorias, sin embargo, suele ser la condición de propietario o titular de algún otro derecho real, la que convierta a dicho titular en deudor<sup>67</sup>. Así, la condición de obligado a satisfacer la prestación recaerá siempre sobre el dueño o titular del derecho real de lo sea en cada momento de manera que al cambiar dicha titularidad real ésta irá acompañada de la obligación<sup>68</sup>.

### 3. LAS ESTIPULACIONES EN FAVOR Y A CARGO DE TERCERO

**3.1. Orígenes y planteamiento.** No se sabe exactamente el origen del término *stipulatio*. San Isidoro de Sevilla creía que provenía de *stipula* (palabra que significaba tallo, rastrojo, paja) pues cuando los antiguos prometían, partían una espiga en señal de verdad de la promesa y cuando la unían de nuevo, era en reconocimiento de la promesa<sup>69</sup>.

Por su parte Justiniano afirmará que este vocablo adoptó su nombre de *stipulus*, antiguo sinónimo de *firmus* que tiene connotaciones de promesa obligacional<sup>70</sup>. Por tanto, partiendo de la concepción justiniana, el verbo *stipulari* significaría «estipular», «pedir una promesa»; expresándose, con ello, la idea de contrato.

---

<sup>66</sup> *Digesto* 39.4.7 pr. Llamadas *obligatio propter rem*, «en razón o a causa de la cosa, subsumibles en las ambulatorias, obedece a que se considera que la condición de propietario, poseedor o titular de un derecho real» será determinante, en cada momento, para resultar obligado, como los daños causados por animales ajenos cuya obligación de resarcir los daños que produzcan corresponderá a quien sea «dueño de aquellos en el momento en que el perjudicado interponga su acción ante el juez», afirma FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 7ª edición, Madrid, 2014, p. 485.

<sup>67</sup> El Código civil español no las menciona, pero sí se contemplan con claridad en la vigente Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (cuya última reforma se hizo mediante el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo), teniendo tal carácter de obligaciones *propter rem*, entre otras, el deber de cada propietario de pagar la cuota para los gastos comunes del edificio sometido a dicho régimen (art. 9.1).

<sup>68</sup> ACEDO PENCO, A., *Teoría general de las obligaciones*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, p. 40.

<sup>69</sup> *Etimologías*, 5.24.30.

<sup>70</sup> *Instituta* 3.15 pr.

Con carácter general, la *stipulatio* era un contrato verbal y solemne, en el que se realizaba un interrogatorio por parte del acreedor seguido de una respuesta afirmativa del deudor, con consecuencias jurídicas.

Como consecuencia de lo reflejado anteriormente, podrán darse situaciones en que en tales acuerdos interviniera un tercero, bien como beneficiario o bien como sujeto gravado por los mismos. En el primero de estos casos, se estaría haciendo referencia a la llamada estipulación a favor de tercero (*stipulatio rei*), que sería aquel contrato, o cláusula dentro de otro, donde una de las partes contratantes –sin estar revestida de representación– se compromete verbalmente a realizar algo en beneficio de un tercero extraño al contrato<sup>71</sup>.

**3.2. El principio *alteri stipulari nemo potest*.** En Roma la estipulación en favor de tercero estaba prohibida y resultarían nulas, según se extrae del principio *alteri stipulari nemo potest*<sup>72</sup> (nadie puede estipular para otro). Ello es así, porque, entendiendo la obligación como un vínculo personal, constreñimiento o sujeción de una persona respecto a otra, no se podía admitir –siguiendo este principio– la posibilidad de poder incluir en esta relación a un tercero extraño a la misma sobre el que no existía tal vínculo personal<sup>73</sup>.

No será 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>74</sup>. Es decir, va a ser ese carácter

<sup>71</sup> ALBERTARIO, E., «I contratti a favore di terzi», *Festschrift Koschaker II*, Weimar, 1939, p. 16; BONFANTE, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987, p. 212; PASTORI, F., *Elementia...* cit., p. 150.

<sup>72</sup> Cuyo enunciado más amplio es: «*alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur*». *Instituta* 3.19.19; *Digesto* 45.1.38.17. Otros textos: *D.* 44.7.11; *D.* 50.17.73.4; *Codex* 5.12.19; *C.* 8.39.3; GAYO, *Instit.*, 2.95; 3.103. Tal principio general, sin embargo, no viene tan claramente expresado en algunos textos, refiriéndose al caso concreto o específico: *Digesto* 12.1.9.4; *D.* 45.1.110; *Codex* 5.12.26.

<sup>73</sup> SCHULZ, F., *Derecho romano clásico* (traducción J. Santa Cruz), Barcelona, 1960, p. 466; BONFANTE, P., *Istituzioni...* cit., p. 218; MAJELLO, U., *L'interesse dello stipulante nell contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, pp. 3 y 39-42.

<sup>74</sup> SCHULZ, F., *Derecho romano...* cit., p. 453; COUDERT, J., *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957, pp. 201 y ss.; PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*, vol II, Roma, 1928, pp. 215 y ss.; BURDESE, A., «Promesse del fatto altrui e stipulazioni a favore di terzi», *LABEO* 3 (1957), pp. 383 y ss.; MAJELLO, U., *op. cit.*, pp. 2 y 101 y ss. *Digesto* 44.7.11.

personal de la *obligatio*, además del formalismo de la *stipulatio alteri*<sup>75</sup>, lo que determinará la nulidad de la estipulación a favor de tercero<sup>76</sup>.

En cuanto a las estipulaciones a cargo de tercero<sup>77</sup>, en Roma serán siempre nulas, porque se entiende que uno puede prometer un hecho propio, es decir, algo que él pueda o no llevar a cabo, pero lo que no puede es prometer un hecho ajeno<sup>78</sup>. Así, por ejemplo, no se podría decir por «Cayo que Ticio dará 1000 sestercios». Ésta es la línea de pensamiento de HERMOGENIANO de manera que, según él, no puede prometerse la conducta ajena y, si se hace, se promete inútilmente<sup>79</sup>.

De aquí también se desprende, por el contrario, que si, a pesar de la celebración de la estipulación, el estipulante se comprometiera a responder en el caso de que el tercero no pagara, se podría, excepcionalmente, considerar válida la misma<sup>80</sup>.

En el Derecho romano, que en ocasiones ha sido considerado un derecho rígido –básicamente en los períodos arcaico y preclásico– habían de guardarse unos formalismos determinados para celebrar un negocio jurídico e inicialmente sólo determinadas personas podían llevarlos a cabo. Sin embargo, la sociedad romana evoluciona económicamente, aumenta el número de provincias sometidas y su número de habitantes, lo que dio lugar a que su sistema jurídico se vuelva más complejo, comenzando a resquebrajarse en su concepción tradicional con la consiguiente e inevitable evolución y flexibilización.

**3.3. Significación del contrato a favor de tercero.** Como ya se ha recogido en páginas previas, con tal denominación se está haciendo referencia a los *pacta in favorem tertii* en que alguien celebra un contrato en nombre de un tercero. El receptor de la promesa, se compromete, aceptando

<sup>75</sup> PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto... cit.*, pp. 215 y ss. GAYO, *Instit.*, 3.102.

<sup>76</sup> ZIMMERMANN, R., *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (traducción de T. Weir), Cape Town, 2000, p. 35. GAYO *Instit.*, 2.95, admitiéndose, con reservas la mediación del representante –*procurator*– en GAYO, *Instit.* 3.103.

<sup>77</sup> *Digesto* 13.5.5.4; *D.* 13.5.5.5; *D.* 50.17.73.4; textos que tratan de las estipulaciones a cargo de terceros.

<sup>78</sup> Salvo los casos en que se prometa el hecho del heredero o herederos, porque, en este caso, éstos no actúan simultáneamente con el testador sino que van a ocupar su lugar tras la muerte del *de cuius*. *Digesto* 45.1.12; *D.* 45.1.38 pr-2; *D.* 45.1.56.1; *D.* 45.1.83 pr.

<sup>79</sup> *Digesto* 46.1.65.

<sup>80</sup> *Instituta* 3.19.3; *I.* 3.19.21.

determinadas condiciones, a trasladar o realizar una cosa o prestación para beneficiar a un tercero. Tal sería, por ejemplo, el caso de quien recibe un regalo –el receptor de la promesa– con la condición de transmitirlo a un tercero tras pasar cierto tiempo, siendo este último el favorecido<sup>81</sup>.

Ahora bien, ¿en realidad tiene alguna importancia legal *si meo nomine* (si en mi propio nombre) hago que alguien me prometa que va a pagar mis deudas, que va a hacer un regalo a un tercero o que no va a presionar a un moroso suyo?

Para los grandes dogmáticos del derecho, estas promesas siempre carecerá de validez según las leyes del razonamiento jurídico ya que quien realiza la promesa no tiene intención de convertirse en acreedor<sup>82</sup>.

**3.4. Evolución de su validez y eficacia.** Pese a lo anterior, como se comprueba a continuación, podría ser válida la promesa en favor de tercero siempre y cuando se adecúe a ciertas pautas<sup>83</sup>.

Así, este contrato a favor de terceros podrá ser perfectamente válido y eficaz, aunque no entendido como un contrato autónomo, cuando se trate de un contrato secundario vinculado a otro principal; es decir, como un acuerdo adicional que se adjunta a otro contrato (al regalo, a la compra, etc.) mientras que por sí mismo y sin el mencionado contrato paralelo puede que no sea eficaz.

Ello sucedería en casos como los del comodato y el depósito de cosa ajena con la finalidad de su entrega a un tercero<sup>84</sup>; la venta de un fundo dado en arrendamiento con pacto de respetar tal arrendamiento en favor del arrendatario<sup>85</sup>; o la dote *profecticia* en que se acuerda que se resti-

---

<sup>81</sup> Podrían citarse otros ejemplos similares cotidianos en la vida romana y moderna como en el *depositum* con el acuerdo de transmitir el objeto dejado al propietario, o cuando el comprador de una casa debe pagar una parte del precio a un acreedor del vendedor.

<sup>82</sup> WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette, tomo II* (traducción de C.Fadda-P.E. Bensa), Torino, 1930, p. 222.

<sup>83</sup> Teniendo validez aunque no pudiera reclamarse su cumplimiento e, incluso, en determinados casos, pese a tener validez, no surtiría efectos porque por su propia naturaleza son irrelevantes jurídicamente; circunscribiéndose en un ámbito específico como el familiar, de amistad, etc.

<sup>84</sup> *Digesto* 16.3.31.1; *Codex* 3.42.8.

<sup>85</sup> Ya que el comprador no tenía razón alguna para mantener tal contrato inicial salvo que se añadiera un pacto en la venta pues el vendedor sí estaba obligado con el

tuya en favor de la hija o sus nietos<sup>86</sup>.

El Derecho moderno tiende al reconocimiento de esta figura pues tiene por función servir al interés del receptor de la promesa, a las necesidades prácticas y económicas, y lo hacen hasta tal punto que apenas podríamos concebir hoy las relaciones comerciales sin esta forma contractual<sup>87</sup>.

En definitiva, el contrato a favor de tercero, según el antiguo *ius civile* no podía ser válido ya que el Derecho romano arcaico únicamente reconocía como válidos los contratos celebrados entre dos partes y que sólo esas dos partes iban a permanecer vinculadas.

Ese principio de vinculación exclusiva de los sujetos contratantes se va a mantener inicialmente, si bien va a sufrir cierta atenuación<sup>88</sup>, ya que pasará de una nulidad absoluta de tales negocios jurídicos en el derecho arcaico y preclásico, a considerar su validez entre los estipulantes, pero nula en relación con el tercero.

Se duda si tal atenuación fue ya introducida en la época clásica o bien es obra de los juristas justinianos<sup>89</sup> y a juicio de muchos romanistas, no se tratarían de verdaderas estipulaciones sino de meros «actos de

---

arrendatario, *Digesto* 18.1.79; *D.* 19.2.25.1; *D.* 33.4.1.15 (debiendo en este último caso, la mujer respetar el contrato sobre el fundo dotal aunque ella percibirá la renta). BONFANTE, P., «I contratti a favore di terzi», *Per il XIV Centenario della Codificazione Giustiniana*, Pavia, 1934, p. 230.

<sup>86</sup> *Digesto* 24.3.45; *Codex* 5.14.7. Estos son los dos únicos textos que reconocen la concesión de tal acción al tercero sin la intervención del mismo en el acto, lo que para muchos autores –BONFANTE, P., *I contratti...* cit., p. 237– supone un claro signo de interpolación.

<sup>87</sup> En España lo admite el art. 1257.II CC: «Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada».

<sup>88</sup> Entre esas atenuaciones de la etapa clásica también podemos señalar la estipulación en favor del pupilo celebrada por el tutor y un promitente que se va a constituir en un cotutor: *Digesto* 45.1.38.20.

<sup>89</sup> En el Derecho justiniano aumentan las excepciones a la nulidad de las estipulaciones a favor de tercero. Pero cabrían más casos como el supuesto de la estipulación en beneficio del procurador o acreedor del estipulante (*Digesto* 45.1.38.23). Algunos autores consideran que en el derecho clásico romano no habría ningún tipo de excepción a la nulidad de las estipulaciones a favor de tercero, proviniendo, todas ellas, del derecho postclásico y justiniano. EISELE, F., «Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationem», *ZSS* 13 (1892) y *ZSS* 18 (1897), pp. 118-156; *ZSS* 13 (1892) y *ZSS* 18 (1897), pp. 1-43.

representación indirecta» que nada tienen que ver con la estipulación y, por ello, eran considerados como válidos.

Así, ya en el siglo II a. C.—según GAYO— los esclavos tenían capacidad para realizar transacciones en beneficio de sus dueños y comprometerse en negocios<sup>90</sup>. Se entendía, en estos casos, que los esclavos constituyen un mero instrumento de la actividad jurídica; es decir, su cometido es mecánico no teniendo que tomar ningún tipo de iniciativa ni actitud creativa o imaginativa.

Esta admisión excepcional de estipulaciones a favor de tercero se va a ir incrementando casuísticamente hasta llegar a la época de los glosadores debido, básicamente, a la existencia en esos momentos de una *stipulatio* «desformalizada» y a punto, por tanto, de transformarse en una manifestación amorfa de la voluntad negocial.

Pero la excepcionalidad de la admisión de alguna estipulación a favor de tercero en el Derecho clásico romano, se va a convertir en una «generalidad de excepciones» en el Derecho justiniano<sup>91</sup> extendiéndose a contratos como, por ejemplo, el depósito<sup>92</sup>, la donación<sup>93</sup>, prenda<sup>94</sup>, etc.<sup>95</sup> Se tratan, pues, de excepciones que aparecen en el Derecho post-clásico si bien su mayor utilización y consolidación se va a producir en la época justiniana.

#### 4. EL ACTUAL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS

El Derecho civil moderno plasmado en las codificaciones europeas y americanas, adoptó sobre el contrato en favor o a cargo de tercero las posiciones justinianas en las que la excepción al principio *alteri stipulari nemo potest* se convirtieron casi en la regla general.

La admisión del contrato en favor o a cargo de tercero, no solo se permite sino que ha pasado a los textos legislativos vigentes, regulándose, aunque sin desconocer, por ello, el principio de relatividad de los contratos, según el cual los contratos solo producen efectos entre las

<sup>90</sup> GAYO, *Instit.*, 3.163; PLAUTO, *rud.* 1384-1386.

<sup>91</sup> VAZNY, I., «Il problema generale dei contratti a favore di terzi nel diritto romano», *BIDR* 40 (1932), p. 52.

<sup>92</sup> *Digesto* 3.5.6.2; *Codex* 3.42.8; *C.* 8.24.

<sup>93</sup> *Codex* 8.55.

<sup>94</sup> *Digesto* 13.7.13 pr.

<sup>95</sup> Casos, por ejemplo, en que uno se hace prometer algo en beneficio de sus herederos: *Codex* 4.11; GAYO, *Instit.*, 3.100; 3.117.



partes que los suscriben y sus herederos<sup>96</sup>, lo que no es otra cosa que una derivación del principio romano *alteri stipulari nemo potest*, si bien luego matizado al reconocer los contratos en favor o a cargo de tercero, pero cuando éste hubiere aceptado expresamente sus obligaciones y derechos al respecto.

#### INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Teoría general de las obligaciones*, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2016; ALBERTARIO, E., «I contratti a favore di terzi», *Festschrift Koschaker II*, Weimar, 1939; BETTI, E., *La Struttura dell'Obbligazione Romana e il problema della sua genesi*, Bogotá, 2015; BONFANTE, P., «I contratti a favore di terzi», *Per il XIV Centenario della Codificazione Giustiniana*, Pavia, 1934; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, Tomo IV, Milano, 1979; BONFANTE, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987; BRINZ, VON, A., «Der Begriff obligatio», *ZPORG*, 1874; BURDESE, A., «Promesse del fatto altrui e stipulazioni a favore di terzi», *LABEO* 3 (1957); COUDERT, J., *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957; EISELE, F., «Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationem», *ZSS* 13 (1892) y *ZSS* 18 (1897); FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 8ª edición, Madrid, 2017; LAVAGGI, G., «Iniuria e obligatio ex delicto», *SDHI* 13-14 (1947-48); MAJELLO, U., *L'interesse dello stipulante nell contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962; PASTORI, F., *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1985; PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*, vol. II, Roma, 1928; RATTI, U., «Il resarcimiento del danno nel diritto giustiniano», *BIDR* 40 (1932); SCHULZ, F., *Derecho romano clásico* (traducción J. Santa Cruz), Barcelona, 1960; VAZNY, I., «Il problema generale dei contratti a favore di terzi nel diritto romano», *BIDR* 40 (1932); VOICI, P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939; VOICI, P., *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette)*, Milano, 1969; WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, tomo II (traducción de C. Fadda-P.E. Bensa), Torino, 1930. ZIMMERMANN, R. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (traducción de T. Weir), Cape Town, 2000.

---

<sup>96</sup> Art. 1257.I CC: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley». El párrafo II, como se adelantó, reconoce el contrato a favor de terceros.



## CAPÍTULO III

### EL OBJETO DE LA *OBLIGATIO*: LA PRESTACIÓN

**Sumario:** 1. Sentidos de la prestación: *dare, facere, praestare*. 1.1. Concepto y significado. 1.2. *Dare*. 1.3. *Facere*. 1.4. *Praestare*. 2. Requisitos de la prestación. 2.1. Licitud (moral o jurídica). 2.2. Determinación o determinabilidad. 2.3. Posibilidad (natural o jurídica). 2.4. Patrimonialidad. 3. Modalidades de *obligatio* según su objeto. 3.1. Genéricas y específicas. 3.2. Obligaciones divisibles e indivisibles. 3.3. Obligaciones alternativas y facultativas. Indicación bibliográfica.

#### 1. SENTIDOS DE LA PRESTACIÓN: *DARE, FACERE, PRAESTARE*

**1.1. Concepto y significado.** En general, la prestación en Roma será la conducta o comportamiento concreto que deba llevar a cabo el deudor hacia el acreedor. Es decir, entendida como el elemento objetivo de la obligación –en tanto que actividad u objeto– consiste en el comportamiento que el deudor debe mantener frente al acreedor según el tipo y la configuración concreta del vínculo jurídico obligatorio entre ellos.

Esta actividad que deberá desplegar el deudor es la prestación, o de manera más simple, el objeto de la obligación es la prestación<sup>97</sup>. Existen en Roma tres de manifestarse la prestación, pudiendo consistir, según la clase de obligación, en *dare, facere* o *praestare*<sup>98</sup>.

**1.2. *Dare*.** En las fuentes romanas, el término *dare* suele indicar la transferencia de la propiedad (*dare rem*)<sup>99</sup> al acreedor de un bien, o puede significar, además, la constitución de un derecho real<sup>100</sup>. Algunos autores creen que pudo ser el origen que dio lugar a la posterior elaboración de los otros tipos de prestación<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, Tomo II, Padova, 1960, pp. 33-34.

<sup>98</sup> GAYO, *Instit.*, 4.2; *Digesto* 19.1.13.6; *D.* 38.1.37; *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* 22. Art. 1088 CC: «Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa».

<sup>99</sup> GAYO, *Instit.*, 2.204; 3.90; 4.4; *Digesto* 7.37; *D.* 22.1.4 pr; *D.* 32.29.3; *D.* 45.1.2.1; *D.* 45.1.75.10; *D.* 45.1.91 pr; *D.* 50.17.167 pr.

<sup>100</sup> *Digesto* 7.1.3 pr; *D.* 7.7.5.

<sup>101</sup> PASTORI, F., *Elementi di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1990, p. 27. En general, cualquier clase de trabajo o actividad se comprenderá dentro del *facere* y no en

La transferencia de la propiedad puede recaer sobre una cosa específica, sobre una cosa genérica o una suma de dinero y supone que se entregue sin vicio alguno sobre lo que se entrega, es decir, que sea plena y no corra el peligro de estar sometida a condición resolutoria o pueda ser reclamada por un tercero<sup>102</sup>.

En cuanto a la constitución de un derecho real que, en la mayoría de los casos, consistirá en una servidumbre<sup>103</sup>, la obligación no se considera cumplida hasta que el derecho real quede válidamente constituido y el acreedor pueda ejercer su derecho<sup>104</sup>.

**1.3. *Facere*.** Con el término *facere* suele hacerse referencia a todo aquello que implica la realización de un acto positivo. Es, en este sentido, el que nos hace comprender la expresión muy utilizada en el procedimiento formulario «*quidquid dare facere oportet*». Así, con la palabra *facere* se pueden indicar distintos tipos de actos u operaciones como: devolver, dar, pagar, contar, juzgar, andar<sup>105</sup>.

Pero además, *facere*, interpretado en sentido amplio<sup>106</sup>, podría comprender incluso aquellas actuaciones en que consiste el *dare*, aunque, tanto en el *Digesto* como en las *Instituta* de Justiniano, encontramos textos que limitan el alcance de este término, diferenciándolos de forma expresa<sup>107</sup>.

Pero además, el objeto de la prestación podría consistir en un *non facere*, lo que supondría la abstención por parte del deudor de realizar cualquier actividad, exigiéndose por el acreedor la simple inactividad

el *dare*; aunque sí podrían plantearse excepciones a tal posibilidad –según ULPIANO– recogidas en las propias fuentes. GAYO, *Instit.*, 4.112; *Digesto* 7.8.12.1; *D.* 14.6.1 pr; *D.* 38.15.2.2; *D.* 49.1.17; *D.* 49.1.19.

<sup>102</sup> *Digesto* 12.6.63; *D.* 19.1.3; *D.* 22.1.4 pr; *D.* 30.45.1; *D.* 30.71.1; *D.* 31.66.6; *D.* 45.1.2.1; *D.* 45.1.83.6; *D.* 45.1.91 pr; *D.* 46.3.20; *D.* 46.3.33 pr; *D.* 46.3.38.3.

<sup>103</sup> *Digesto* 7.1.3 pr; *D.* 33.2.29; *D.* 45.1.56.6; *D.* 45.1.126.1; *D.* 45.1.136.1.

<sup>104</sup> TALAMANCA, M., «Obbligazioni», *ED* 15 (1966), p. 30. Algunos autores, incluyen en el vocablo *dare* otras actividades como las contempladas en *Digesto* 45.1.2 pr-1 ó *D.* 45.1.85. GARCÍA-GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones*, 9ª edición, Madrid, 2000, pp. 469-450; PASTORI, F., *Elementia...* cit., pp. 23-24.

<sup>105</sup> *Digesto* 50.16.175-176; *D.* 50.16.218.

<sup>106</sup> *Digesto* 45.1.2.5: «*Item si in facto sit stipulatio...*»; *D.* 45.1.4.1; *D.* 45.1.71; *D.* 45.1.72 pr (sospechoso de interpolación); *D.* 45.1.75.7; *D.* 50.16.176.

<sup>107</sup> GAYO, *Instit.*, 4.60; 4. 131 a); 4. 136; *Instituta* 3.15.7; *Digesto* 45.1.2 pr. Así, *facere* podría consistir entre otras cosas, en una *fossam fodiri, domum aedificari*. *D.* 45.1.75.7 (= *Digesto* 45.1.72 pr); FERRINI, C., *Manuale di pandette*, Milano, 1953, pp. 409 y 413.

que, en algunos casos, no llegará a ser tan absoluta<sup>108</sup>.

**1.4. Praestare.** El término latino *praestare*<sup>109</sup> es más difícil de precisar que los otros dos anteriores, habiendo sido objeto de polémica que *praestare* pudiera representar, junto a ellos, el objeto de la prestación, pues numerosos textos de las fuentes solo citan *dare* y *facere* como tales<sup>110</sup>, sin que incluyan *praestare*, aunque otros muchos sí lo incluyen<sup>111</sup>.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina lo considera como tercer elemento<sup>112</sup>. El término *praestare*, según BERGER, aparece en la definición de *obligatio* y cubre cualquier responsabilidad del deudor más allá de la obligación principal de dar o hacer<sup>113</sup>.

En general, se trata de un término flexible que se aplica en la época clásica en muy diversas situaciones y que tiene mucho que ver con su significado etimológico de garantizar, fiar (*praes stare*).

Por tanto, según esta concepción, el deudor se compromete a conseguir un resultado determinado o asumir una responsabilidad concreta: *praestare custodiam* (asegurar la vigilancia o guarda de un objeto), *praestare culpam/dolum* (ser responsable de sus hechos y del dolo), *praestare periculum* (soportar el riesgo)<sup>114</sup> y referido a la entrega de un bien sin traspasar

<sup>108</sup> *Instituta* 3.15.7; *Digesto* 8.3.33; *D.* 10.2.25.12; *D.* 45.1.2.5; *D.* 45.1.38 pr; *D.* 45.1.38.12; *D.* 45.1.38.13-14; *D.* 45.1.49.1; *D.* 45.1.50 pr; *D.* 45.1.75.7; *D.* 45.1.75.7. En determinados casos no es exactamente del todo una *inactividad o abstención* lo que se pide en un *facere*, como vemos, por ejemplo, en los siguientes textos: *Digesto* 45.1.83 pr; *D.* 45.1.85.3; *D.* 45.1.111; *D.* 45.1.131 pr; *D.* 45.1.133; *D.* 50.16.189.

<sup>109</sup> *Digesto* 44.7.3 pr: «*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*»; GAYO, *Instit.*, 4.2. Un trabajo interesante por su precisión sobre el término *praestare*, es el de MAYR, VON, R., «Praestare», *ZSS* 42 (1921), p. 198-227; PASTORI, F., *Concetto e struttura...* cit., pp. 162-168.

<sup>110</sup> *Digesto* 45.1.2. pr; GAYO, *Instit.*, 2.213; 4.2 y 4.41.

<sup>111</sup> *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, 22.32; GAYO, *Instit.*, 4.2, *Digesto* 21.2.31.

<sup>112</sup> Sin perjuicio de la existencia de otras opiniones minoritarias en contra (así, por ejemplo, la que considera que el término *praestare* designa el objeto de los negocios de buena fe, o como una forma de designar la prestación en la *obligatio ex delicto*, etc.); BIONDI, B., *Contrato e stipulatio*, Milano, 1953, p. 46; PASTORI, F., *Concetto e struttura...* cit., pp. 26 y ss.

<sup>113</sup> BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, New York, 1991.

<sup>114</sup> BIONDI, B., *op. cit.*, p. 326. *Digesto* 13.6.5.14; *D.* 18.4.4; *D.* 18.4.13; *D.* 19.1.11.7-8; *D.* 19.4.2; *D.* 21.2.31; *D.* 21.2.74.3; *D.* 21.3.78.3.

so de la propiedad sino con una función de garantía<sup>115</sup>.

## 2. REQUISITOS DE LA PRESTACIÓN

Tratada la prestación como objeto de la obligación, ésta, a su vez, ha de reunir unas cualidades necesarias para ser reconocida y amparada por el Derecho que se estudian a continuación.

**2.1. Licitud (moral o jurídica).** Inicialmente tuvo este término connotaciones referentes a la inmoralidad o ir contra las buenas costumbres (*boni mores*)<sup>116</sup>. Pero también podía referirse a la legalidad de la prestación<sup>117</sup>, identificable de manera objetiva, frente a la licitud moral más difusa y cambiante y de eminente carácter subjetivo.

Así, no puede constituir el objeto de una obligación un hecho ilegal, es decir, reprobado por la ley<sup>118</sup>, ya que, por estar al margen de ésta, no puede formar parte del Derecho o ser un requisito del mismo<sup>119</sup>.

Resulta esencial no confundir el hecho ilícito con que su realización sea legalmente imposible como, por ejemplo, la *datio* de un templo (*res divini iuris*). El hecho ilícito puede realizarse aun siendo contrario a la ley (robo, asesinato) y puede venir referido bien al contenido de la obligación o prestación ilícita<sup>120</sup>, bien a la función del negocio.

En el primer caso, la ilicitud según el *ius civile*, afecta directamente a la prestación conllevando la nulidad del acto y, por tanto, la no producción de efectos. Sin embargo, la cuestión de la licitud o no de los intereses o función del negocio pertenecerá al Derecho honorario y sólo resul-

<sup>115</sup> Si bien, esa asunción de garantía que designa el término *praestare* ha de ser siempre en el caso de que no forme parte del contenido de una obligación de *dare* o de *facere*. TALAMANCA, M., *Obbligazioni...* cit., p. 29.

<sup>116</sup> *Digesto* 28.7.15; D. 45.1.35.1.

<sup>117</sup> GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenutto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, pp. 70 y 84; BETTI, E., *Istituzioni...* cit., p. 47. También en relación con la ilicitud jurídica se sitúa KASER, M., *Das römische Privatrecht II* (traducción de J. Santa Cruz, 1968), München, 1975, p. 338.

<sup>118</sup> El art. 1271.I y III CC se refiere a la licitud: «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras». Se completa, además con este párrafo III: «Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».

<sup>119</sup> *Codex* 2.3.6; *Digesto* 45.1.26-27; D. 45.1.123.

<sup>120</sup> *Digesto* 12.6.26 pr. Así, por ejemplo, la promesa de pagar intereses más allá de lo permitido por la ley: D. 12.6.26 pr; D. 22.1.9; D. 22.1.29; *Codex* 4.2.8; C. 4.32.8.

tarán nulas *ope exceptionis*<sup>121</sup>.

**2.2. Determinación o determinabilidad.** Con este requisito<sup>122</sup>, se trata de indicar que toda prestación ha de estar determinada o haberse dejado sentadas, al menos, las bases para la ulterior determinación de sus elementos<sup>123</sup>, siempre que tal incertidumbre no sea excesiva<sup>124</sup>.

La determinación puede llevarse a cabo incluso, por un tercero<sup>125</sup>. Por tanto, tal y como indica MARCELO, la prestación de una obligación no puede ser del todo indeterminada o indeterminable porque ello conllevaría la nulidad de la obligación<sup>126</sup>.

Pero puede designarse el objeto de la prestación y también su estimación *arbitrio boni viri* o simple decisión de un tercero<sup>127</sup>, circunscrito al ámbito de los *bonae fidei iudicia*.

Una forma particular de manifestarse la existencia de obligaciones indeterminadas se hallaría en el caso de la obligación alternativa<sup>128</sup> en que, como describe JULIANO, se debe cumplir una de entre las varias prestaciones a elección por una persona determinada, normalmente el deudor<sup>129</sup>, aunque no siempre.

Hasta entonces, en estos casos, la obligación consistiría en un *incertum*<sup>130</sup>. Las prestaciones sí estarían determinadas, en el sentido de que se sabe que a través de una de ellas se extingue la obligación, siendo indeterminado cuál será la escogida (normalmente por el deudor) y cuyo

<sup>121</sup> GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti...* cit., pp. 81 y ss.; VOICI, P., *Le obbligazioni romane (corso di Pandette)*, Milano, 1969, pp. 172 y ss.; 185 y ss.

<sup>122</sup> GAYO, *Instit.*, 3.140-143; *Digesto* 17.2.76.

<sup>123</sup> BETTI, E., *Istituzioni...* cit., p. 54.

<sup>124</sup> El art. 1273 CC exige el requisito de la determinación de la prestación: «El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes».

<sup>125</sup> VOICI, P., *Le obbligazioni...* cit., pp. 190-207 y 210 y ss.

<sup>126</sup> *Digesto* 13.4.5; *D.* 23.3.71 pr; *D.* 45.1.94; *D.* 45.1.95; *D.* 45.1.115 pr.

<sup>127</sup> KASER, M., *Das römische Privatrecht...* cit., p. 338. *Digesto* 17.2.75; *D.* 17.2.78; *D.* 17.2.76; *D.* 17.2.77; *D.* 17.2.79; *D.* 17.2.80; *D.* 18.1.7 pr; *D.* 45.1.76; *D.* 45.1.141 pr; *D.* 45.1.141.1; *D.* 50.17.22.1; *Codex* 4.38.15; *C.* 5.11.3.

<sup>128</sup> Llamadas en Roma *disiunctive stipulationes*: *Digesto* 35.1.78.1; *D.* 45.1.63.

<sup>129</sup> *Digesto* 40.9.5.2. *Vid.* *D.* 42.1.6.1; *D.* 45.1.128.

<sup>130</sup> La obligación consiste en un *certum* cuando la elección corresponde al acreedor o cuando el objeto está perfectamente definido según su cantidad y calidad.

cumplimiento supondrá la extinción de la obligación<sup>131</sup>.

Ahora bien, mediante pacto especial –puesto que no es la regla general– POMPONIO nos indica que la elección de la prestación a cumplir puede concederse al acreedor<sup>132</sup>.

**2.3. Posibilidad (natural y jurídica).** Este requisito viene a exigir que toda prestación de una obligación haya de ser posible<sup>133</sup>. Es decir, que la misma pueda realizarse por el ser humano y esté encuadrada en la realidad jurídica de un estado concreto<sup>134</sup> de manera que si resultara imposible, la obligación sería nula<sup>135</sup>.

Este principio general lo recoge CELSO: «*Impossibilium nulla obligatio est*»<sup>136</sup>. Principio general que admitirá excepciones y que abarcará diferentes aspectos<sup>137</sup> tales como: imposibilidad absoluta, relativa<sup>138</sup>, originaria<sup>139</sup>, sucesiva o sobrevenida<sup>140</sup>, permanente o total<sup>141</sup>, parcial<sup>142</sup>, tempo-

<sup>131</sup> *Digesto* 12.6.26.13; *D.* 19.1.21.6; *D.* 30.84.9; *D.* 45.1.138.1.

<sup>132</sup> *Digesto* 30.75.3; *D.* 45.1.112 pr.

<sup>133</sup> FERRINI, C., *Manuale...* cit., pp. 448 y ss.

<sup>134</sup> VOCI, P., *Le obbligazioni...* cit., p. 126.

<sup>135</sup> En el mismo sentido se pronuncia el vigente artículo 1272 CC al disponer que: «No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles».

<sup>136</sup> *Digesto* 50.17.185. En este mismo sentido: *D.* 45.1.137.5; *D.* 50.17.31; *D.* 50.17.135; *D.* 50.17.182; *D.* 50.17.188 (imposibilidad física).

<sup>137</sup> VOCI, P., *Le obbligazioni...* cit., pp. 127-128.

<sup>138</sup> GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenutto e requisiti...* cit., pp. 43 y ss. Distinción según parece ya contemplada por los juristas romanos: *Digesto* 45.1.137.4-5. Denominadas estas por BETTI, *objetiva y subjetiva* respectivamente.

<sup>139</sup> Sería el caso, por ejemplo, del *dies impossibilis* y se trataría de un supuesto de imposibilidad absoluta. Aquí se comprenderán casos en que el término de la obligación se fijara en el día 390 del año nuevo o en la hora 30 de un día cualquiera. El tema del *dies impossibilis* lo trata GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenutto e requisiti...* cit., pp. 43 y ss.

<sup>140</sup> La imposibilidad sobrevenida puede consistir en que, inicialmente, se obliga un sujeto a entregar algo *-dare-* que, posteriormente, deviene imposible (*Digesto* 44.7.1.4; *D.* 45.1.37). En las fuentes, esta imposibilidad puede afectar tanto a la entrega de la cosa específica *-incluyendo aquí los casos de imposibilidad material, por ejemplo, si el objeto deviene extra commercium-* como de cosa genérica, si bien en este último caso se considera que no sería una imposibilidad definitiva sino temporal *-Digesto* 45.1; *D.* 46.3.72.4; *Codex* 4.2– sin que se extinga la obligación; sino que la prestación sufrirá un retraso en el tiempo, pues puede seguir siendo posible su cumplimiento aunque inexigible temporalmente *-Digesto.* 30.53.5; *D.* 34.2.12; *D.* 45.1.83.5; *D.* 46.3.98.8 –casos de compensación por extinción culpa del deudor–. GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenutto e requisiti...* cit., pp. 50 y ss., 216 y 257.

<sup>141</sup> *Digesto* 8.4.4; *D.* 18.4.7-8; *D.* 18.4.9-10.



ral o transitoria<sup>143</sup>, física o de hecho<sup>144</sup>, jurídica o de derecho<sup>145</sup>.

Distinción esta última, que los propios romanos no tenían muy clara como lo atestiguan MODESTINO<sup>146</sup> y GAYO<sup>147</sup> quienes, tras citar diferentes ejemplos de ambas clases, los mezclan.

Pero parece conveniente –siguiendo a POMPONIO–, también hacer una distinción previa entre *imposibilidad* y *dificultad*<sup>148</sup>, ya que, en líneas generales, la palabra *dificultad* alude a un criterio subjetivo del cumplimiento de la prestación de la obligación por el deudor y no a la imposibilidad objetiva de cumplimiento. Por tanto, para que exista imposibilidad de la prestación de la relación obligatoria es necesario que ésta lo sea por sí misma<sup>149</sup>.

Por ello, habrá imposibilidad –y, por ello, nulidad de la obligación– siempre que ésta no pueda realizarse porque tal actividad sea imposible, objetivamente considerada<sup>150</sup>.

La *imposibilidad física o natural*, puede definirse como «aquella que recae sobre un objeto que no existe *in rerum natura* bien por la propia naturaleza y limitación de las cosas no pudiendo llegar a existir en ningún momento bien porque carece actualmente de existencia»<sup>151</sup>, pues resulta imposible la entrega de algo que no puede existir o no existe ya.

La *rerum natura* es la realidad objetiva e inmutable y necesaria de las cosas, el mundo corporal preexistente a cualquier regulación jurídica y que a toda regla jurídica se impone de modo necesario<sup>152</sup>. Pero además, podría suceder que la prestación fuera actualmente imposible, pero no

<sup>142</sup> *Digesto* 18.1.57; *D.* 18.1.58.

<sup>143</sup> *Digesto* 32.79.2; *D.* 45.1.83.5; *D.* 45.1.91.1; *D.* 46.3.98.8.

<sup>144</sup> GAYO, *Instit.*, 3.97-97 a) (ejemplo de la entrega de cosa inexistente *in rerum natura*: la entrega de un hipocentauro); GAYO, *Ep.* 2.9.5; *Instituta* 3.19.1-2; *Digesto* 44.7.1.9; *D.* 45.1.35 pr; *D.* 45.1.97 pr.

<sup>145</sup> GAYO, *Instit.*, 3.97-99; *Digesto* 11.7.8; 18.1.4; *D.* 18.1.6; *D.* 18.1.22; *D.* 18.1.34; *D.* 18.1.62; *D.* 18.4.8; *D.* 41.2.30; *D.* 45.1.82 pr; *D.* 45.1.83.5; *D.* 45.1.103. KASER, M., *Das römische Privatrecht... cit.*, p. 338.

<sup>146</sup> *Digesto* 45.1.103.

<sup>147</sup> *Instit.*, 3.97-99.

<sup>148</sup> *Digesto* 19.1.55.

<sup>149</sup> GAYO *Instit.*, 3.98; *Digesto* 30.39.7; *D.* 45.1.34; *D.* 45.1.137.5; *D.* 45.1.2.2.

<sup>150</sup> GAYO, *Instit.*, 3.97; *Digesto* 19.1.55.

<sup>151</sup> *Digesto* 45.1.35 pr; *D.* 45.1.69; PASTORI, F., *Elementi... cit.*, pp. 29-30.

<sup>152</sup> *Digesto* 41.2.3.5.

así en el futuro<sup>153</sup>. Lógicamente, aquí también la obligación deviene nula desde el principio<sup>154</sup>.

PAULO razona la nulidad de las citadas estipulaciones porque no pueden ser susceptibles de obligación en el tiempo presente; comprendiéndose únicamente en la obligación las cosas que por su naturaleza son posibles, no esperándose –de acuerdo con el Derecho civil o natural– la desgracia o adversa fortuna del hombre libre<sup>155</sup>. Tal jurista se basa en la diferencia entre la estipulación de cosa genérica<sup>156</sup> y la estipulación de cosa específica.

La *imposibilidad jurídica* se define como la causa de nulidad de una obligación basada<sup>157</sup>, no en la inexistencia actual o definitiva del objeto de la prestación –*imposibilidad física*–, sino en la imposibilidad de cumplimiento por el deudor debido a que la ley se lo impide: por ejemplo, la *datio* de una *res divini iuris*; o de una *res publica*, etc.

Sin embargo, si la ejecución de una cosa es posible –física y jurídicamente– para el deudor, será válida la prestación por muy grande que sea la dificultad en su cumplimiento. Es decir, la *imposibilidad subjetiva* será, por tanto, irrelevante<sup>158</sup>.

Pero, además, la prestación puede ser imposible originariamente<sup>159</sup> o de forma sobrevenida. En cuanto al primer caso, no hay ningún género de dudas de la imposibilidad de adquirir determinados bienes no por su propia naturaleza pero sí por una limitación de carácter jurídico –como es el caso de la *res extra commercium* o de carácter físico o natural, como

<sup>153</sup>Aquí se ponen varios ejemplos, como el de la estipulación de una cosa sagrada o religiosa o un hombre libre, aunque la cosa sagrada se pueda hacer profana y de libre uno puede hacerse esclavo. *Digesto* 18.1.34.2; *D.* 45.1.98 pr.

<sup>154</sup>*Digesto* 45.1.83.5.

<sup>155</sup> El hombre libre y la cosa sagrada o pública en donde no es natural ni civilmente esperable que devengan esclavo, profana o privada la cosa objeto de estipulación.

<sup>156</sup> Poniéndonos el ejemplo del caso del vino al que hay que esperar a que se haga para que se nos entregue, es decir, no siendo la entrega efectiva del mismo posible en esos momentos pero sí al cabo de un tiempo.

<sup>157</sup>*Digesto* 45.1.29.1; *D.* 45.1.82 pr; *D.* 45.1.98 pr.

<sup>158</sup>*Digesto* 45.1.137.5. En estos mismos términos encontramos un texto de PAULO, *D.* 19.1.55, en relación, en este caso, con la compra de un esclavo en poder del enemigo, con igual solución que en el caso anterior de validez de la compra o estipulación concluidas en estos términos.

<sup>159</sup>*Instituta* 3.19.1; *Digesto* 18.1.6; *D.* 45.1.83.7; *D.* 45.1.97 pr.

refiere PAULO a la estipulación de un esclavo muerto<sup>160</sup>—.

Respecto de la imposibilidad sobrevenida, se trata de un caso en el que celebrado válidamente el negocio jurídico, se produce algún evento posterior que condiciona —no necesariamente de manera definitiva— el cumplimiento normal de la prestación y la propia validez del negocio jurídico que, si deviniera imposible de realizar, conllevaría su nulidad.

**2.4. Patrimonialidad.** La doctrina romanística ha denominado a este requisito de múltiples formas<sup>161</sup> sin llegar a otorgarle un término unitariamente aceptado. Así, es fácil encontrar autores que se refieren a la patrimonialidad como ventaja pecuniaria favorable al acreedor<sup>162</sup>, interés valorable en dinero o interés pecuniario<sup>163</sup>, prestación patrimonial o convertible económicamente<sup>164</sup>, etc. En fin, se trata de un término de significados muy controvertidos y, en algún caso, escasamente precisos.

En general, cabe entender por patrimonialidad aquello perteneciente a un patrimonio sujeto a un tráfico comercial y, por ello mismo, susceptible o valorable en dinero. Así entendido, tanto la prestación como el interés patrimonial<sup>165</sup>, representarían aquello que al acreedor le interesa que se haga o realice, es decir, le motiva, con independencia de su propio trasfondo económico<sup>166</sup> que no deja de ser una cualidad más de los bienes —corporales o incorporales— que componen el patrimonio.

PAULO entendería, no sólo el dinero como tal sino, además, cualquier otra cosa que se comprendiera en el patrimonio (objetos, derechos, etc.)<sup>167</sup>. El término *pecunia* para el citado jurista, es muy reducido en este sentido, siendo válida la acepción que le otorga ULPIANO: «...*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*»<sup>168</sup>; com-

<sup>160</sup> *Digesto* 45.1.83.7.

<sup>161</sup> GROSSO, G., *Obbligazioni Contenutto e requisiti...* cit., pp. 145 y ss.; VOCI, P., *Le obbligazioni...* cit., pp. 229 y ss.

<sup>162</sup> KASER, M., *Das römische Privatrecht...* cit., p. 339.

<sup>163</sup> GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenutto e requisiti...* cit., p. 145.

<sup>164</sup> PASTORI, F., *Elementi...* cit., pp. 30 y 229 y ss.; VOCI, P., *Le obbligazioni...* cit., p. 229; BETTI, E., *Istituzioni...* cit., pp. 40 y 58.

<sup>165</sup> Aunque el Código civil español vigente no menciona, ni exige, el carácter patrimonial de la prestación, lo cierto es que este requisito se deduce de su artículo 1911.

<sup>166</sup> Son también significativas las diferentes interpretaciones que del término *pecunia* se encuentran en las propias fuentes. En el texto del *Digesto* 40.7.9.2, con la palabra *pecunia*, se está refiriendo a liquidez, dinero líquido.

<sup>167</sup> *Digesto* 50.16.5 pr.

<sup>168</sup> *Digesto* 40.7.9.2.

prendiendo derechos y bienes diferentes al dinero, en el término *patrimonio*, ya que esa ventaja de carácter económico es un elemento más del propio bien patrimonial, pero no el único.

La apreciación económica o pecuniaria de un bien es tan sólo un rasgo más y, por ello, integrado en el patrimonio pero, en ningún caso, equivalente en plenitud al mismo en el sentido de que ese valor pudiera absorber el total de cualidades que posee o representa el bien.

Este requisito, ha suscitado gran polémica doctrinal a partir del siglo XIX cuando los juristas pertenecientes a la Escuela Histórica, encabezados por SAVIGNY, consideraban que el Derecho romano exigía que la prestación de la obligación, para que fuera válida, debía tener un contenido o carácter patrimonial, en el sentido de valoración económica, privando de cualquier eficacia jurídica toda obligación que careciera de tal dimensión, apoyando su afirmación en el texto citado de ULPIANO.

Frente a ellos, reaccionó IHERING, seguido inmediatamente después por WINDSCHEID, para quienes bastaba que la obligación se fundamentara en un interés o hecho digno de ser protegido jurídicamente, para que tuviera esa relevancia, con independencia de su dimensión económica o no pudiendo, el interés afectivo, el valor moral o espiritual, el cultural<sup>169</sup>, etc.; constituir parte de la obligación, como sucedería, por ejemplo, en el pacto entre arrendador y arrendatario consistente en que el segundo no introduzca animales en la casa.

Así, se seguirá polemizando en favor de una u otra postura<sup>170</sup> hasta que, partiéndose de los estudios de SCIALOJA<sup>171</sup>, entre otros, se comienza a diferenciar entre la patrimonialidad de la prestación y la patrimonialidad del interés del acreedor<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> Especial interés sobre este particular presenta la obra de CIAN, G., «Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione», *Rivista di Diritto Civile* 14 (1968) 1.

<sup>170</sup> Véase HELLWIG, K., «Ueber die Grenzen der Vertragmöglichkeit», *Archiv für Civilistische Praxis* 86 (1896), partidario de la patrimonialidad de la prestación y PEROZZI, S., «Le Obbligazione Romane», *Scritti Giuridici, II*, Milano, 194.; en favor de la postura mantenida por IHERING, VON, R., *Estudios jurídicos* (traducción de A. González), Buenos Aires, 1978, y WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, Tomo II (traducción de C. Fadda-P.E. Bensa), Torino, 1930.

<sup>171</sup> SCIALOJA, V., *Diritto delle obbligazioni*, Pavia, 1906-07, p. 42.

<sup>172</sup> ALBERTARIO, E., «Ancora sulla pecuniarietà dell'interesse nelle obbligazioni», *Studi di Diritto Romano*, VI, Milano, 1953, cit., p. 256. Ver también: BETTI, E., *La Struttura...* cit., pp. 31 y 192 (= *Istituzioni...* cit., pp. 40 y 57-62); BONFANTE, P., *Istitu-*

Ese carácter patrimonial de la prestación se encuentra avalado por las fuentes romanas<sup>173</sup> y se encuentra protegido por el Derecho romano, en su más amplia dimensión, incluyendo intereses no económicos pero socialmente reconocidos y considerados dignos de protección que recaen sobre la propia prestación tales como la afección, aunque reconducibles a una suma de dinero.

El requisito de la patrimonialidad, en suma, es un requisito que va implícitamente unido a la idea de prestación, si bien, no en plano de igualdad con los tres anteriormente vistos: licitud, posibilidad y determinación o determinabilidad.

La patrimonialidad juega un papel importante, pero en los casos de responsabilidad por incumplimiento daño producidos por el deudor que conllevará un perjuicio para el acreedor (material o moral) que deberá resarcirse y ahí, precisamente, es donde se desarrolla y entra plenamente en juego el carácter patrimonial de la prestación en cuanto reconducción a una cuantía económica de tal perjuicio sufrido sea éste de la naturaleza que sea y cuyo interés era socialmente digno de protección<sup>174</sup>.

### 3. MODALIDADES DE *OBLIGATIO* SEGÚN SU OBJETO

En función del objeto, las obligaciones pueden ser genéricas, específicas, divisibles, indivisibles, alternativas y facultativas.

**3.1. Genéricas y específicas.** Son obligaciones genéricas<sup>175</sup> aquellas en las que la prestación debida consiste en objetos que se determinan únicamente por su género (una oveja perteneciente a un rebaño) y son cosas fungibles. Las obligaciones específicas son aquellas que consisten en un objeto claramente determinado dentro del género al que pertenecen (la oveja negra)<sup>176</sup>.

---

*zioni...* cit., pp. 62, 67 y 307; GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenutto e requisitia...* cit., pp. 146 y 149-155; PASTORI, F., *Elementi...* cit., pp. 31-32.

<sup>173</sup> *Digesto* 45.1.95: «*Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco fieri insulam voluerit, si et ibi insulam fieri interest eius*».

<sup>174</sup> Ésta es la idea que mantiene la mayoría de la doctrina –GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenutto e requisiti...* cit., pp. 146 y ss.–; que considera que la obligación sólo puede consistir en lo que se puede liquidar y pagar en dinero: *Digesto* 40.7.9.2. SILVA, A., *La patrimonialidad de la prestación y la protección del interés no patrimonial en el derecho romano y en la dogmática jurídica moderna*, Cáceres, 2003.

<sup>175</sup> *Digesto* 45.1.37.

<sup>176</sup> A la obligación específica se refiere expresamente el art. 1095.I CC: «Cuando lo

Conviene realizar, para su mejor comprensión, una serie de consideraciones y matizaciones, respecto de las obligaciones genéricas:

1ª. Si no se establece otra cosa, será el deudor el que cumpla a través de la elección del objeto concreto que deberá entregar dentro del género. Si bien se puede pactar que sea el acreedor el que lleve a cabo esa elección.

2ª. En principio el deudor estará siempre obligado a cumplir la prestación aunque perezca, pues no se determinó ningún objeto en especial dentro de su género, sino la simple entrega de uno cualquiera, el que quiera bien el deudor o bien el acreedor. La obligación genérica no se extingue, por el principio *genus nunquam perit* (el género nunca perece) salvo que desaparecieran todos sus componentes, puesto que siempre habrá más género con el que cumplir. En el caso de las obligaciones específicas, si el objeto perece fortuitamente (sin culpa del deudor), se extinguiría la obligación.

3ª. En el caso de corresponder la elección al deudor (*ius electionis*), si bien en la época clásica el deudor, puede entregar cualquier cosa que se comprenda dentro del género acordado, en el Derecho justiniano, sin embargo, el objeto que se deba entregar<sup>177</sup>, también a elección del deudor, será de calidad media, es decir, se va a exigir que no sea algo extremadamente bueno, pero tampoco que entregue un objeto de calidad baja<sup>178</sup>.

**3.2. Obligaciones divisibles e indivisibles.** Serán divisibles aquellas prestaciones cuyo cumplimiento o realización pueda ser fraccionada en partes sin que pierdan su propia naturaleza o valor (el pago de una suma de dinero o de una serie de botellas de vino), de lo contrario serían indivi-

---

que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1101, puede compeler al deudor a que realice la entrega»; precepto completado por el art. 1166 CC: «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida», y finalmente, por el importantísimo art. 1167 CC: «La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados».

<sup>177</sup> *Digesto* 21.1.18 pr.

<sup>178</sup> Este principio se mantiene, casi intacto, como tantos otros del Derecho romano, en el vigente art. 1167 CC, según el cual: «Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior».

sibles (realizar una obra de teatro o tocar una pieza musical)<sup>179</sup>.

En general puede decirse que no hay una regla general para determinar si un *dare* o un *facere* es divisible o indivisible, sino que más bien había que atenerse a la propia naturaleza del objeto<sup>180</sup>.

**3.3. Obligaciones alternativas y facultativas.** Las alternativas<sup>181</sup> son aquellas obligaciones en las que el deudor (o, en ocasiones, el acreedor)<sup>182</sup> tiene la opción de elegir para cumplir entre dos o más prestaciones (por ejemplo, ¿prometes darme 100 sestercios o el esclavo Ticio?) extinguiéndose la obligación cuando el deudor cumpla una de las prestaciones prometidas<sup>183</sup>. En el hipotético caso de que se destruyeran los objetos, subsistirá la obligación siempre que subsista alguna de las opciones y no perezcan todas (por caso fortuito o culpa del acreedor) estando el deudor obligado<sup>184</sup>.

Las obligaciones facultativas<sup>185</sup>, por su parte, son aquellas en las que el objeto de la obligación es una prestación determinada pero el deudor puede liberarse de la obligación cumpliendo otra distinta (por ejemplo, el *pater* que debe indemnizar a un vecino por los daños ocasionados por su esclavo, podría extinguir la obligación entregándolo en *noxal*).

<sup>179</sup> *Digesto* 45.1.2.

<sup>180</sup> El artículo 1151 CC las define de manera expresa: «se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial. Las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial. En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular». Como novedad, se incluyen las obligaciones de no hacer.

<sup>181</sup> *Digesto* 28.7.5.

<sup>182</sup> En ocasiones la elección puede corresponder a un tercero, denominándose obligación condicional que no llegará a existir hasta que el tercero haya realizado la elección. Si por el motivo que fuera, finalmente no la llevara a cabo, la obligación sería nula. ARIAS, J.-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, Madrid, 1979, pp. 572.

<sup>183</sup> El art. 1131 CC se refiere a las obligaciones alternativas centrándose en el deber del deudor: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra».

<sup>184</sup> Art. 1135 CC: «El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieran desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta».

<sup>185</sup> *Digesto* 36.2.19 pr.

En este caso, si el objeto principal pereciese fortuitamente la obligación se extinguiría porque no hay varias opciones, sólo hay un objeto *in obligatione* aunque pueda haber varios *in solutione*<sup>186</sup>.

#### INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ALBERTARIO, E., «Ancora sulla pecuniarietà dell'interesse nelle obbligazioni», *Studi di Diritto Romano*, VI, Milano, 1953; ARIAS, J.-ARIAS, J.A., *Derecho romano*, Madrid, 1979; BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, New York, 1991; BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, Tomo II, Padova, 1960; BIONDI, B., *Contrato e stipulatio*, Milano, 1953; CIAN, G., «Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione», *Rivista di Diritto Civile* 14 (1968) 1; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones*, 9ª edición, Madrid, 2000; FERRINI, C., *Manuale di pandette*, Milano, 1953; GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966; HELLWIG, K., «Ueber die Grenzen der Vertragmöglichkeit», *Archiv für Civilistische Praxis* 86 (1896); IHERING, VON, R., *Estudios jurídicos* (traducción de A. González), Buenos Aires, 1978; KASER, M., *Das römische Privatrecht* II (traducción de J. Santa Cruz, 1968), München, 1975; MAYR, VON, R., «Praestare», *ZSS* 42 (1921); PASTORI, F., *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1985; PASTORI, F., *Elementi di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1990; PEROZZI, S., «Le Obbligazione Romanæ», *Scritti Giuridici*, II, Milano, 1948; SCIALOJA, V., *Diritto delle obbligazioni*, Pavia, 1906-07; SILVA, A., *La patrimonialidad de la prestación y la protección del interés no patrimonial en el derecho romano y en la dogmática jurídica moderna*, Cáceres, 2003; TALAMANCA, M., «Obbligazioni», *ED* 15 (1966); VOCI, P., *Le obbligazioni romane (corso di Pandette)*, Milano, 1969; WINDSHEID, B., *Diritto delle Pandette*, Tomo II (traducción de C. Fadda P.E. Bensa), Torino, 1930.

---

<sup>186</sup> No cita el Código civil español las obligaciones facultativas, aunque la jurisprudencia las admite sin discusión: SSTs de 22 junio 1984 y de 16 diciembre 1983, entre otras.



## CAPÍTULO IV

### GARANTÍA Y REFUERZO DE LA OBLIGATIO: SPONSIO, FIDEPROMISSIO Y FIDEIUSSIO

*Sumario:* 1. Las garantías de la obligatio. 1.1. Garantía y fianza: significado. 1.2. Sponsio, fidepromissio y fideiussio. 1.3. Caracteres comunes a la sponsio y la fidepromissio. 1.4. Notas comunes a la sponsio, fidepromissio y fideiussio. 1.5. Particularidades de la fideiussio justiniana. 2. Mecanismos de refuerzo de la obligatio. 2.1. Las arras. 2.2. La cláusula penal. 2.3. El juramento. Indicación bibliográfica.

#### 1. LAS GARANTÍAS DE LA OBLIGATIO

**1.1. Garantía y fianza: significado.** En el Derecho privado, entiende por garantía, aquel mecanismo adicional mediante el cual el ordenamiento jurídico trata de asegurar el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor con el acreedor, para facilitar a éste un medio que pueda utilizar para cobrar la deuda en el caso de que el objeto de la misma resultare incumplido por parte del deudor principal.

Estas garantías pueden tener carácter personal o real. En las primeras, denominadas garantías personales, será una persona la que asegure el cumplimiento de la obligación en el caso de que el deudor principal no lo hiciera. En las segundas, llamadas garantías reales, será tratada de un determinado el que quedará sujeto al pago de aquella obligación.

En Roma se acude a la fianza<sup>187</sup> como garantía personal que afectará al patrimonio de un tercero –el fiador– y podrá revestir distintas formas o denominaciones según la época u origen, sucesivamente modificadas legislativamente por numerosos instrumentos normativos<sup>188</sup>.

Se puede definir a la fianza, de manera sencilla y clara, como aquella obligación accesoria inserta en otra principal, por la cual una persona se obliga a responder con su patrimonio de una deuda ajena no pagada.

---

<sup>187</sup> *Instituta* 3.20; *Digesto* 46.1; *Codex* 2.23; *C.* 8.40.

<sup>188</sup> Entre finales del siglo III a. C. y el año 81 a. C. se pueden citar las siguientes leyes regulando la fianza romana: *Lex Appuleia de sponsu*; *Lex Furia de sponsu*; *Lex Publilia de sponsu*; *Lex Cicereia de sponsu*; *Lex Cornelia de sponsu*. Finalmente será el Derecho justiniano el que otorgue la regulación recepcionada en Europa en la Codificación.

En la actualidad, la fianza sigue la regulación romana justinianea, siendo, también, un instrumento de *garantía personal* cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de las obligaciones de un contrato principal (de compraventa, arrendamiento, etc.); es decir, nace para que, en caso de que el deudor originario y principal (*avalado o fiado*) de las prestaciones que se derivan del contrato, no las cumpla, entonces otro sujeto (*fiador o avalista*) lo deberá hacer por él.

La *naturaleza jurídica* de la fianza tiene estas características: *a)* es un contrato; *b)* es accesorio; *c)* su función es de garantía personal; *d)* suele ser subsidiario, salvo la fianza solidaria; *e)* es unilateral, ya que, en un principio, el fiador solo asume deberes; *f)* es consensual, perfeccionándose cuando se celebra; y *g)* suele ser un negocio gratuito, salvo que se pacte una remuneración para el fiador. La naturaleza de la *garantía personal* del contrato de fianza sobre la que responden *todos los bienes* presentes y futuros de la persona del fiador, se contrapone a la *garantía real* que es propia de la hipoteca, la prenda y la anticresis, que sujetan *solo unos bienes concretos* e identificados, al pago de ciertas deudas<sup>189</sup>.

**1.2. *Sponsio, fidepromissio y fideiussio.*** La fianza se va a desarrollar y aplicar en Roma a través de tres figuras o instituciones, con sus diferencias, según las épocas. Las dos formas de fianza tempranas serán la *sponsio* y la *fidepromissio*<sup>190</sup>, seguidas, más tardíamente, de la *fideiussio*.

*a)* La *sponsio* es la institución más antigua de las tres señaladas y se constituía a través de un simple contrato verbal que únicamente podía celebrarse entre ciudadanos romanos<sup>191</sup>.

*b)* Por su parte, la *fidepromissio* (basada en la *bona fides*), consistía en una promesa y su ámbito subjetivo era mucho más amplio, al tratarse de un instrumento que podían utilizar tanto fiadores peregrinos y extranjeros, como los ciudadanos romanos<sup>192</sup>.

*c)* La tercera figura fue la *fideiussio*<sup>193</sup>, una institución que aparece en

<sup>189</sup> Cfr. ACEDO, A., *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, editorial Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2017, pp. 220-221.

<sup>190</sup> GAYO, *Instit.*, 3.115 y ss.

<sup>191</sup> PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, México D.F., 1990, pp. 358-365.

<sup>192</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano* (traducción de J. Daza), Madrid, 1991, p. 588.

<sup>193</sup> No estará sometida ni a la *Lex Apuleia* ni a la *Lex Furia* a diferencia de la *sponsio* y la *fidepromissio*.

el siglo I a. C.<sup>194</sup> y a diferencia de las dos anteriormente aludidas, sí que se transmitirá a los herederos<sup>195</sup>. Será la única que perviva en época justiniana, que introdujo el *beneficium excussionis* en favor del fiador, por el cual éste puede pedir que primero se ejecute contra el deudor principal y sola cuando este resultara insolvente, se podrá acudir contra aquél<sup>196</sup>. La fianza se llevaba a cabo a través de la celebración de una estipulación entre el acreedor y el deudor y, posteriormente, entre el acreedor y el fiador (*adpromissor*) que prometía pagar la misma cantidad que acababa de prometer el deudor principal<sup>197</sup>.

**1.3. Caracteres comunes a la sponsio y la fidepromissio.** A pesar de alguna diferencia entre ellas –la *fidepromissio* es la figura más moderna–. En todo caso, suelen señalarse algunas características comunes a ambas:

a) Tanto la una como la otra se extinguirán con la muerte de la persona que las ha asumido (no resultando transmisible a los herederos) y, en todo caso, a los dos años desde su constitución<sup>198</sup>.

b) Si hubiese varias fianzas que garantizaran la misma deuda, cada una respondería sólo de su participación proporcional en la deuda principal. El fiador que respondió por más de lo que debería tenía acción para reclamar esa parte de más<sup>199</sup>, incluso aunque uno o más fiadores fuesen insolventes.

**1.4. Notas comunes a la sponsio, fidepromissio y fideiussio.** En todo caso y, a pesar de ciertas diferencias, pueden señalarse algunos caracteres comunes a los tres diferentes tipos de fianza como son los siguientes<sup>200</sup>:

a) Todas ellas pueden constituirse por menos o igual cantidad que la suma de la deuda principal, pero nunca por más de aquel importe.

b) A partir de una constitución de Adriano (siglo I d. C.), el fiador

<sup>194</sup> GAYO, *Instit.*, 3.121.

<sup>195</sup> FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos del derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018, pp. 352-353.

<sup>196</sup> El art. 1830 CC reconoce el beneficio de excusión: «El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor».

<sup>197</sup> ARIAS, J.-ARIAS, J.A., *Derecho romano*, Madrid, 1979, p. 697.

<sup>198</sup> *Lex Furia*, 230-130 a. C.

<sup>199</sup> *Lex Apuleia*, 240-130 a. C.

<sup>200</sup> PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005, pp. 276-277.

dispondrá del *beneficium divisionis* según el cual, si hubiera más cofiadores, se puede dividir el monto total de la fianza entre todos ellos<sup>201</sup>.

c) Tras Justiniano, el fiador que paga y responde frente al acreedor, tendrá el derecho a que le sea cedida la acción que tenía el propio acreedor contra el deudor, a fin de reclamar la cantidad pagada<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> *Digesto* 46.2.12. Introducido por una *epistula Hadriani*, los fiadores dejan de serlo solidarios y pasan a ser deudores mancomunados. GUTIÉRREZ-ALVIZ, F., *Diccionario de Derecho Romano*, 4ª edición, Madrid, 1995.

<sup>202</sup> El Título XIV, Libro IV del vigente Código civil español, que comprende los artículos 1822 a 1856, desarrolla esta materia bajo el epígrafe «de la fianza» si bien la expresión «aval» tiene el mismo significado y efectos jurídicos. Según el artículo 1822 CC que fija la definición legal: «por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste». Además, «si el fiador se obligare *solidariamente* con el deudor principal» –que suele ser lo habitual–, se observará lo dispuesto en los artículos 1137 a 1148 CC para las obligaciones solidarias. La fianza puede ser de varias *clases*: a) convencional, cuando se pacta voluntariamente en un contrato; b) legal, si ordena la ley que se preste; c) judicial, que se presta ante requerimiento judicial; d) gratuita; e) a título oneroso; f) a favor del deudor principal; g) a favor de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo el deudor; h) fianza subsidiaria, que opera cuando el deudor carezca de bienes para cumplir su obligación; y i) fianza solidaria, que permite al acreedor exigir la prestación directamente al fiador, sin reclamar previamente al deudor, o a ambos. La fianza «no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella». Además, no podrá concurrir fianza de clase alguna sin que exista una obligación válida, ya sea previa, o simultánea a la constitución de dicha garantía. La fianza puede prestarse para garantizar toda clase de obligaciones, incluso en garantía de *deudas futuras*, cuyo importe no sea aún conocido; pero «no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida» (art. 1825 CC). Respecto a su alcance, «el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones», y cuando se incumpla este mandato, «si se hubiera obligado a más, *se reducirá* su obligación a los límites de la del deudor», lo que viene a reforzar el carácter subsidiario de la fianza respecto del contrato principal (artículo 1826 CC). El contenido de la *fianza simple* o indefinida, «comprenderá, no sólo la obligación principal, sino todos sus accesorios, incluso los gastos del juicio, entendiéndose, respecto de éstos, que no responderá sino de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago» (art. 1827.II). La persona que esté obligada –generalmente por mandato legal– a aportar un fiador debe presentar persona que tenga *capacidad* para obligarse y *bienes* suficientes para responder de la obligación que garantiza (art. 1828 CC). Si el obligado a dar la *fianza legal* no la hallase, «se le admitirá en su lugar prenda o hipoteca que se estime bastante para cubrir su obligación». Si el fiador viniere al estado de *insolvencia*, puede el acreedor pedir otro que reúna tales cualidades exigidas, salvo el caso de haber exigido y pactado el acreedor que se le diera por fiador una *persona determinada* (art. 1829 CC). ACEDO, A., *Derecho de contratos...*, cit., pp. 220-222.

**1.5. Particularidades de la *fideiussio justiniana*.** A partir del Derecho justiniano, permanece vigente sólo la *fideiussio*, quedando relegadas las otras dos más viejas por los compiladores que serán sustituidas por esta.

En la nueva figura de la *fideiussio*, que será la que pervivirá ulteriormente y la más próxima a la fianza o el aval que regulan actualmente los Códigos civiles, el *fideiussor* disfrutará de las siguientes ventajas: a) el *beneficium excusionis*: que obliga al acreedor a debe demandar primero al deudor principal solo respondiendo en caso de insolvencia del deudor; b) el *beneficium divisionis*: lo que implica que el acreedor deba dividir la deuda entre todos los garantes que sean solventes; c) *beneficium cedendarum actionum*: el fiador que pagó la deuda tiene derecho a la acción de regreso contra el deudor principal. Naturalmente, «en virtud de estos beneficios, la *fideiussio* se considera como una obligación accesoria y subordinada a la obligación principal»<sup>203</sup>.

## 2. MECANISMOS DE REFUERZO DE LA *OBLIGATIO*

En Roma podía considerarse insuficiente la vía de la prestación de las garantías para asegurar el pago, por lo que además de ello se regulan tres mecanismos a través de los cuales se puede reforzar el cumplimiento de la prestación: arras, cláusula penal y juramento<sup>204</sup>.

Actualmente es común referirse a las medidas de protección del crédito, hemos de tener en cuenta que tanto éste, como la deuda, son las dos caras opuestas de una misma moneda, la obligación. Por ello, la *protección de la obligación* no es otra cosa que la salvaguardia del aspecto activo de la misma, es decir, del crédito del acreedor frente a las posibles conductas del deudor cuya consecuencia sea lesionar los aspectos patrimoniales de tal derecho de crédito. Entre los mecanismos de protección del crédito se establecen ciertas medidas de naturaleza personal tendentes a salvaguardar el patrimonio del acreedor, hoy en particular, la cláusula penal y las arras, habiendo quedado en desuso el juramento.

**2.1. Las arras.** Consiste este mecanismo en la suma de dinero o cantidad de cosas entregadas como anticipo a descontar de la prestación del deudor una vez cumplida, pero que puede tener también una función de reforzar el cumplimiento de lo pactado con el acreedor.

---

<sup>203</sup> FLORIA HIDALGO, M. D., «De la *fideiussio* romano-justiniana a la fianza», *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 19, UNED, 2002, p. 80.

<sup>204</sup> FERNÁNDEZ, A.,-Paricio, J., *op. cit.*, p. 360.

En el Derecho clásico, la función básica de las arras era la de servir como medio de prueba<sup>205</sup>, de manera que, con su entrega, se podía probar (arras probatorias) que se había celebrado el contrato.

En el Derecho justiniano, se sigue conservando esta función, pero dejando a las partes la posibilidad de pactar unas arras penitenciales<sup>206</sup>, de suerte que el que las había dado, si incumplía, las perdía; y el que las había recibido, si no cumplía, debía restituirlas en el doble<sup>207</sup>.

**2.2. La cláusula penal.** En general, se trata de una cláusula que se añade al contrato<sup>208</sup> a través de la cual el acreedor podrá reclamar al deudor una pena consistente en una cantidad de dinero en caso de incumplimiento<sup>209</sup> y que incluso puede tener un mayor valor que el propio de la prestación<sup>210</sup>.

---

<sup>205</sup> *Digesto* 18.1.35 pr.

<sup>206</sup> *Instituta* 3.23; *Codex* 4.21. FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018, p. 355.

<sup>207</sup> El vigente Código civil español alude a las arras en una sola ocasión, en su artículo 1454 cuyo texto indica: «si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas». Las *clases*, según la jurisprudencia, son: «a) *penitenciales*, que son las que parece contemplar el art. 1454 CC concebidas a la manera de multa o pena, correlativa al derecho de las partes de desistir, a su arbitrio, del contrato, b) *confirmatorias*, que son índice o expresión de un contrato con fuerza vinculante, no facultando, por tanto, para resolver la obligación contraída y, normalmente, se corresponden con las entregas o anticipos a cuenta del precio, de lo que es ejemplo el supuesto previsto en el art. 343 Ccom; y c) *penales*, que funcionan de modo similar a la cláusula penal del art. 1154, como resarcimiento en este supuesto anticipado, para caso de incumplimiento y con la posibilidad, añadida, de reclamar el estricto cumplimiento de la obligación pactada» (STS de 30 de diciembre de 1995).

<sup>208</sup> BORKOWSKI, A., *Textbook on roman law*, 2ª edición, London, 1997, p. 303.

<sup>209</sup> *Digesto* 45.1.85.6.

<sup>210</sup> En el actual Derecho civil, se viene entendiendo por «cláusula penal», «multa convencional» o «pena convencional», aquella prestación, generalmente en dinero, que se pacta como accesoria, para el caso de que el deudor no cumpla, o cumpla manera defectuosa, la obligación principal. También, de modo similar, puede definirse como la prestación accesoria que el deudor acuerda satisfacer al acreedor para el caso de que incumpla, o lo haga defectuosamente, o con retraso, la obligación principal. Si bien se estipulan y configuran al amparo de la autonomía de la voluntad (artículo 1255), el *Código civil* dedica una sección a las que denomina «*De las obligaciones con cláusula penal*» que desarrolla en sus arts. 1152 al 1155, indicando el primero de ellos que: «en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado». Según el último de los artículos citados de aquella sección, la cláu-

Precisamente porque tiene esa función penal no puede decirse que esa suma de dinero tenga un mero deber reparador o indemnizatorio<sup>211</sup>.

**2.3. El juramento.** A partir de Alejandro Severo (222-235 d. C.)<sup>212</sup>, se establece que el juramento por parte de un menor de 25 años en un contrato que se celebre sin la asistencia de su *curator*, impide que pueda, posteriormente, invocar ante el pretor la *restitutio in integrum*, reforzando así la posición de aquel que contrató con él, ya que, con este juramento, se evita que pudiera disolverse el negocio contratado con dicho menor.

#### INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, editorial Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2017; ACEDO PENCO, A., *Teoría general de las obligaciones*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2016; ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano*, Madrid, 1979, BORKOWSKI, A. *Textbook on roman law*, 2ª edición, London, 1997, FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos del derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018, FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018; FLORIA HIDALGO, M. D., «De la fideiussio romano-justiniana a la fianza», *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 19, UNED, 2002, pp. 79-93; GUTÉRRIZ-ALVIZ, F., *Diccionario de Derecho Romano*, 4ª edición, Madrid, 1995; PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, México D.F., 1990, PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005, VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano* (traducción de J. Daza), Madrid, 1999.

---

sula penal *es accesoria* de la obligación principal, pues su texto indica que: «la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal». La cláusula penal inserta en el negocio obligacional existirá, según la jurisprudencia, no sólo cuando se acuerde incluirla con su nombre jurídico, sino también cuando se haga en una estipulación «aunque se denomine de otra forma cualquiera» pero que lleve al *mismo resultado*, siempre que sea inequívoca la voluntad de las partes de plasmarla con tales efectos, ya que no se precisa ninguna fórmula especial para que surta plena eficacia. La *interpretación* de las cláusulas penales tiene carácter restrictivo para la jurisprudencia desde temprano, pues se exige que conste de manera clara y terminante la voluntad de los contratantes de incluirla en el contrato (en caso de duda sobre su existencia se optaría por excluirla) y también sobre su alcance y contenido (que se interpretarán restrictivamente), criterios adoptados debido al carácter punitivo o sancionador de la cláusula penal. Véanse las anteriores reflexiones, ampliadas, en ACEDO PENCO, A., *Teoría general de las obligaciones*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 230-231.

<sup>211</sup> Art. 1153 CC: «El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada».

<sup>212</sup> *Codex 2.27.1.*





## CAPÍTULO V

### EL INCUMPLIMIENTO DE LA *OBLIGATIO*

**Sumario:** 1. Significado de incumplimiento de la obligación. 1.1. Cumplimiento de la prestación. 1.2. Incumplimiento de la prestación. 2. Casus o casus fortuitus, vis o vis maior. 3. Dolus. 3.1. Concepto y clases. 3.2. Presupuestos. 4. Culpa. 4.1. Orígenes y significado. 4.2. Modalidades esenciales. 5. Mora. 5.1. Significado. 5.2. Elementos objetivos. 5.3. Elementos subjetivos. 5.4. Efectos de la mora. 5.5. Purgatio morae. 6. El daño. 6.1. Planteamiento. 6.2. Contenido. 6.3. Las consecuencias del daño: sus clases. 6.3.1. Damnum emergens. 6.3.2. Lucrum cessans. 6.3.3. La compensación del daño. 6.3.3.1. Manus iniecto. 6.3.3.2. Bonorum venditio. 6.3.3.3. Bonorum cessio. 6.3.3.4. Bonorum distractio. 6.3.3.5. Pignus in causa iudicati captum. 6.3.3.6. Restitutio in natura. 6.3.3.7. Restitutio in integrum. Indicación bibliográfica.

#### 1. SIGNIFICADO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

**1.1. Cumplimiento de la prestación.** Cuando nace la obligación se produce para el acreedor una expectativa de cumplimiento de una prestación a cargo del deudor. Para éste surge el deber de cumplir lo pactado, o lo que constituya su objeto. El cumplimiento de la obligación supone el modo normal de realización del proyecto para que nació. Además, cuando se cumple la prestación objeto de la obligación, entonces, la relación obligatoria, esto es, el vínculo que nace de la obligación entre deudor y acreedor, desaparece quedando desvinculadas las partes.

En definitiva, la extinción de la obligación sólo se produce en aquellos supuestos en los que el ordenamiento les otorga tal efecto de extinguir la relación jurídica obligatoria. De todos los modos de extinción, el principal, aunque no el único, será el pago o cumplimiento.

**1.2. Incumplimiento de la prestación.** Expuesto con sencillez, «existe incumplimiento de la obligación cuando, por causas imputables al deudor, no queda satisfecho el interés del acreedor»<sup>213</sup>. En estos casos en que el deudor no cumpla con lo que se está obligado, se le podrá exigir una responsabilidad que puede ser contractual o extracontractual, según la fuente que genera la obligación provenga o no de un contrato.

---

<sup>213</sup> ACEDO, A., *Teoría general de las obligaciones*, 3ª edición, Madrid, 2016, p. 175.

Llegado el plazo sin que se haya cumplido la prestación por hechos imputables al deudor (es decir, no acontecen otras causas legales que extingan la obligación), éste podrá incurrir en responsabilidad, siempre que tal incumplimiento sea concluyente, definitivo y no temporal.

La responsabilidad del deudor va a depender, entre otros motivos, de la modalidad de obligación según su objeto. En este sentido, en los casos en que la prestación consista en la entrega de una cosa genérica, el deudor no puede alegar, en principio, la imposibilidad de cumplir la prestación, porque teniendo presente el principio *genus non perit*, deberían perecer todas las cosas del mismo género que la que se comprometió a entregar –algo muy poco probable o casi imposible– para eximirse de la entrega y extinguir la obligación.

En el supuesto de que lo debido sea una cosa específica y ésta perezca, se extinguirá la obligación sin responsabilidad para el deudor que debía entregarla, si pereció por caso fortuito o fuerza mayor. Por el contrario, sí que habrá de responder cuando la prestación objeto de la obligación perezca por culpa o dolo del propio deudor<sup>214</sup>.

## 2. CASUS O CASUS FORTUITUS, VIS O VIS MAIOR

Como se ha visto, por lo general, el incumplimiento de la obligación genera responsabilidad, sin embargo, en ocasiones, es posible que, pese a no cumplirse la prestación, no exista responsabilidad en el deudor. El caso fortuito y la fuerza mayor aparecieron para tales supuestos.

Hay autores que consideran que en Roma existen diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Así, definen el caso fortuito como un acontecimiento no previsto por el deudor y que genera en él una responsabilidad pues, de haberlo previsto, se hubiera podido evitar el incumplimiento de la obligación. Por otra parte, se consideraría fuerza mayor el hecho que habiendo sido previsto por el deudor, no ha podido ser evitado<sup>215</sup> produciéndose un incumplimiento de la obligación.

---

<sup>214</sup> Artículo 1101 CC: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

<sup>215</sup> El Código Civil español tampoco establece unas diferencias claras entre una y otra cosa. Para LACRUZ «las expresiones caso y fuerza son, en el Código –civil español actual–, intercambiables», sino idénticas, sin distinción de efectos. LACRUZ BERDEJO, J. L. (et. al.), *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, volumen 1º, Parte General. Teoría General del Contrato*, 4ª edición, revisada y puesta al día por F. Rivero, edito-

Esta línea doctrinal considerará que lo importante y lo que diferenciará a ambas figuras entre sí será el grado de evitabilidad pues, aunque el acontecimiento no puede predecirse, la actuación del deudor en el caso fortuito podría haberlo evitado; mientras que, en el supuesto de fuerza mayor, hubiera resultado inevitable de todos modos. Suele identificarse, para estos autores, por un lado, caso fortuito con imprevisibilidad, y por otro, fuerza mayor con fuerza irresistible<sup>216</sup>.

Pero, en general, en Roma no habrá una diferencia importante entre ambos conceptos y se van a interpretar con un mismo significado e iguales circunstancias. De este modo estas dos figuras vendrían a ser toda causa de imposibilidad no inicial de incumplimiento de la prestación de la obligación que no es imputable al deudor<sup>217</sup>.

Por el acaecimiento del caso fortuito o de la fuerza mayor<sup>218</sup>, en principio, el deudor se libera de su responsabilidad<sup>219</sup>, salvo en estos casos:

a) Cuando así se pactó, es decir, si el deudor, en el acto constitutivo del negocio (a través de una cláusula), se comprometió a responder incluso aunque acontecieran supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

b) También recaerán responsabilidades sobre el deudor si éste se halla en mora, es decir, si el deudor se comprometió a cumplir la prestación en una fecha determinada y llegado el día no lo hizo, pereciendo la cosa tras la misma, por caso fortuito o fuerza mayor<sup>220</sup>. El deudor debió cumplir con anterioridad al día señalado y, de haberlo hecho, en nada hubiera afectado al cumplimiento de la prestación tal caso fortuito o

---

rial Dykinson, Madrid, 2007, pp. 174-176.

<sup>216</sup> Identificándose con estos últimos, los supuestos o desastres provenientes de las fuerzas de la naturaleza: terremoto, maremoto, inundación, etc. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición 2018, p. 362.

<sup>217</sup> *Digesto* 44.7.1.4. ARIAS, J.-ARIAS, J.A., *Derecho Romano*, Madrid, 1979, p. 590.

<sup>218</sup> *Digesto* 4.2.2. PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 2015, p. 460.

<sup>219</sup> El art. 1105 CC exime de al deudor de esta clase de responsabilidad, como regla general: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

<sup>220</sup> A ello se refiere el artículo 1183 CC: «Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096»; según éste: «Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega».

fuerza mayor. El deudor también responderá por la custodia, que exige el empleo de una máxima diligencia, un cuidado superior al habitual.

### 3. DOLUS

**3.1. Concepto y clases.** Suele entenderse por dolo todo tipo de maquinación maliciosa tendente a provocar un estado de error en la otra parte con la que celebramos el negocio, de tal manera que, de no haber sido así, dicha parte no hubiera prestado su consentimiento<sup>221</sup>. Éste sería el denominado por los romanos como *dolus malus* (dolo malo)<sup>222</sup>.

El *dolus bonus* (dolo bueno) incluye los normales artificios utilizados en los negocios a fin de facilitar el comercio o venta de un producto destacando o exagerando sus cualidades, que se consideran como admisibles y habituales en tales tipos de negocio<sup>223</sup>.

**3.2. Presupuestos.** Para que exista dolo en Roma y el perjudicado pueda reclamar lo debido o su equivalente económico se requiere:

a) Debe causarlo una de las partes que intervienen en la celebración del negocio y no un tercero extraño a la relación negocial.

---

<sup>221</sup> En el Derecho civil español se define el dolo en el artículo 1269 CC: «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

<sup>222</sup> Entre las acepciones jurídicas del «dolo» en el sentido del Derecho civil, se han visto en éste, al menos las siguientes: 1) Un vicio de los actos jurídicos referido a las maniobras que utiliza una parte con la finalidad de lograr la voluntad que la otra celebre un acto o contrato; así, cualquier engaño para lograr que otro realice un acto jurídico. 2) Un presupuesto subjetivo del hecho ilícito civil, en otras palabras, aquí el dolo significa la intención de provocar el daño, que es consecuencia del obrar antijurídico del agente, por oposición a la culpa o negligencia; es decir, sería cualquier actuación consciente dirigida a producir a otra persona un daño antijurídico, el hecho civilmente delictivo. 3) La inexecución de sus obligaciones por el deudor, ya sea por situarse en mora, simplemente, por liso y llano incumplimiento. También, otras clasificaciones del dolo entienden que puede ser: A) Voluntario o involuntario; y B) de carácter extracontractual o contractual, éste denominado dolo en la ejecución de las obligaciones; y dentro del dolo contractual se ha distinguido: a) dolo aquiliano, que es la intención de producir un daño (*animus nocendi*); b) dolo in contrahendo, o maquinación o engaño bastante para inducir a otro (por ejemplo, con publicidad engañosa) a celebrar un contrato; y c) finalmente, existen otras formas de dolo como la ejecución maliciosa del contrato (venta de un caballo ocultando que padece una grave enfermedad). Cfr. ACEDO, A., *Teoría...* cit., p. 189.

<sup>223</sup> PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005, p. 162.

b) La malicia o mala fe empleada por una de las partes, ha de probarse (no se supone) y ha de ser determinante para se celebre el negocio.

c) Debe causarse un daño en la parte sobre la que se trata de confundir a través del empleo de la mala fe.

d) No debe existir dolo por las dos partes intervinientes en el negocio<sup>224</sup> sino exclusivamente por una de ellas, ya que se considera en Roma que, si ambas partes emplean la mala fe, se entiende que ésta se compensa y los efectos que se produzcan es como si lo hicieran en el desarrollo de un negocio normal y perfectamente válido.

En caso de dolo existe una causa subjetiva de responsabilidad que no puede alterarse por la voluntad de las partes a través de la inclusión de un pacto previo o una cláusula al contrato, debiendo el deudor responder siempre: el acuerdo de exención de su responsabilidad es nulo<sup>225</sup>.

## 4. CULPA

**4.1. Orígenes y significado.** Parece que el reconocimiento jurídico de la culpa tuvo su origen en la *Lex Aquilia* (287 a. C.) texto que versaba sobre responsabilidad extracontractual<sup>226</sup>, y establecía una responsabilidad indirecta<sup>227</sup> de quien, por ejemplo, por su actuación ahuyentando a unos animales propiedad de otra persona, conllevaba que atemorizados, huyeran y cayeran por un barranco, causándoles la muerte<sup>228</sup>.

La culpa se asimila a la negligencia, siendo esta última la falta de la diligencia que debe prestarse a la hora de cumplir una obligación. Por tanto, cuando el deudor incurre en culpa, no ha de ser por mala voluntad, como es habitual que ocurra en el caso del dolo, sino por negligencia, esto es, por un descuido o una atención insuficiente que genera

---

<sup>224</sup> Artículo 1270 CC: «Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes».

<sup>225</sup> Artículo 1102 CC: «La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula».

<sup>226</sup> SCHIPANI, S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2000.

<sup>227</sup> Fruto de la actuación del pretor que conllevó la extensión de la responsabilidad extracontractual a través de una *actio utilis*, pues hasta entonces sólo castigaba los daños ocasionados de forma directa de una persona sobre el cuerpo de los bienes de otra persona.

<sup>228</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición 2018, p. 362.

unas consecuencias que se pudieron, y debieron, prevenir y evitar.<sup>229</sup>

**4.2. Modalidades esenciales.** Se distinguían diferentes clases de culpa:

a) *Culpa levis*: consistente en no tomar las precauciones o la diligencia que suele procurar un buen padre de familia al gestionar sus asuntos.

b) *Culpa lata*: es una negligencia o descuido extremo, que implica una gran falta de previsión por no adivinar lo que cualquier persona normal hubiera previsto en iguales circunstancias<sup>230</sup>; está muy próxima al dolo.

Además de la clasificación anterior, suelen encontrarse en los textos romanos, otras clases de culpa, como la que diferencia entre:

1) *Culpa in abstracto*: donde se toma como medida para valorar la conducta de un sujeto, comparando su conducta frente a un comportamiento o valor abstracto y genérico, como el ya referido del *bonus paterfamilias*.

2) *Culpa in concreto*: cuando se mide el comportamiento o la conducta de un sujeto, con la diligencia que ese mismo sujeto suele poner en sus asuntos. Este criterio, en realidad, se aplicaba de manera excepcional, siendo el criterio general de aplicación el de la *culpa in abstracto*.

---

<sup>229</sup> Para el Derecho civil actual, en sentido amplio, el término «culpa» equivale al incumplimiento de un deber civil, genérico o específico, en sentido estricto, el régimen jurídico de la culpa se regula en los artículos 1101 a 1104 CC. El concepto legal y estricto de culpa, se contiene en el artículo 1104.I: «la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Según ello, desde una óptica muy simple, la culpa o negligencia no sería otra cosa que la falta u omisión de diligencia. Es la llamada culpa contractual (en contraposición a la culpa extracontractual, antes aludida, que se examinará en otro lugar), aunque sería más certera la denominación de culpa obligacional, ya que no sólo deriva de las obligaciones contractuales, sino también, de las que tienen su origen en la ley. En la doctrina alemana «la culpa contractual consiste en que el deudor infrinja, intencionada o negligentemente, los deberes que le impone el contrato». En la española es «la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación», añadiendo que sería una falta de diligencia y previsión en el autor del acto. Puntualiza el Tribunal Supremo, que «el concepto de culpa (que en relación con el presupuesto del incumplimiento integra uno de los criterios de imputación) no tiene especial relevancia en la perspectiva de la extensión o alcance resarcitoria, porque la única distinción de interés es, y así lo entiende la doctrina dominante, que haya o no dolo» (STS de 29 de marzo de 2001). Cfr. ACEDO, A., *Teoría...* cit., p. 185.

<sup>230</sup> *Digesto* 50.16.213.2.

La *custodiam praestare* (custodia)<sup>231</sup> es un tipo agravado de culpa, que va a suponer que, en determinados casos, el deudor deberá responder por la pérdida, desaparición o destrucción, del objeto con independencia de que le sea imputable o no tal hecho. En estos casos, el deudor asume el riesgo, con independencia de su voluntad, por determinarlo así la norma, una vez que acepta realizar una actividad determinada sometida a tal régimen legal. Se trata aquí de la llamada responsabilidad objetiva, o sin culpa, en la que se responde por la mera pérdida, al margen de cómo actuase el deudor, con negligencia o sin ella, incluso siendo diligente. La *custodiam praestare* implicaba el deber de vigilar, cuidar y conservar determinadas cosas recibidas, ajenas por lo general.

Se produce este tipo de responsabilidad por pérdida de manera objetiva, por ejemplo, en casos concretos como el patrón de un barco (*nauta*), el posadero (*caupo*) o el encargado de un establo (*stabularius*)<sup>232</sup> que responderán de la entrega de la mercancía dejada a su cuidado incluso por aquellos daños causados por terceros sin indagar en la culpa o no de ellos (responsabilidad objetiva); también en el caso del comodato<sup>233</sup>.

Al margen de todo lo anterior, en Roma, el canon de la diligencia habitual o normal que se exigía, era la que tomaría habitualmente en sus negocios un buen padre de familia (*bonus paterfamilias*)<sup>234</sup>.

---

<sup>231</sup> *Digesto* 13.7.13.1. RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, Madrid, 2011, p. 319. Especial referencia a la custodia y la culpa, SERRANO-VICENTE, M., *La protección de custodia en el derecho romano*, SEVILLA, 2006, DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L. *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001, pp. 321-326.

<sup>232</sup> *Digesto* 4.91.pr.

<sup>233</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, p. 363. GAYO, *Instit.*, 3.206; PAULO, *Sent.*, 2.4.3.

<sup>234</sup> Ahora bien, volviendo, en el Derecho civil actual, ¿cuál es esa diligencia concreta cuya omisión por el deudor ocasiona que incurra en «culpa»? Si el término diligencia significa «cuidado y actividad en ejecutar algo»<sup>234</sup>, atendiendo al tenor de la norma, ese cuidado o diligencia deberán ser los que «exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Según parece, el texto ha optado por reclamar al deudor una diligencia en concreto o especial (*ad hoc*) según la naturaleza y circunstancias del caso. Sin embargo, el artículo 1104.II ensombrece la cuestión al añadir que: «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia», volviendo al inseguro sistema del *bonus paterfamilias*, concepto variable en función de la época y el lugar, expresión que hoy está en franco declive. Según la doctrina mayoritaria el Código civil presume la culpa del deudor en caso de

## 5. MORA

**5.1. Significado.** Las fuentes romanas no contienen ninguna definición de lo que se pueda entender por mora del deudor. No obstante, la expresión jurídica «mora» solía utilizarse en diferentes contextos como, por ejemplo, para señalar el transcurso del tiempo (*pars temporis*) o también para indicar el retraso en el cumplimiento de la obligación<sup>235</sup>.

Son necesarios ciertos requisitos o elementos para que el deudor se constituya en mora, unos de tipo objetivo y otros subjetivos<sup>236</sup>.

**5.2. Elementos objetivos.** Se quiere señalar con ellos que el cumplimiento de los presupuestos de haber incurrido el deudor en tal situación se han producido y que resultan necesarios para alegarse en juicio. Para ello, el acreedor debe estar asistido por una acción<sup>237</sup>, no siendo posible incurrir en mora en el caso de las obligaciones naturales.

Para que exista mora, debe tratarse de una obligación vencida y exigible. Es decir, deben haber transcurrido ya los plazos pactados para la realización de la prestación, produciéndose un retraso en su cumplimiento. Si bien, para hablar de retraso ha de entenderse que es posible todavía su cumplimiento. De otro modo, sería un incumplimiento defi-

---

incumplimiento, debiendo él mismo acreditar su ausencia de culpa, optando por la aplicación preferente del párrafo I del artículo 1104, entrando en juego el II sólo con carácter subsidiario. Cfr. ACEDO, A., *Teoría...* cit., p. 186. También la jurisprudencia expresa que el art. 1104.I lo que hace es «definir la culpa del deudor en atención a la naturaleza de la obligación y a su entorno circunstancial respecto de las personas, del tiempo o del lugar, supuestos de hecho que corresponde al juzgador apreciar y matizar, entendiéndose que sólo cuando estos datos no consten o no puedan ser definidos, entrará en juego el párrafo segundo como norma supletoria, al aludir a la responsabilidad genérica exigible al padre de familia, como “standard” o regla de conducta que una sociedad normal espera de un padre razonable» (SSTS de 15 de abril de 1980 y de 8 de enero de 1929). Se parte, por tanto, de una aplicación subjetiva, caso por caso, atribuyéndose a los tribunales la facultad de resolver cuál era la diligencia o cuidado procedente, cuándo y cómo debe responder el deudor en cada supuesto (SSTS de 3 de mayo de 1968 y de 22 de diciembre de 1967).

<sup>235</sup> Tampoco el Código civil define la mora aunque se refiere a ella en diversos preceptos, deduciéndose del art. 1100 como un retraso o incumplimiento culpable.

<sup>236</sup> En el vigente Derecho civil español, los requisitos de la mora «pueden extraerse del art. 1100 y de la jurisprudencia que interpreta, en concreto: debe tratarse de una obligación positiva; la obligación ha de ser vencida, líquida y exigible; retraso culpable del deudor; cumplimiento del acreedor de lo que le incumbía y realizar el requerimiento de pago al deudor por parte del acreedor». ACEDO, A. *Teoría...* cit., p. 178.

<sup>237</sup> *Digesto* 50.17.88.



nitivo, no pudiéndose hablar de mora.

Junto al anterior, debe haber habido una interpelación por el acreedor al deudor exigiéndole la realización de la prestación. La *interpellatio*, es una intimación o llamamiento al cumplimiento, en el lugar y forma oportunos, de la prestación que se debe y que se encuentra ya vencida<sup>238</sup>.

En este caso, la pérdida de la cosa por caso fortuito sí sería responsabilidad del deudor que debía haber entregado la cosa con anterioridad y, probablemente haber evitado que desapareciera.

**5.3. Elementos subjetivos.** Entre tales presupuestos subjetivos, estaría el hecho de que sea imputable al deudor el retraso en el cumplimiento de la obligación vencida y exigible, probablemente por una actitud o postura reprobable y mediando dolo o culpa por su parte.

Es decir, este retraso ha de ser injustificable y por parte del deudor, ya que si tal incumplimiento obedeciera a una causa justa. Por ejemplo, cuando el acreedor se hubiera negado injustificada y reiteradamente a recibir la prestación en el momento y lugar acordado (*mora creditoris*).

Por todo ello, desde la llegada del día pactado y no habiéndose cumplido la prestación pese a haber sido compelido a ello, el acreedor puede exigir judicialmente el pago de la deuda<sup>239</sup>.

**5.4. Efectos de la mora.** Si el deudor y el acreedor no han pactado otra cosa, la constitución de la mora surte dos efectos:

1º. La *perpetuatio obligationis*<sup>240</sup>; se sigue debiendo la cosa objeto de la obligación (prestación) si bien, ahora ya sustituida por una compensación económica, incluso habiendo perecido ésta una vez que el deudor se encontraba en mora, salvo que el deudor pruebe que la cosa hubiere perecido igualmente de haber estado en posesión del acreedor.

---

<sup>238</sup> *Digesto* 22.1.32 pr. Según parece, esta *interpellatio* para que el deudor se constituyese en mora no fue siempre necesaria en Roma. El retraso en el cumplimiento puede llevar aparejado un daño al acreedor (si se tratara, por ejemplo, de una cantidad de dinero) ya que, como dice ULPIANO: «paga menos el que paga después de lo debido, pues puede pagarse menos, tanto por lo que se paga, como por cuándo se paga».

<sup>239</sup> Igual efecto que la *interpellatio* romana se desprende del vigente art. 1100.I CC: «Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación».

<sup>240</sup> *Digesto* 45.1.91.3.

2º. El abono de los frutos e intereses<sup>241</sup>; que se producirán a partir de la fecha de la constitución de la mora. Si la deuda era dineraria se devengarían intereses. Son los llamados intereses moratorios<sup>242</sup>.

**5.5. *Purgatio morae*.** Significa el cese de la mora. La situación de mora finaliza, en principio, con la oferta por parte del deudor al acreedor de su voluntad de cumplimiento de la prestación si bien, en la época clásica, era necesario demostrar que el ofrecimiento ha sido hecho por el deudor y rechazado por el acreedor<sup>243</sup>. Pero además, para que cesara esta situación, se requería que no se hubieren ocasionado daños al acreedor y que la oferta tuviese lugar antes de la *litis contestatio*.

En el Derecho justiniano, el deudor se podía liberar automáticamente de seguir en situación de mora, mediante el simple ofrecimiento al acreedor de su voluntad de cumplimiento de la prestación debida; y ello con independencia de que dicho ofrecimiento tuviera lugar o no antes de la *litis contestatio* aunque sí debía producirse, en todo caso, antes de la condena para poder evitarla.

La purga o extinción de la mora impide que se sigan produciendo los intereses moratorios, aunque se deberán los devengados desde el término fijado hasta su cese. La *purgatio morae* se produce por una serie de acontecimientos: *a)* la voluntad del acreedor, como renunciar a cobrar la deuda; *b)* la concesión de una moratoria de pago al deudor por el acreedor; *c)* el situarse, también el acreedor en mora, lo que neutraliza la mora del deudor, con la denominada *compensatio morae*.

La oferta del deudor no aceptada por el acreedor sin justo motivo, provoca la *mora creditoris* o mora del acreedor con los mismos efectos para aquél que tiene la del deudor, dando lugar a un traslado en el riesgo, de manera que ahora, si pereciera la cosa, no será ya responsabilidad del deudor sino del acreedor que no quiso tomarla, al igual que no se deberán intereses moratorios si la cosa o la cantidad de dinero se

---

<sup>241</sup> *Digesto* 13.1.8.1. PANERO, R., *op. cit.*, p. 460; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, pp. 326-328.

<sup>242</sup> El devengo de intereses moratorios se establece en el artículo 1108 CC: «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

<sup>243</sup> *Digesto* 46.3.72.

consignaron<sup>244</sup>, es decir, se depositaron por ejemplo ante el juez<sup>245</sup>.

Sería el caso, por ejemplo, de una venta en que el comprador se niega a recibir el objeto de la compra que le ofrece el vendedor por entender que no se corresponde fielmente con lo pactado, conllevando un litigio en el que se depurará la responsabilidad del deudor (vendedor).

La sentencia absolutoria del vendedor significará que éste ofreció al comprador la prestación debida en el momento del ofrecimiento, debiendo el comprador, en tal caso, repararle todos los daños ocasionados (transporte, almacenaje, etc.) fijados y valorados por el juez<sup>246</sup>.

#### INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Teoría general de las obligaciones*, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2016; ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano*, Madrid, 1979; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L. *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos del derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición 2018; KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, II Abschnitt, 2ª edición, München, 1975 (traducción, de J. Santa Cruz, Madrid, 1978); LACRUZ BERDEJO, J. L. (*et. al.*), *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, volumen 1º, Parte General. Teoría General del Contrato*, 4ª edición, revisada y puesta al día por F. Rivero, editorial Dykinson, Madrid, 2007; PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 2015; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011; SCHIPANI, S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2000; SERRANO-VICENTE, M., *La protección de custodia en el derecho romano*, SEVILLA, 2006; WENGER, L., *Actio iudicati*, Buenos Aires, 1954; WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, Tomo II (traducción de C. Fadda-P.E. Bensa), Torino, 1930.

<sup>244</sup> *Digesto* 1.7; *Codex* 8.42.9.

<sup>245</sup> La mora del acreedor no se regula expresamente en el Código civil vigente pero se deduce claramente de su artículo 1176.I: «Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago conforme a las disposiciones que regulan éste, se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la cancelación de la garantía, si la hubiere, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida».

<sup>246</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, p. 362.



## CAPÍTULO VI

### EL DAÑO

**Sumario:** 1. Planteamiento. 2. Contenido. 2.1. En la responsabilidad contractual. 2.2. En la responsabilidad extracontractual. 2.3. Significado actual. 3. Clases de daño. 3.1. *Damnum emergens*. 3.2. *Lucrum cessans*. 4. La compensación del daño. 4.1. Formas de compensación del daño. 4.2. *Manus iniecto*. 4.3. *Bonorum venditio*. 4.4. *Bonorum cessio*. 4.5. *Bonorum distractio*. 4.6. *Pignus in causa iudicati captum*. 4.7. *Restitutio in natura*. 4.8. *Restitutio in integrum*. 4.9. La reparación del daño en el Derecho civil actual. Indicación bibliográfica.

#### 1. PLANTEAMIENTO

Cuando el cumplimiento de la prestación discurre según lo previsto, la obligación termina con éxito, tal como fue proyectada al momento de su constitución por cualesquiera de las fuentes que la generaron, ante la ausencia de vicisitudes que lo dificulten o impidan.

Sin embargo, cuando aparecen dificultades, por los motivos que fueren pero que fuesen jurídicamente imputables al deudor, que impiden su plena realización, el ordenamiento faculta al acreedor para que puede reclamar una compensación –con base en el mismo negocio celebrado– aunque sólo parcialmente se podrá apaciguar el elemento interno o subjetivo del interesado que se le ha causado con la no realización de la prestación y la consiguiente producción de un daño.

#### 2. CONTENIDO

**2.1. En la responsabilidad contractual.** La generación del daño ocasionado por la lesión de un bien jurídicamente protegido por el incumplimiento de una obligación, conllevará siempre un deber de reparación.

Tratándose de la responsabilidad contractual, si la prestación consistía en un *facere*, la misma obligación subsiste pero su objeto se transformará en un deber de indemnizar económicamente y satisfacer el interés del acreedor; cuando el objeto era un *dare*, se entregará la cosa misma<sup>247</sup>.

---

<sup>247</sup> Como destaca la mejor doctrina –COHNFELDT, R., *Die Lehre vom Interesse nach römischen Recht*, Roma, 1971, p. 24 CUPIS, DE, A., *El Daño* (traducción de A. Martí-

El acreedor podía, así, exigir los daños sufridos y también los intereses derivados del dinero por el transcurso de tiempo, es decir, la reparación del perjuicio que había sufrido consistente en una cantidad de dinero que restableciera el equilibrio patrimonial roto por el incumplimiento (resarcimiento)<sup>248</sup> si bien a veces cabría la restitución del estado jurídico existente con anterioridad al daño (restitución *in natura*).

Podría describirse el daño como la diferencia económica o patrimonial, entre la cuantía del patrimonio en un momento dado y la cuantía que presentaría este patrimonio en el momento en cuestión, si mientras tanto no hubiera acaecido un determinado suceso perjudicial. Definición establecida desde el punto de vista de una lesión estrictamente material al acreedor y no teniendo en cuenta una lesión de otro orden co-

---

nez) Barcelona, 1975—, entre las *obligationes faciendi* se contaba también aquellas obligaciones orientadas a un *tradere, restituere* o *praestare*. Por otra parte se exceptuaban de las *obligationes dandi* aquellas que contenían una determinación expresa de momento y lugar o una persona sometida, porque aquí la voluntad de los contrayentes estaba orientada tácitamente al interés y éste era entonces el objeto concreto de la obligación. Lo mismo que acabamos de decir, ocurría con los contratos innominados, porque éstos, como en su entrada en vigor, también en su duración 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.

<sup>248</sup> *Digesto* 19.1.21.3 (texto que limita la responsabilidad del deudor a la utilidad de la misma cosa que se debe, no más allá). *D.* 46.8.13 pr: «*Si commissa est stipulatio, ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*». Texto, este último, abiertamente contrario al precedente, donde se dice que deben considerarse también, además del daño directo, aquellos otros indirectos dejados de percibir como consecuencia del daño al principal en acciones de buena fe: a) daño emergente (*damnum, damnum emergens*) y b) lucro cesante (*lucrum, lucrum cessans*), pudiendo determinarse su cuantía a través de la *stipulatio poenae* (valoración convencional) o el juramento del acreedor (este último, meramente orientativo para el juez). Si bien también cabría la llamada valoración judicial, en la que el juez fijaría la cuantía que creyera oportuno si bien, en la mayoría de los casos, iba a guiarse por la pérdida objetiva experimentada por el perjudicado en su patrimonio pudiendo incluir todas las consecuencias desventajosas para el acreedor, pero dejando de lado los valores subjetivos o de afección, pues los perjuicios sólo se referían al orden patrimonial. En época justiniana, la valoración del daño no podía exceder del doble de lo que importaba la prestación.

mo un daño o perjuicio moral, físico o psicológico<sup>249</sup>.

Desde el punto de vista de la forma de fijarse la cuantía, en el caso de la responsabilidad con origen contractual, podía ser de dos clases: judiciales y convencionales. Los primeros son los que señala el juez cuando las partes no han fijado la cantidad que suponen el conjunto del perjuicio ocasionado<sup>250</sup>. Los daños convencionales son aquellos cuyo montante económico ha sido acordado por las partes.

**2.2. En la responsabilidad extracontractual.** En el Derecho romano, solía incluirse en el concepto de daño también las causas que obligaban a la reparación de ciertas lesiones o perjuicios sufridos como consecuencia de una actuación ilícita, dolosa, negligente u omisiva (responsabilidad extracontractual, sin que hubiese un contrato o pacto previo) llevada a cabo por un tercero sobre la propiedad de una persona.

En estos casos, a través de la *Lex Aquilia*<sup>251</sup> (siglo III a. C.), se persigue la responsabilidad por daños ocasionados como por la muerte causada a esclavos, o a ciertos animales domésticos (*quadrupes pecus*), o la producción de un incendio, rotura o destrucción de la propiedad de un objeto y siempre de forma injustificada. No sería perseguible el acto que causa el daño cuando aquél se genera por una causa justificada.

**2.3. Significado actual.** Se ha definido el daño por la doctrina más autorizada, como «toda desventaja en los bienes jurídicos de una persona; significa un desequilibrio jurídico que la indemnización debe restablecer, en todo o en parte». En consecuencia, cuando se incumple la obligación, si bien ha de ser de manera definitiva, «hay un valor económico que se ha sustraído al acreedor: el de la prestación que le era debida», siendo este el llamado daño intrínseco<sup>252</sup>.

Este daño, según la jurisprudencia, «abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en a diferencia que existe

<sup>249</sup> Sobre este particular, ver SCOGNAMIGLIO, R., «Il danno morale», *Rivista di Diritto Civile* 1 (1957).

<sup>250</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>251</sup> Ley que deroga la legislación anterior y las soluciones a casos concretos incluidos en la *Ley de las XII Tablas*.

<sup>252</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. (et. al.), *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, volumen 1º, Parte General. Teoría General del Contrato*, 4ª edición, revisada y puesta al día por F. Rivero, editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 202.

entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, pérdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo»<sup>253</sup>.

Se distingue: «atendiendo a su origen, el daño causado a los bienes o derechos de una persona puede ser calificado como daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; daño biológico, si se refiere a su integridad física; o daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral»<sup>254</sup>.

En todo caso, lo indemnizable ha de ser el daño ocasionado y probado, y su carácter es estrictamente reparador, no comprende, en tal caso, ni la prevención del daño futuro, ni sanción alguna por la culpabilidad del causante, es decir, no se trata de castigar, como en otro tiempo, sino, simplemente, de resarcir<sup>255</sup>.

Sin ánimo de exhaustividad, el elenco de daños que pueden ser indemnizables en los casos de responsabilidad extracontractual (como en la contractual) es muy variado, pudiendo apreciarse los daños patrimoniales o materiales, entre los que destacan el daño emergente y lucro cesante y los daños personales, que incluyen el llamado daño moral. El vigente Código civil español se refiere de manera expresa a los dos primeros y aunque no nombra al tercero, pero tampoco lo excluye<sup>256</sup>.

### 3. CLASES DE DAÑO

Existen en el Derecho romano, dos tipos de daño producido: daño emergente y lucro cesante, que se siguen aplicando en la actualidad.

**3.1. *Damnum emergens*.** El daño emergente, denominado *damnum* o *damnum emergens*<sup>257</sup> por los comentaristas medievales, hace referencia a

<sup>253</sup> STS de 2 de abril de 1997 y STS (Contencioso) de 30 de enero de 2017.

<sup>254</sup> STS de 27 de julio de 2006, FJ 5.

<sup>255</sup> ACEDO PENCO, A., *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, editorial Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2017, p. 246.

<sup>256</sup> Art. 1106 CC: «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor». La indemnización cuyo contenido se describe es la prevista en el art. 1101 CC: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

<sup>257</sup> LANGE, H., *Schadensatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Köln,



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. En el supuesto de que, además se dieran otras circunstancias, el deudor respondería por ambos: como sería el caso de aquél que actúa mediando dolo.

Parece que en Roma hubo disparidad de criterios a la hora de la inclusión de uno o los dos tipos dentro del *damnum emergens*. Así, PAULO<sup>258</sup> sólo considerará el daño directo a la hora de calcular el montante del daño emergente. Por el contrario, juristas como ULPIANO, sí lo tendrían en cuenta<sup>259</sup>. En cualquier caso, este criterio es demasiado relativo y sus definiciones carecen de precisión cuando se trata de aplicarlas a un caso concreto<sup>260</sup> al menos, en la época clásica y, de ahí, la divergencia de opiniones entre los juristas; que Justiniano pone fin con una constitución<sup>261</sup>.

**3.2. *Lucrum cessans*.** El lucro cesante, llamado en el Derecho romano *lucrum* o *lucrum cessans*, para los comentaristas, comprende los beneficios que deja de percibir el acreedor tanto por el daño emergente como por el lucro cesante<sup>262</sup>; aunque también podría interpretarse que sería la ganancia que el 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. El juez gozaba de discrecionalidad para fijar la suma que podía comprender desde el valor común de la cosa

---

1955, p. 17.

<sup>258</sup> *Digesto* 19.1.21.

<sup>259</sup> *Digesto* 4.2.8.

<sup>260</sup> Así, cabe destacar un pasaje en que PAULO hace responsable del precio al vendedor que no entrega el trigo en el tiempo oportuno, pero no de los esclavos que hubieren muerto de hambre como consecuencia de ello, está en abierta contradicción con la distinción propuesta. Toda esta polémica gira en torno a la causalidad.

<sup>261</sup> *Codex* 7.47.1.

<sup>262</sup> *Digesto* 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).

hasta una estimación amplia de todas las consecuencias desventajosas para el acreedor.

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>263</sup>.

En otros supuestos –de cosa o cantidad incierta– se mantuvo el Derecho anterior y sólo se le encargaba al juez que vigilará el cumplimiento de lo verdaderamente querido y no por el interés fingido.

El acreedor, podía también señalar el monto de la indemnización refiriendo su exactitud al juramento<sup>264</sup>. Sin embargo, en algunos casos, el Derecho romano otorgó al juez discrecionalidad para rebajar la indemnización a un montante menor, a fin de evitar abusos que redundaran en detrimento del patrimonio del deudor.

#### 4. LA COMPENSACIÓN DEL DAÑO

**4.1. Formas de compensación del daño.** La manera de compensar los daños en el Derecho romano se podía realizar a través de estos medios: *manus iniectio*, *bonorum venditio*, *bonorum cessio*, *bonorum distractio*, *pignus in causa iudicati captum*, *restitutio in natura* o *restitutio in integrum*.

**4.2. Manus iniecto.** La *manus iniectio*, se empleaba en aquellos supuestos previstos por la Ley como, por ejemplo, para la ejecución de sentencia en virtud de lo dispuesto en la *Ley de las XII Tablas*. En el proceso formulario, recaerá también, sobre la persona del vencido en el pleito; incoada por la vía de la *actio iudicati*<sup>265</sup> que había sustituido a la *manus iniectio*<sup>266</sup>. Esta clase de ejecución durante el proceso extraordina-

<sup>263</sup> *Codex* 7.47.1. En cualquier caso, 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 COHNFELDT, R., *op. cit.*, pp. 39-54.

<sup>264</sup> Esta facultad del acreedor obró en el Derecho justiniano, básicamente, en los supuestos de inexecución provocada por dolo, falta grave o contumacia del deudor.

<sup>265</sup> WENGER, L., *Actio iudicati*, Buenos Aires, 1954.

<sup>266</sup> Que da lugar a un nuevo proceso ejecutivo– y, en su caso, a la condena del vencido en juicio que, tras la *Lex Iulia de bonis cedendis*, 17 a. C.–, podrá sustraerse a tal ejecución personal cediendo todos sus bienes al vencedor para resarcir a éste con el

rio está concebida como un medio subsidiario de coacción individual hacia la condena patrimonial que aparece en el Derecho clásico.

La *manus iniectio* presupone siempre una deuda de dinero por lo cual era necesario, cuando el crédito consistiese en otras cosas, realizar un procedimiento previo de liquidación (*litis aestimatio*), cuyos precisos detalles no han llegado a ser bien conocidos.

**4.3. *Bonorum venditio*.** La *bonorum venditio*, se refiere a la ejecución sobre la totalidad del patrimonio (*venditio bonorum*) del deudor.

Fue establecida por el pretor y comenzaba autorizándose, a petición del que tenía a su favor la sentencia y consiguiente nombramiento de un *curator*, un embargo (*missio in possessionem*) que ponía en manos del litigante vencedor todos los bienes del vencido<sup>267</sup>.

Aquí se incluirían los acreedores legalmente reconocidos (tales como los existentes a favor del emperador, a favor del fisco, los de los pupilos contra sus tutores, el de la mujer contra su marido o herederos de éste, restitución de los bienes dotales, etc.); permaneciendo excluidos los acreedores hipotecarios que podían iniciar un proceso independiente y también, los prendarios, que tenían la cosa ya en su poder<sup>268</sup>.

**4.4. *Bonorum cessio*.** En cuanto a la *bonorum cessio*, o *cessio bonorum*, partimos del deudor que ha sido sentenciado y ejecutado como en el caso anterior, cayendo en *infamia*. Para evitar esa situación, podía adelantarse, ofreciendo sus bienes a los acreedores, con lo cual podía lograr además que su responsabilidad quedara limitada a la cuantía de su pa-

---

importe de la venta de los mismos.

<sup>267</sup> El pretor convocaba a todos los acreedores y, a su requerimiento, designaba un *curator bonorum* que tomaba posesión de los bienes, publicaba anuncios (durante treinta días si el deudor vivía y quince si había muerto). Vencidos los plazos, el pretor expedía un nuevo decreto citando a los acreedores, que nombran un *magister bonorum*, que va a ser el encargado de redactar y publicar la venta, condiciones de pago, créditos (también los privilegiados) y garantías exigidas al comprador que, transcurridos diez o quince días, adquiriría la totalidad del patrimonio como bloque. El comprador se convertía así en un sucesor pretoriano del deudor. El así ejecutado caía en la infamia con todo lo que ello conlleva y si su patrimonio hubiese resultado insuficiente, los acreedores podrían seguir persiguiéndolo hasta cubrir tales saldos insatisfechos. KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, II Abschnitt, 2ª edición, München, 1975 (traducción, de J. Santa Cruz, Madrid, 1978) pp. 388 y 390 (= KASER, M., *Römisches Privatrecht*, 15ª edición, München, 1989).

<sup>268</sup> Artículos 517 al 747 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

trrimonio y no se extendiera a su propia persona<sup>269</sup>.

Este mecanismo introducido por Augusto, consistía en la entrega de todos los bienes del deudor insolvente, voluntariamente, a sus acreedores para liquidar las deudas en proporción a los créditos<sup>270</sup>.

**4.5. *Bonorum distractio*.** Por el procedimiento de la *bonorum distractio*, se hace referencia a que lo gravoso de la *venditio bonorum* hizo que, para ciertos deudores (senadores, impúberes, pródigos) se introdujera esta modalidad de ejecución en la que no se vendía el patrimonio en bloque, sino que el *curator* designado iba vendiendo cosas concretas hasta cubrir los créditos existentes contra el ejecutado.

Poco a poco, la *bonorum distractio* se fue extendiendo, dejó de ser un privilegio y sustituyó a la *bonorum venditio*. Era, por tanto, un tipo de ejecución patrimonial que no afectaba a la totalidad de los bienes del condenado, sino únicamente a la parte que se estimase necesario para sufragar el pago de las deudas existentes sobre el patrimonio del deudor.

**4.6. *Pignus in causa iudicati captum*.** La *pignus in causa iudicati captum*, consistirá en una ejecución por embargo y subsiguiente venta de algunos bienes u objetos concretos del *iudicatus*, con preferencia, muebles.

Por este sistema se incautaban objetos del deudor sobre los que los acreedores adquirirían un derecho de prenda y podían -siempre que no se les pagara dentro de los dos meses siguientes- solicitar su venta en pública subasta y saldarse con lo recaudado.

**4.7. *Restitutio in natura*.** La *restitutio in natura*, está muy estrechamente relacionada con los supuestos de incumplimiento de un *facere* o casos concretos de *dare*. Supone la realización o entrega de eso mismo que no se hizo o se dio o, algo, no pecuniario<sup>271</sup>, de igual naturaleza (caso, por

---

<sup>269</sup> KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht...* cit., p. 406.

<sup>270</sup> El artículo 1175 CC recoge las esencias de este mecanismo romano: « El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil» (en su artículo 1156).

<sup>271</sup> Para ROBERTIS, DE, F., «Sulla risarcibilità dell danno morale nel diritto giustiziano», *Scritti varii di Diritto romano*, Bari, 1987, p. 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

ejemplo, de *condemnatio in ipsam rem*)<sup>272</sup>.

La reparación *in natura* es, en realidad, la posibilidad más próxima al concreto cumplimiento efectivo cuando no se lleva a cabo de manera voluntaria atendiendo a lo proyectado en la obligación<sup>273</sup>.

**4.8. Restitutio in integrum.** 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 (*id quod interés*).<sup>274</sup>

Así se indica a menudo la existencia del interés como reparación del daño producido. En este tipo de casos es más claro y más breve hablar del daño realmente acaecido, que retornar al hipotético beneficio que se hubiera derivado en caso de no acontecer el suceso perjudicial<sup>275</sup>.

**4.9. La reparación del daño en el Derecho civil actual.** Según la jurisprudencia, «lo procedente es procurar la reparación íntegra del daño causado»<sup>276</sup>, debiendo buscarse, por tanto, la *restitutio in integrum* –del Derecho romano– siempre que ello fuere posible.

Pero cuando no se pueda hacer que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del evento dañoso, lo que ocurrirá en la inmensa mayoría de las ocasiones, entonces, tanto el daño patrimonial o

---

de una reintegración del patrimonio, lo cual nos parece más apropiado.

<sup>272</sup> *Codex* 3.35.2. A través de la *Legis Aquiliae*, puede exigirse la recuperación del antiguo estado de las cosas, aunque de forma casuística, nada generalizada y circunscrita a los casos de delitos. WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, Tomo II (traducción de C. Fadda-P.E. Bensa), Torino, 1930, p. 541.

<sup>273</sup> La regla general de la *restitutio in natura* se contiene en nuestro Código civil en su artículo 1098: «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho».

<sup>274</sup> MEDICUS, D., *Id quod interest*, Köln-Graz, 1962, pp. 229 y ss; SILVA, A., *La patrimonialidad de la prestación y la protección del interés no patrimonial en el derecho romano y en la dogmática jurídica moderna*, Cáceres, 2003, pp 186 y ss.

<sup>275</sup> También con el concepto de daño y sus diversas vías de reparación tienen mucho que ver las expresiones *a) quanti res est* cuyo objeto base de estimación es la *res*, y *b) quanti interest*, cuya estimación es el *id quod interest*. Es decir, estos dos últimos supuestos, son formas de estimación, cuantificación o conversión económica de los bienes objeto del daño y que lo son, porque por su propio reconocimiento o estimación social son amparados y reconocidos por el Derecho –*licitud*–. *Digesto* 2.3.1.4; *D.* 2.7.5.1; *D.* 10.4.9.8.; *D.* 47.8.4.11; *D.* 50.16.179; *D.* 50.16.193.

<sup>276</sup> STS de 26 de marzo de 1997.

material, como los daños biológicos o físicos, y los daños morales, habrán de ser valorados económicamente para cuantificar la oportuna indemnización en dinero de los importes que puedan sufragar, resarcir, paliar o compensar aquéllos.

Como señala la jurisprudencia más reciente, «las formas de reparar el daño son la reparación específica o *in natura* y la indemnización por equivalencia. Dentro de la primeras distingue la dogmática, en sede de responsabilidad contractual, entre la reparación *in natura* del daño y el cumplimiento *in natura* de la obligación incumplida. La reparación *in natura* consistirá en reintegrar la esfera jurídica que se ha lesionado a otra persona a su estado anterior a la causación del daño, colocando al damnificado en la situación en la que se encontraría si no se hubiese producido el evento dañoso. Por contra, la reparación por equivalencia, denominada también indemnización y resarcimiento, lo que persigue es que se compense o resarza el menoscabo patrimonial sufrido por el damnificado, a través normalmente de la entrega de una suma de dinero, que se traduce en la prestación del *id quod interest*»<sup>277</sup>.

La jurisprudencia se decantó como regla general por el cumplimiento en forma específica, otorgando prelación a la *restitutio in integrum* sobre la indemnización con entrega de suma de dinero<sup>278</sup>, declarando que en nuestro sistema el cumplimiento de la obligación por equivalencia es subsidiario de la satisfacción del acreedor de forma específica.

Se indica que: «es cierto que, en determinados supuestos se ha señalado la solución contraria, a saber, que la posibilidad de instar la reclamación directa de la indemnización pertinente es una excepción a la regla general del artículo 1098 CC de la reparación *in natura*»<sup>279</sup>.

Ahora bien, aun en estos casos, se ha mantenido la procedencia de la pretensión resarcitoria por equivalencia, por concurrir una serie de circunstancias, como ocurre en este caso en el que admite la sentencia que hubo un acto de conciliación que terminó sin avenencia. Todo ello como consecuencia racional y lógica de que el fin de la indemnización es tanto como la reparación o compensación y trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a cos-

---

<sup>277</sup> STS 525/2015, de 28 de septiembre de 2015 (FJ 3).

<sup>278</sup> STS de 9 noviembre 1968 y STS 10 de octubre de 2005.

<sup>279</sup> SSTs de 25 de marzo de 2015, de 13 de julio y 27 de septiembre de 2005, de 16 marzo de 2011, y de 17 de marzo de 1995.

ta del responsable del daño, en situación igual o al menos equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño, y que la solución indemnizatoria es más efectiva en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo<sup>280</sup>.

#### INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, editorial Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2017; COHNFELDT, R., *Die Lehre vom Interesse nach römischen Recht*, Roma, 1971; CUPIS, DE, A., *El daño* (traducción de A. Martínez), Barcelona, 1975; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, 2ª edición 2018; KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, II Abschnitt, 2ª edición, München, 1975 (traducción, de J. Santa Cruz, Madrid, 1978); KASER, M., *Römisches Privatrecht*, 15ª edición, München, 1989; LACRUZ BERDEJO, J. L. (et. al.), *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, volumen 1º, Parte General. Teoría General del Contrato*, 4ª edición, revisada y puesta al día por F. Rivero, editorial Dykinson, Madrid, 2007; LANGE, H., *Schadensatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Köln, 1955; MEDICUS, D., *Id quod interest*, Köln-Graz, 1962; ROBERTIS, DE, F., «Sulla risarcibilità dell danno morale nel diritto giustiniano», *Scritti varii di Diritto romano*, Bari, 1987; SCHIPANI, S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2000; SCOGNAMIGLIO, R., «Il danno morale», *Rivista di Diritto Civile* 1 (1957); SILVA, A., *La patrimonialidad de la prestación y la protección del interés no patrimonial en el derecho romano y en la dogmática jurídica moderna*, Cáceres, 2003; WENGER, L., *Actio iudicati*, Buenos Aires, 1954; WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, Tomo II (traducción de C. Fadda-P.E. Bensa), Torino, 1930.

---

<sup>280</sup> STS 21 de diciembre de 2010.





## CAPÍTULO VII

### TRANSMISIÓN Y EXTINCIÓN DE LA *OBLIGATIO*

**Sumario:** 1. La transmisión de la *obligatio*. 1.1. La cesión del crédito o la deuda: planteamiento. 1.2. *Delegatio nominis*. 1.3. *Procuratio in rem suam*. 2. La extinción de la *obligatio*: sus modalidades. 2.1. Modos de extinción y sus efectos. 2.2. *Ipsa iure*. 2.2.1. *Solutio*. 2.2.2. *Novatio*. 2.2.3. *Acceptilatio*. 2.2.4. *Mutuus dissensus*. 2.2.5. *Confussio*. 2.2.6. Pérdida de la cosa debida. 2.3. *Ope exceptionis*. 2.3.1. *Compensatio*. 2.3.2. *Pactum de non petendo*. Indicación bibliográfica.

#### 1. LA TRANSMISIÓN DE LA *OBLIGATIO*

**1.1. La cesión del crédito o la deuda: planteamiento.** La idea de que la obligación pudiera transmitirse o ser cedida –ya sea el crédito o la deuda– representó una noción muy difícil de aceptar en Roma<sup>281</sup>, debido al carácter eminentemente personal que tenía el vínculo de derecho (*iuris vinculum*) que surgía entre el acreedor y el deudor, tal como se advirtió al conocer las estipulaciones a favor y a cargo de terceros. Esto es fácilmente comprensible, en un primer momento, en una sociedad que, al basar su economía en la agricultura y la ganadería, no debía sentir una gran necesidad de tener que transmitir los créditos entre las personas.

Pese a lo anterior, junto al crecimiento de la economía y a la propia naturaleza creativa e imaginativa de los romanos, llegarían a formular diversas vías para atenuar o esquivar las rigideces propias de un Derecho arcaico para irlo adecuando a los nuevos tiempos, pudiendo, finalmente, cederse tanto los créditos como las deudas. Así, aunque en la época clásica no se conocían prácticamente excepciones, estas comenzarán a aparecer a partir del Derecho postclásico<sup>282</sup>.

Para ambos casos de cesión se sirvieron los romanos de dos mecanismos: la *delegatio nominis* y la *procuratio in rem suam*. La admisión de estas figuras favorecía la flexibilización del Derecho y su adecuación a

---

<sup>281</sup> PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, México D.F., 1990, pp. 484-485.

<sup>282</sup> ARIAS, J.-ARIAS, J.A., *Derecho romano*, Madrid, 1979, p. 706; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001, pp. 317-318.

los nuevos tiempos, sin romper su tradición de corte rígida y estricta.

No obstante las reticencias a la transmisión de cualquier clase derechos entre personas del Derecho romano, que casi solo admitía la sucesión hereditaria, además de, tímidamente, las dos figuras indicadas, en el Derecho moderno, en la época previa a las codificaciones, ya se admitió la cesión de créditos sin las estrecheces del *Corpus Iuris Civilis*<sup>283</sup>.

**1.2. *Delegatio nominis*.** La denominada *delegatio nominis*, implicaba una simple novación del crédito o de la deuda. Esta es la primera forma de ceder los créditos o deudas conocida en el Derecho romano, en la que se producía un cambio, bien de los acreedores, bien de los deudores. En verdad no se llega a producir tal traspaso o cesión de un crédito o una deuda sino tan solo de la sustitución del acreedor o del deudor.

Así, por ejemplo, en el caso de una cesión de crédito, el acreedor A (acreedor) inducía a B (deudor inicial) a que prometiera el cumplimiento de la prestación debida a C (acreedor nuevo), de tal manera que se extingue la primera obligación naciendo otra distinta. En realidad, si nos fijamos bien, no hay ningún traspaso de la obligación, sino que se sustituye la antigua por otra<sup>284</sup>, que presenta un inconveniente pues para que esto se pudiera llevar a cabo, había de estar de acuerdo el deudor.

En el caso de una cesión de deuda, el sistema funcionaría igual pero ahora sería A (deudor inicial) quien trata de que B (deudor nuevo) prometa que va a cumplir la prestación debida a C (acreedor), debiendo, eso sí, contar con la aceptación de este último para poder concluir satisfactoriamente tal transmisión de deuda.

---

<sup>283</sup> En España, el actual Código civil dispone en su art. 1112 CC que: «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario». Se trata de la proclamación en nuestro Derecho patrimonial del llamado principio general de transmisibilidad del crédito. Su importancia es extraordinaria por el volumen de cesiones, traspasos y transferencias de dinero que diaria-mente se ejecutan en la práctica diaria los países con economías libres de mercado que, al día de hoy, son la inmensa mayoría en todo el mundo. Tratándose de «los derechos adquiridos en virtud de una obligación», es decir, del crédito, no de la deuda, se evidencia que se reconoce como una facultad del acreedor que la puede ejercer libremente, al margen de la voluntad del deudor, aunque éste la desconozca o no la consienta (SSTS de 18 julio 2005, de 26 septiembre 2002, 22 febrero 1994 y de 15 noviembre 1990).

<sup>284</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones De Derecho Privado Romano* (traducción de J. Daza), Madrid, 1991, p. 584.

**1.3. *Procuratio in rem suam.*** Es un mecanismo ideado con posterioridad a la *delegatio nominis*, con la finalidad de eliminar los inconvenientes que pudiera conllevar dicha figura como, por ejemplo el visto bueno del deudor o del acreedor, sin el cual no podía celebrarse la *delegatio*.

La *procuratio in rem suam* va a consistir en que, por ejemplo, si estamos ante la cesión de un crédito, el acreedor (A) que va a cederlo, nombra al otro acreedor (B) como representante suyo, que se va a hacer cargo de él en concepto de *cognitor* o *procurator* para que entablase la acción contra el deudor. Una vez recibido el pago por parte de (B) en calidad de representante del acreedor (A) este último le eximirá posteriormente de tener que traspasarle los efectos del litigio, con lo que se consolida la cesión del crédito.

Ahora bien, hasta que se fijaban de manera definitiva los límites de la controversia en la *litis contestatio*, el cedente (A) podía revocar tal cesión de crédito, que desaparecía igualmente si el cesionario (B) moría o si el deudor le pagaba a él directamente.

En época de Antonino Pío (siglo II d. C.) el cesionario no va a ser una persona que maneje una situación ajena sino propia, de manera que si el cedente moría o intentaba revocar la cesión esto no influía ya para nada. En época de Justiniano, se va a distinguir una cesión de crédito voluntaria (es decir, que tiene su origen en la libre voluntad del cedente)<sup>285</sup> y una necesaria o legal (la ley obliga a esa cesión del crédito).

En la cesión de deuda a través de la *procuratio in rem suam*, el sistema va a funcionar de forma similar con la única diferencia de que el de *cognitor* o *procurator* o deudor cesionario (B) va a representar al deudor ce-

---

<sup>285</sup> En el Derecho civil actual, esta voluntariedad implica un contrato de cesión que la jurisprudencia denomina a veces «contrato de cesión de créditos» (SSTS de 5 de noviembre y de 19 de febrero de 1993), tal vez porque la regulación de la cesión de créditos se ubica en el Código civil en sede de «contrato compraventa» (arts. 1526 al 1536), bajo el rótulo «De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales». Sin embargo, como es obvio, no sólo pueden cederse los créditos mediante el contrato de compraventa, sino, también, a través de cualquier negocio o contrato transmisivo, como la permuta o la donación. Los sujetos afectados principalmente son: 1) el cedente o acreedor primitivo, que suele desaparecer de la relación tras la transmisión; 2) el cesionario o tercero que adquiere el derecho de crédito, convirtiéndose en el nuevo acreedor; y 3) el cedido que es el deudor inicial cuya posición no se altera, salvo que deberá pagar a otro. La cesión de créditos se produce por: a) disponerlo la ley, generando dicho efecto legal; y b) pacto, al que la ley reconoce tal efecto transmisivo. Cfr. ACEDO, A., *Teoría general de las obligaciones*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, p. 95.

dente (A) y cumplirá la prestación debida ante el acreedor. En este caso, el acreedor va a participar en este litigio siempre que se asegure el cobro por parte del deudor cesionario a través de la *satisdatio iudicatum solvi*<sup>286</sup>.

## 2. LA EXTINCIÓN DE LA *OBLIGATIO*: SUS MODALIDADES

**2.1. Modos de extinción y sus efectos.** Se llama *solutio* al momento de la extinción de la obligación en Roma, lo que conllevará la desaparición del vínculo jurídico que venía uniendo al acreedor y al deudor.

La *obligatio* romana podía extinguirse por diversos medios: unos con efectos contemplados por el propio *ius civile* y otros por el *ius pretorium*. Los primeros extinguen todas las obligaciones con independencia de su naturaleza, y los segundos sólo a determinadas obligaciones.

Las modalidades concretas de extinción de las obligaciones<sup>287</sup> se pueden clasificar y examinar según los efectos que produzcan, observándose dos grupos en los que se integran: los *ipso iure* y *ope exceptionis*.

**2.2. Ipso iure.** Los mecanismos con efectos *ipso iure* de la *obligatio*, implican automáticamente su extinción, a partir del momento de su producción: para el sujeto activo, el acreedor, que pierde su acción, desapareciendo su crédito; para la otra parte, el sujeto pasivo, el deudor queda liberado y se elimina su responsabilidad.

Los modos *ipso iure* de extinción de las obligaciones en Derecho romano, se pueden sintetizar en estos<sup>288</sup>: 1) el pago (*solutio*), 2) la novación (*novatio*), 3) la aceptación (*acceptilatio*), 4) el mutuo disenso (*mutuus dissensus*), 5) la confusión (*confusio*) y 6) la pérdida de la cosa debida.

**2.2.1. Solutio.** El pago (*solutio*) es el medio natural de cumplimiento y

<sup>286</sup> La *satisdatio iudicatum solvi* es la garantía –a través de una *stipulatio*– mediante la cual el demandante –acreedor– se asegura el cumplimiento de la sentencia en los supuestos en los que el demandado litiga por medio de un representante en relación con una obligación principal previamente constituida. *Instituta* 1.24; *Digesto* 50.16.6.

<sup>287</sup> En la actualidad, el artículo 1156 CC, determina que «Las obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento. Por la pérdida de la cosa debida. Por la condonación de la deuda. Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor. Por la compensación. Por la novación». Sin embargo, la anterior enumeración del precepto no agota todos los mecanismos de extinción puesto que faltan, entre otros, el mutuo disenso, la expiración del plazo a fecha fija, la condición resolutoria, y la muerte (en este caso únicamente en las obligaciones personalísimas).

<sup>288</sup> RASCÓN GARCÍA, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 2011, p. 315.

ejecución de la prestación que extingue la obligación, ya tenga ésta por objeto una *datio* o un *facere*<sup>289</sup>. En realidad, viene a ser el efectivo cumplimiento de la *obligatio* para lo cual se constituyó y, por tanto, la normal, frecuente y preferible, finalización de la misma<sup>290</sup>.

En términos generales, se entiende por *solutio*, la disolución del lazo de la obligación: «la palabra pago corresponde a toda liberación hecha de cualquier modo, y se refiere más bien a la sustancia de la obligación, que al pago de dinero»<sup>291</sup>. Por tanto, por *pago* se entiende, no solo la entrega de una suma de dinero, sino el total cumplimiento de cualquier prestación con independencia de la naturaleza que sea.

Para que se extinga la obligación a través del pago, es necesario que éste sea válido, cumpliéndose unas condiciones<sup>292</sup>: *a)* se debe efectuar por la persona indicada, *b)* a la persona indicada y *c)* ha de consistir en la entrega del objeto previsto o el pago total si es una suma de dinero.

Por ello, si la obligación consistiera en un *dare*, podrá ser efectuado no sólo por el deudor sino también por un tercero<sup>293</sup>, no pudiéndose negar el acreedor a ello<sup>294</sup>. Si la obligación consistiera en un *facere*<sup>295</sup>, se aplicarían las reglas anteriores salvo que el acreedor contratara con el deudor por su fama o su larga experiencia (obligación personalísima)<sup>296</sup>.

Tal pago deberá, además, efectuarse al acreedor o a un tercero que lo

<sup>289</sup> PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005, pp. 330-334; FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018, pp. 356-357.

<sup>290</sup> GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1993, pp. 320 y ss.

<sup>291</sup> *Digesto* 46.3.54 y D. 50.16.176.

<sup>292</sup> FERNANDEZ DE BUJAN, A., *op. cit.*, p. 356.

<sup>293</sup> En términos muy parecidos se recibe el derecho romano en el derecho castellano (SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. D., «Notas para una teoría general del derecho de obligaciones en Las Partidas», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 85 (1994-95), p. 280. Artículo 1158 CC: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago».

<sup>294</sup> Salvo que ese tercero no sea el propietario de la cosa, o sea un incapaz (física o jurídicamente hablando), etc.

<sup>295</sup> *Digesto* 46.3.31.

<sup>296</sup> Art. 1161 C: «En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

represente o disponga de un mandato para recibirlo (el presentante legal –*tutor, curator*– o voluntario –*procurator*–)<sup>297</sup>. En consecuencia, resultaría nulo cualquier pago hecho a cualquier otra persona.

El pago ha de ser total<sup>298</sup>, es decir, debe consistir en una ejecución completa de la prestación debida. Pero el acreedor puede aceptar una prestación diferente, liberándose el deudor (*datio in solutum*)<sup>299</sup>. Este pago o cumplimiento se deberá realizar en el lugar pactado (*locus solutionis*)<sup>300</sup> y si nada indicare la obligación, se hará en el domicilio del deudor<sup>301</sup>.

Por lo que respecta al momento del pago, será el acuerdo de las partes el que establezca cuándo ha de llevarse a cabo. Si no se fijara por las partes o no se dedujera de la naturaleza de la prestación, el pago deberá realizarse de forma inmediata, simultáneamente, en su caso<sup>302</sup>.

**2.2.2. *Novatio*.** La novación implica la extinción de una obligación por la creación de otra obligación nueva que viene a sustituir a la antigua<sup>303</sup> lo que se realiza a través del mecanismo de la *stipulatio*.

<sup>297</sup> Artículo 1162 CC: «El pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre».

<sup>298</sup> A la exigencia del pago total y completo de la prestación la recoge el art. 1157 CC: «No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía». Se completa con el art. 1169 que solo permite el pago parcial si lo acepta el acreedor: «A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación. Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda».

<sup>299</sup> Artículo 1166 CC: «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor». Interpretado a *sensu contrario*, tampoco se impide al acreedor que pueda aceptar una prestación diferente a la pactada como pago de la obligación.

<sup>300</sup> Excepto que se trate de una obligación de entrega de cosas, de manera que ésta se realizará donde éstas se hallen.

<sup>301</sup> Artículo 1171 CC: «El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor».

<sup>302</sup> No habiéndose pactado un plazo, igual criterio sigue el artículo 1113 CC: «Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren».

<sup>303</sup> *Digesto* 46.2.1 pr-1: «*novatio est prioris debiti in alienam obligationem transfusio atque transaltio*».

Su utilidad radica en que, en ocasiones, tanto el deudor como el acreedor, pueden desear modificar algún elemento de la obligación pero conservando el objeto de la misma. Por ejemplo, un cambio en la persona del acreedor, que sólo podía hacerse mediante la extinción de la obligación antigua y la creación de otra nueva y, por tanto, exigía para poder realizarla la existencia de una obligación previa<sup>304</sup>.

La novación precisa ciertos requisitos para su validez: *a)* existencia de una obligación anterior; *b)* que nazca una obligación nueva; y *c)* que esta se origine con la intención de sustituir a la obligación primera<sup>305</sup>.

Parece ser que en el Derecho justiniano podría variar incluso el objeto de la obligación ya que no va a ser éste el centro de la misma, sino el *animus novandi* o intención de novar (sustituir) algo por las partes<sup>306</sup>.

**2.2.3. *Acceptilatio*.** La aceptilación consiste en la extinción de la obligación que opera mediante el compromiso del acreedor, formal o expreso, de carácter ritual y solemne, de no reclamar el pago, o mediante la afirmación de que ya había recibido y aceptado el pago del deudor.

Sin embargo, cuando este compromiso del acreedor se realizara tácitamente, o por cauces no solemnes, entonces no operará una extinción *ipso iure* de la obligación, sino que sus efectos solo serán *ope exceptionis*.

La aceptilación únicamente puede hacerse a través de la *stipulatio* (contrato verbal) por el acreedor y sólo frente al deudor, y no a terceros

<sup>304</sup> PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 2015, pp. 485-486.

<sup>305</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano*, 7ª ed., Madrid, 2014, p. 495.

<sup>306</sup> Aunque hoy la novación tiene un sentido y utilización mucho más amplia, en lo básico, la regulación actual española sigue los principios romanos básicos de la *novatio* justiniana, tal como se desprende de los artículos 1203 al 1213 CC. En el primero de ellos se indica que: «Las obligaciones pueden modificarse: 1.º Variando su objeto o sus condiciones principales. 2.º Sustituyendo la persona del deudor. 3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor». El art. 1205 CC establece el concepto legal actual de novación, con el requisito de la aceptación del acreedor: «La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor». Respecto de la extinción de la obligación primitiva, dispone el art. 1204 CC: «Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles». Completado por el art. 1207, también sobre la extinción: «Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento».

salvo excepciones<sup>307</sup>. No puede ser ninguno de ellos reemplazado, aunque a veces era necesario recurrir a un tercero, pero en casos extremos.

**2.2.4. *Mutuus dissensus*.** Dado que las obligaciones se crean por el consentimiento de las partes<sup>308</sup>, en buena lógica, mediante esta figura del mutuo disenso o mutuo disenso, pueden también extinguirse, por otra voluntad de las partes pero esta vez contraria<sup>309</sup> si bien éste tiene que producirse antes de toda ejecución<sup>310</sup>.

**2.2.5. *Confusio*.** Mediante la confusión de créditos se viene a extinguir la *obligatio* dado que una persona no puede deberse algo a sí misma, es decir, que para que haya una obligación han de existir, al menos, un deudor y un acreedor (personas distintas)<sup>311</sup>. En consecuencia, cuando en una misma persona se reúnen ambas cualidades (acreedor y deudor) la obligación se extingue automáticamente<sup>312</sup>.

---

<sup>307</sup> Como por ejemplo, en los casos en que el deudor se vuelve loco y el acreedor le quiere hacer la *acceptilatio*. En ellos se hacía uso de la novación en que se cambiaba al loco por el curador (ahora deudor) y a quien más tarde se perdonaba la deuda de la manera formal que exige la *acceptilatio*. *Digesto* 46.4.13.10.

<sup>308</sup> *Digesto* 50.17.35.

<sup>309</sup> *Instituta* 3.29.4.

<sup>310</sup> No la contempla el Código civil, aunque su reconocimiento y aplicación constante son indudables. Se define el mutuo disenso como aquel negocio jurídico de carácter bilateral, o plurilateral, mediante el cual los sujetos principales de una relación jurídica obligatoria acuerdan dejarla sin efecto. La jurisprudencia «ha admitido el mutuo disenso como causa de extinción de las obligaciones» (STS de 10 de octubre de 2007), exigiendo como requisitos para que el citado mutuo disenso funcione como causa de extinción de las obligaciones que aparezca «expresamente probado y aceptado por las personas que primitivamente se obligaron, sin que pueda tener efectos liberatorios la unilateral voluntad de una de las partes, precisamente aquella que aparece como incumplidora» (STS de 21 de mayo de 1992) y que «al mutuo disenso, contrato extintivo, sólo se llega por declaraciones de voluntad expresas o tácitas, o actos concluyentes» (STS de 15 diciembre de 2004). Su efecto principal es la extinción de las obligaciones acordadas por las partes de un contrato, antes de su cumplimiento. Sin embargo, será la voluntad de las partes las que definan el alcance y efectos del acuerdo de mutuo disenso, así como los que decidan sobre el contrato originario (SSTS de 26 marzo de 2009, de 26 de septiembre de 2008 y de 5 de abril de 1979).

<sup>311</sup> GAYO, *Instit.*, 4.78; *Digesto* 18.4.2.18; *D.* 46.3.75. PANERO, R. *op. cit.*, p. 492. Por ejemplo, el que tiene una deuda con alguien y de repente hereda unos bienes que pertenecían a ese deudor.

<sup>312</sup> Contendida en el art. 1192.I CC, que, además, la define de manera muy simple, al establecer que la confusión de los derechos de acreedor y deudor: «quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor». Para la jurisprudencia: «la confusión de derechos es el medio



**2.2.6. Pérdida de la cosa debida.** Hace referencia a que una obligación ha de tener necesariamente un objeto, es decir, no puede existir sin un objeto, por ejemplo, porque éste perece. De esta manera, la desaparición del mismo hace que se extinga la obligación, siempre y cuando estemos ante unas circunstancias concretas como sería una obligación específica y no genérica (*genus nunquam perit*)<sup>313</sup>.

**2.3. Ope exceptionis.** Los modos *ope exceptionis*, no suponen la extinción automática de la *obligatio*, sino que se limitan a otorgar al deudor una excepción perpetua mediante la cual puede paralizar y hacer inútil la acción que contra él pueda ejercitar el acreedor reclamando el pago.

Estas «excepciones», son: *a*) la compensación (*compensatio*), y *b*) el pacto de remisión (*remittere debitum* o *pactum de non petendo*).

**2.3.1. Compensatio.** En la compensación se produce la extinción de la *obligatio* porque dos personas resultan entre sí, recíprocamente, acreedoras y deudoras a la vez, una respecto de la otra, y viceversa<sup>314</sup>, pudiendo extinguirse la deuda hasta donde alcance la menor de ellas o, totalmente, si ambas prestaciones fueran idénticas o equivalentes<sup>315</sup>.

A partir de la época de Marco Aurelio (s. II d. C.) se generalizó la compensación como medio de extinción de las obligaciones, ya con tres

---

extintivo de la obligación que opera por reunirse en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor, puesto que es inconcuso que toda obligación se extingue cuando en el obligado recae el derecho a exigir el cumplimiento» (STS 2 de julio de 1925).

<sup>313</sup> El Código civil se refiere a la «pérdida de la cosa debida», en la segunda de las causas de extinción de las obligaciones que enumera en su artículo 1156, y luego identifica con esa misma frase a la sección que desarrolla su régimen legal contenido en los arts. 1182 a 1186. Sin embargo, en la actualidad, la «pérdida de la cosa» sólo se refiere a uno de los diversos modos en que puede extinguirse la obligación porque no pueda cumplir el deudor, pero deja fuera otros precisándose una expresión más realista. Por ello, el término «pérdida de la cosa debida» ha quedado superada por la doctrina y la jurisprudencia, que utilizan de manera consolidada la expresión más amplia y adecuada de imposibilidad sobrevenida de la prestación. No obstante, debe reconocerse que el art. 1184 CC al menos cita de manera expresa la imposibilidad al indicar: «cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible» refiriéndose a las obligaciones de hacer. Cfr. ACEDO, A., *op. cit.*, pp. 151-152.

<sup>314</sup> *Digesto* 16.2.1.

<sup>315</sup> Artículo 1195 CC. «Tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra». Cuando opera, sus efectos extintivos de las obligaciones vienen establecidos el vigente artículo 1202 CC: «El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores».

tipos diferentes de compensación: convencional, judicial y legal.

1. La compensación *convencional* consiste en la situación que se genera cuando ambas partes sean, a la vez, deudoras y acreedoras recíprocas y las dos, de mutuo acuerdo, consienten la extinción.

2. En la compensación *judicial* es el juez quien en su sentencia determina que opera tal forma de extinción de las obligaciones, siempre a petición de una de las partes y con la habitual oposición de la otra.

3. La compensación *legal* es la resultante de una disposición de la ley<sup>316</sup> que obliga *ipso iure* a las partes a llevarla a cabo, o que el juez, en su caso, haya de tenerla en cuenta necesariamente<sup>317</sup>.

**2.3.2. Pactum de non petendo.** Se llama pacto de remisión, *remittere debitum* o *pactum de non petendo*, denominaciones precisas y que se ciñen al Derecho romano. Con matices, puede asimilarse, en alguna medida y en ciertos casos, con la figura actual de la condonación de la deuda<sup>318</sup>.

Mediante ella el acreedor condona –perdona– al deudor el cumplimiento de la prestación<sup>319</sup>, pero en Roma, mediante esta figura, este perdón de la deuda no se hacía expresamente sino solo de dos formas: tácitamente o por cauces no solemnes, bastando el simple acuerdo<sup>320</sup>.

La forma tácita opera, por ejemplo, se entrega<sup>321</sup> por el acreedor al

<sup>316</sup> Los requisitos para que opere eficazmente la compensación actual se establecen en el artículo 1196 CC: «Para que proceda la compensación, es preciso: 1.º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro. 2.º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado. 3.º Que las dos deudas estén vencidas. 4.º Que sean líquidas y exigibles. 5.º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor».

<sup>317</sup> ARIAS, J.-ARIAS, J.A., *op. cit.*, p. 716; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., pp. 608-612.

<sup>318</sup> DAZA, M. J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 321, ARIAS, J.-ARIAS, J.A., *op. cit.*, pp. 723-724.

<sup>319</sup> Aunque la coincidencia de la *remittere debitum* o *pactum de non petendo* con la figura actual de la condonación no es exacta, sí que tiene grandes similitudes. Así, el artículo 1187 CC establece los dos modos principales de condonación reconocidos en nuestro Derecho civil: «La condonación podrá hacerse expresa o tácitamente».

<sup>320</sup> *Digesto* 2.14.2 pr-1.

<sup>321</sup> El art. 1188 CC regula este supuesto romano: «La entrega del documento privado justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo. Si para invalidar

deudor el escrito que sirve de prueba para exigir el cumplimiento de la prestación. La forma expresa, no solemne, podía ser oral o por carta<sup>322</sup>.

Cabe la posibilidad de formularla de dos maneras diferentes: 1ª) el *pactum de non petendo in personam*, cuando la condonación de la deuda está referida exclusivamente a una persona concreta pero no a otra que pudiera ponerse en su lugar; y 2ª) el *pactum de non petendo in rem*, referido a la condonación de la deuda de cualquiera en general, produciéndose sus efectos respecto de todos los deudores.

### INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Teoría general de las obligaciones*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2016; ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano*, Madrid, 1979; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L. *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 7ª edición, Madrid, 2014; FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018, GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1993, PANERO, R. *Derecho romano*, Valencia, 2015; PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, México D.F., 1990, PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005; RASCÓN GARCÍA, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 2011; SÁNCHEZ, Mª. D., «Notas para una teoría general del derecho de obligaciones en Las Partidas», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 85 (1994-95), VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano* (traducción de J. Daza), Madrid, 1991.

---

esta renuncia se pretendiere que es inoficiosa, el deudor y sus herederos podrán sostenerla probando que la entrega del documento se hizo en virtud del pago de la deuda». Y el art. 1189 CC una presunción de similar efecto: «Siempre que el documento privado de donde resulte la deuda se hallare en poder del deudor, se presumirá que el acreedor lo entregó voluntariamente, a no ser que se pruebe lo contrario».

<sup>322</sup> Respecto de sus efectos, el artículo 1190 CC determina que: «La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejará subsistente la primera». En la misma línea, el artículo 1191 CC establece que «Se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor».



## CAPÍTULO VIII

### LAS FUENTES DE LA *OBLIGATIO*

**Sumario:** 1. Fuentes productoras de las obligaciones. 1.1. Significado y evolución. 1.2. Nomenclatura del *ius civile*. 1.3. Concepción dual gayana. 1.3.1. Planteamiento. 1.3.2. Contratos y delitos. 1.3.2.1. Delitos. 1.3.2.2. Contratos. 1.3.3. Insuficiencia de la dualidad. 1.4. División tripartita. 1.5. División cuatripartita. 1.6. División pentapartita. 1.7. Concepción actual. 2. Diferencias entre obligaciones según el vínculo. 2.1. Obligaciones según el *ius civile* y obligaciones pretorias. 2.2. Obligaciones según el *ius civile* y obligaciones naturales. 2.3. Obligaciones de derecho estricto y obligaciones de buena fe. Indicación bibliográfica.

#### 1. FUENTES PRODUCTORAS DE LAS OBLIGACIONES

**1.1. Significado y evolución.** Si la primera acepción de fuente es «manantial de agua que brota de la tierra», para el Derecho sería lugar u origen de donde proceden determinadas instituciones a las que el ordenamiento jurídico les otorga determinados efectos. En lo que aquí respecta, se consideran fuentes de las obligaciones aquellos hechos a los que el ordenamiento jurídico romano les concedía la eficacia de hacer que surgiera un vínculo obligatorio entre dos o más personas.

Una característica de la evolución del Derecho romano va a ser el incremento progresivo de dichas fuentes de acuerdo con el desarrollo histórico, económico, social y jurídico de la sociedad romana<sup>323</sup>.

**1.2. Nomenclatura del *ius civile*.** Hasta el Derecho clásico, durante el siglo II d. C., estas fuentes de la *obligatio* estarán limitadas a ciertos hechos específicamente determinados por el *ius civile*.

Así, a esos escasos hechos a los que se consideraba como generadores de obligaciones por el *ius civile*, se añadirán, posteriormente, algunas otras situaciones tuteladas por el pretor, mediante acciones, reconociéndolas como verdaderas relaciones obligatorias.

---

<sup>323</sup> VOLTERRA, E. *Instituciones de derecho privado romano* (traducción de J. Daza), Madrid, 1991, p. 453.

**1.3. Concepción dual gayana.** Según parece, las *Institutiones* de GAYO (en el año 161 d. C.) fue la primera obra de la que se tiene referencia en la que se hiciese referencia a las fuentes de las obligaciones.

**1.3.1. Planteamiento.** A través de los textos clásicos, se observa cómo los juristas romanos presentaban las fuentes de las obligaciones contraponiendo la voluntad de las partes –como creadoras de vínculos personales en sus inicios y jurídicos con posterioridad– con la de actos ilícitos, de los que también se deriva una *obligatio*.

Según lo avanzado, fue GAYO quien determinó primeramente que toda obligación nace de un contrato<sup>324</sup> o de un delito<sup>325</sup>, dualidad que se fue ampliando posteriormente en otros muchos textos.

GAYO, pues, considera como fuentes primordiales de las obligaciones las manifestaciones de voluntad de las partes –*contratus*– o la que surge entre el que causa un delito y la víctima –*delictum*–. ULPIANO y PAULO, afirman lo mismo en otros textos<sup>326</sup>.

Sin embargo, otros juristas, como MODESTINO, no han seguido el método de clasificación clásico sino otro distinto bastante confuso indicando y mezclando las diferentes fuentes de las obligaciones<sup>327</sup>.

**1.3.2. Contratos y delitos.** De las diversas fuentes admitidas en el Derecho clásico como generadoras de obligaciones, tal como se ha indicado, las más antiguas son los delitos<sup>328</sup> y los contratos<sup>329</sup>.

<sup>324</sup> En relación con las diferentes interpretaciones a que pueden dar lugar las omisiones de determinadas formas de contratos reales en la propia clasificación de los contratos que el propio GAYO realiza. PARICIO, J., «Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana», *Homenaje a J. L. Murga Gener*, Madrid, 1992, pp. 51 y ss.; SOLAZZI, S., «Le obbligazione romana», *Scritti giuridici II*, Milano, 1948, p. 350.

<sup>325</sup> GAYO, *Instit.*, 3.182; 4.2: «*Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*»; «*In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu ex delicto obligatus est*»; 2.95: «*Obligatio in duas species dividitur: nam omnes obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex culpa*».

<sup>326</sup> *Digesto* 5.1.57: «*Tam ex contractibus, quam ex delictis in filiumfamilias competit actio*». *D.* 50.16.12 pr: «*ut si cui ex emto, vel ex locato, vel ex alio ullo debetur*».

<sup>327</sup> *Digesto* 44.7.5.2: «*Obligamur aut re, aut verbis, aut utroque; aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut ex peccato*». Cfr., KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 365 nota a pie 25.

<sup>328</sup> VOCI, P., *Istituzioni di diritto romano*, 4ª edición, Milano, 1994, pp. 354 y ss. Sobre la evolución y, más concretamente, los términos *crimen*, *poena*, *delictum*, en la Ro-

**1.3.2.1. Delitos.** Existe la obligación genérica e universal de todos los ciudadanos de no perturbar, molestar o perjudicar, a ningún miembro de la sociedad en el disfrute de sus derechos y bienes, y, en caso de causar un daño o perjuicio de manera injustificada, repararlo.

A través del término *delicta* –en época clásica– se indicaban también unos actos determinados, ilícitos como eran: *furtum*, *rapina*, *iniuria*, *damnum iniuria datum* cuya realización hacía nacer –según el *ius civile*– una relación obligatoria entre el autor del mismo y la víctima; así como el derecho de ésta a exigir el pago de una *poena* a través de diferentes *actiones iuris civilis*.

**1.3.2.2. Contratos.** Por otra parte, desde el punto de vista de los contratos, también surgen obligaciones sobre la base de los actos que a tal fin reconocía efectos jurídicos el *ius civile* basados en causas típicas.

**1.3.3. Insuficiencia de la dualidad.** De la expuesta división popularizada por GAYO se infiere con claridad que la limitación del elenco de las fuentes a los acuerdos de voluntades y a los actos ilícitos era notoriamente insuficiente ya para los juristas de su tiempo<sup>330</sup>.

La identificación de *contractus* con acuerdo dejaba al margen de las fuentes de las obligaciones a una gran cantidad de actos lícitos que engendraban una *obligatio* y que no encajan en la *summa divisio* de GAYO.

Por ello, en una obra posterior, la *Res cottidianae*, se encuentra una nueva clasificación más completa de las fuentes de las obligaciones<sup>331</sup>.

**1.4. División tripartita.** A las dos únicas fuentes de la concepción gayana, delitos y contratos, y habida cuenta de las deficiencias advertidas, se añade una tercera modalidad de fuente que, si bien podían ser próximas a los contratos, no podían integrarse en estos ante la falta de acuerdo de las partes, prestación del consentimiento o voluntad común.

Tal podría ser el caso del pago realizado indebidamente (*solutio inde-*

---

ma arcaica; BAUMAN, R., *Crime and punishment in ancient Rome*, New York, 1996, pp. 1-8; aunque, en general, trata del tema a lo largo de todo el trabajo tal y como se refleja en el título del mismo.

<sup>329</sup> BORKOWSKI, A. *Textbook on roman law*, 2ª edición, London, 1997, pp. 256-259.

<sup>330</sup> PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, México D.F., 1990, p. 316.

<sup>331</sup> *Digesto* 44.7.1 pr: «*Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*». ARIAS, J.-ARIAS, J.A., *Derecho romano*, Madrid, 1979, p. 598.

*biti*) a una persona a quien nada se debía, por lo que generaba en quien lo recibió, la obligación de devolver aquello que le fue entregado por error y otro motivo, pero sin justificación jurídica alguna<sup>332</sup>.

En esta tercera categoría (añadida a la de delito y contrato) se incluyen una serie de fuentes entre las que se encuentran: situaciones próximas al contrato, actividades cercanas al delito y otras que no estaban protegidas por el *ius civile* pero sí por el *ius pretorium*.

**1.5. División cuatripartita.** A las dos fuentes de la concepción dual de las *Instituciones* que las dividía en *contractus* y *delicta*, e incluyendo las situaciones difusas de la tercera categoría, se añaden ahora otras, más precisas, que incluyen los otros actos lícitos generadores de obligaciones semejantes a los contratos, pero que no pueden calificarse propiamente de tales al faltar el acuerdo de voluntades (*quasi contractu*) y, también, algunos actos ilícitos que no cabía tipificar como *delicta* aunque de ellos surgiera una obligación similar a la que nace *ex delicto* (*quasi delicta*).

Así, en las *Instituta* de Justiniano, las fuentes de las obligaciones ya se clasifican, por tanto, en cuatro categorías<sup>333</sup>. Llama la atención en esta nueva concepción, pese a su reconocimiento, la falta de una precisa definición de las figuras de los cuasicontratos y de los cuasidelitos.

Algunos autores consideraron como *delicta* aquellos actos ilícitos punibles y *quasi delicta* los actos ilícitos no punibles que hacen que surja sólo la obligación del resarcimiento del daño. Otros consideran *delicta* los actos cometidos intencionadamente y *quasi delicta* los hechos y las omisiones cometidas por simple negligencia, pero estas y otras distinciones no corresponden en absoluto a las ideas romanas<sup>334</sup>. Sin embargo, pese de tales esfuerzos, no se ha propuesto otra clasificación que tenga una aceptación unánime para corregir sus incorrecciones<sup>335</sup>.

**1.6. División pentapartita.** A las anteriores concepciones, y en especial a la división cuatripartita de las fuentes de las obligaciones que incluye delitos, cuasidelitos, contratos y cuasicontratos, se ha querido ver, en

<sup>332</sup> DAZA, M. J., *El ius naturale en el Derecho Romano Clásico*, Estudios en Memoria del Profesor Benito Reymundo, Burgos, 2000, pp. 261 y ss.

<sup>333</sup> *Instituta* 3.13.1-2: «*Aut enim (obligationes) ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut maleficio aut quasi ex maleficio*».

<sup>334</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones...* cit., p. 457 n. 20.

<sup>335</sup> DAZA-M. J.,-RODRÍGUEZ-ENNES, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2011, p. 262.



cualquier tiempo del Derecho romano, otra nueva como sería la ley.

En puridad, la ley, o lo que es lo mismo, el ordenamiento jurídico, siempre será fuente de obligaciones puesto que es el instrumento que goza de todo el poder para dotar o negar de validez a cualquier institución, así como cualquier otro efecto o consecuencia jurídica.

Pese a la falta de reconocimiento expreso de la ley como fuente de obligaciones con carácter general, son numerosos los textos romanos en los que, si bien con carácter excepcional, se establecen por parte de una norma jurídica ciertas obligaciones para las personas<sup>336</sup> que no sean derivadas de una acción individual lícita o ilícita (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito), como por ejemplo las relaciones de vecindad<sup>337</sup>.

**1.7. Concepción actual.** En nuestro Derecho positivo actual y, por influencia del Código Civil de Napoleón de 1804, se mantiene, con alguna matización, la división en cuatro categorías pero añadiendo la ley, al establecerse que: «las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia»<sup>338</sup>.

## 2. DIFERENCIAS ENTRE OBLIGACIONES SEGÚN EL VÍNCULO

**2.1. Obligaciones según el *ius civile* y obligaciones pretorias.** Todas las obligaciones civiles romanas, es decir, las existentes según el Derecho civil, esto es, las obligaciones según el *ius civile*, producen una acción de Derecho civil, de ahí procede que los juristas romanos usen conjuntamente las palabras *actio* y *obligatio*<sup>339</sup>.

Las obligaciones pretorias u honorarias introducidas por la actividad del pretor, están protegidas por acciones pretorias<sup>340</sup>.

**2.2. Obligaciones según el *ius civile* y obligaciones naturales.** Las indicadas obligaciones propiamente dichas, u obligaciones según el *ius civile*, que son las relaciones jurídicas configuradas como tales –tipificadas– de

<sup>336</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 7ª edición, Madrid, 2014, pp. 461-464.

<sup>337</sup> *Digesto* 44.7.52.pr.; *D.* 13.2.1 y *D.* 44.7.41.pr.

<sup>338</sup> Artículo 1089 del vigente Código civil español.

<sup>339</sup> *Digesto* 41.7; *Codex* 4.10. Lo que sin embargo no hace que olvidemos que también los derechos reales se defienden y reclaman a través de acciones; si bien incluso en estos supuestos habrá algún tipo de vinculación entre las partes.

<sup>340</sup> *Digesto* 13.5.1.8; *D.* 50.16.10.

forma taxativa por el *ius civile* y están tuteladas por *actiones iuris civilis*, se contraponen a las obligaciones naturales que se indican a continuación.

En las fuentes romanas de la época imperial se daba el nombre, un tanto impropio, de *obligationes naturales* a relaciones, entre dos o más personas, por las cuales alguien se comprometía a realizar una determinada prestación a favor de otro pero que, sin embargo, no generaban obligaciones<sup>341</sup> porque no daban lugar a un crédito tutelado por acciones civiles o pretorias.

En el Derecho positivo, las obligaciones naturales generaban, entre otros, los siguientes efectos secundarios<sup>342</sup>: a) No están tuteladas por acciones u otros medios judiciales o extraprocesales<sup>343</sup>. b) Pueden garantizarse válidamente mediante fianza o constitución de prenda o hipoteca<sup>344</sup>. c) Pueden ser objeto de *novatio* y en este caso se transforman en obligaciones civiles<sup>345</sup> conllevando su amparo procesal. d) Pueden ser objeto de un *constitutum debiti*, transformándose en obligaciones civiles.

Los juristas del siglo III d. C., admitían que la *obligatio naturalis* podía tenerse en cuenta en los *iudicia bonae fidei* para compensar una obligación civil cuando una y otra obligación nacían del mismo negocio. Los compiladores justinianos dieron, a tales decisiones, el valor de una regla general, admitiendo que, en cualquier caso, un crédito natural podía compensar un crédito civil<sup>346</sup>.

Por tanto, la idea de obligación suponía la de la ejecución que compromete la responsabilidad del deudor –personal o patrimonial–. Así, el efecto primario de toda obligación estribaba en el deber para el deudor de realizar la prestación convenida y en la facultad para el acreedor de exigir judicialmente su cumplimiento.

<sup>341</sup> Por ejemplo, las que surgen de pactos no formales como sería el caso del pupilo que celebra una obligación sin la *auctoritas* del tutor

<sup>342</sup> La noción de *obligatio naturalis* parece deberse a la influencia de las ideas filosóficas estoicas e introducida quizá en el campo jurídico hacia finales del siglo I y principios del siglo II d. C., por JAVOLENO y JULIANO, y acogida por los juristas posteriores después de no pocas incertidumbres. Más tarde, los compiladores justinianos intentaron reunir en una construcción unitaria los diferentes casos de obligaciones naturales. Cfr. VOLTERRA, E., *Instituciones...* cit., p. 627.

<sup>343</sup> *Digesto* 2.14.7.4.

<sup>344</sup> *Digesto* 20.1.5 pr; *D.* 20.1.14.1.

<sup>345</sup> *Digesto* 46.2.1.1.

<sup>346</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones...* cit., p. 630.

Efectivamente, es clara la relación entre débito y responsabilidad; la una influye sobre el otro porque la necesidad contenida en el débito deriva de la amenaza de la sujeción del deudor con respecto al acreedor<sup>347</sup>. De hecho, éste dispondrá de diversos medios para compeler al deudor al cumplimiento<sup>348</sup> y, en el caso de producirse una sentencia condenatoria, también existirán diferentes formas de ejecutarse<sup>349</sup>.

**2.3. Obligaciones de derecho estricto y obligaciones de buena fe.** En las primeras, las obligaciones de derecho estricto, sólo podrá reclamarse aquello que fue exclusivamente convenido, nada más. Por su parte, en las obligaciones de buena fe, el arbitrio judicial tiene mayor autonomía a la hora de su interpretación.

#### INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ARIAS, J.-ARIAS, J.A., *Derecho romano*, Madrid, 1979; BAUMAN, R., *Crime and punishment in ancient Rome*, New York, 1996; BORKOWSKI, A. *Textbook on roman law*, 2ª edición, London, 1997; DAZA, M. J., *El ius naturale en el Derecho Romano Clásico*, Estudios en Memoria del Profesor Benito Reymundo, Burgos, 2000; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 7ª edición, Madrid, 2014; DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L. *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996; PARICIO, J., «Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana», *Homenaje a J. L. Murga Gener*, Madrid, 1992; PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, México D.F., 1990; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011; SOLAZZI, S., «Le obbligazione romana», *Scritti giuridici II*, Milano, 1948; VOCI, P., *Istituzioni di diritto romano*, 4ª edición, Milano, 1994; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano* (traducción de J. Daza), Madrid, 1991.

<sup>347</sup> VOCI, P., *Le obbligazioni...* cit., p. 27.

<sup>348</sup> No vamos a entrar a examinar cada una de las diversas formas de presión hacia el deudor pero sí dejar constancia de la enorme variedad de posibilidades en función del tipo de prestación (*dare, facere, praestare*), acciones dimanantes de contratos de derecho estricto o de buena fe o pactos agregados a éstos, etc.

<sup>349</sup> El cumplimiento de la sentencia se verificaba muchas veces voluntariamente por el que perdía el pleito. En cuanto a la cosa reclamada, se le entregará al demandante vencedor -proceso de las *legis actiones*-, suponiendo que no tuviera ya la cosa en su poder de forma interina. En el proceso formulario, la sentencia condenatoria deberá consistir en el pago de una suma de dinero. Si el condenado no cumple la sentencia, será necesario recurrir a cualquiera de los varios procedimientos de ejecución previstos en función de las diversas épocas y ya vistas en el capítulo referido a la reparación del daño: *manus iniectio, bonorum venditio, bonorum cessio, bonorum distractio, restitutio in natura, pignus in causa iudicati captum*.



## CAPÍTULO IX

### LOS CONTRATOS EN ROMA

**Sumario:** 1. Concepto y clasificación. 1.1. Significado y evolución. 1.2. Clasificaciones contractuales. 2. Los contratos verbales y literales. 2.1. Contratos verbales. 2.1.1. *Stipulatio*. 2.1.2. *Dotis dictio*. 2.1.3. *Iusiurandum liberti*. 2.2. Los contratos literales. 2.2.1. *Nomina transcriptitia*. 2.2.2. *Chirographa* y *Syngrapha*. 3. Los contratos reales. 3.1. Definición y tipología. 3.2. *Mutuum*. 3.3. *Comodatum*. 3.4. *Depositum*. 3.4.1. Depósito regular. 3.4.2. Depósito irregular. 3.4.3. Depósito necesario o miserable. 3.4.4. Secuestro o depósito judicial. 4. Los contratos consensuales. 4.1. *Emptio-venditio*. 4.1.1. Concepto y funcionamiento. 4.1.2. Orígenes. 4.1.3. Caracteres. 4.1.4. Formación. 4.1.5. Elementos esenciales. 4.1.5.1. El objeto. 4.1.5.2. El precio. 4.1.6. Obligaciones de los contratantes. 4.1.6.1. Deberes del vendedor. 4.1.6.1.1. Evicción. 4.1.6.1.2. Vicios ocultos. 4.1.6.2. Deberes del comprador. 4.2. *Locatio-conductio*. 4.2.1. Concepto y modalidades. 4.2.2. Formación y caracteres. 4.2.3. Elementos esenciales. 4.2.3.1. Objeto. 4.2.3.2. Precio. 4.2.4. Deberes en cada tipo de arrendamiento. 4.2.4.1. *Locatio conductio rei*. 4.2.4.2. *Locatio conductio operarum*. 4.2.4.3. *Locatio conductio operaris*. 4.2.5. Extinción. 4.2.5.1. Fin del plazo. 4.2.5.2. Pérdida de la cosa. 4.2.5.3. *Mutuo disenso*. 4.2.5.4. *Impago*. 4.3. *Mandatum*. 4.3.1. Concepto y sujetos. 4.3.2. Formación y requisitos. 4.3.3. Deberes de las partes. 4.3.4. Extinción del mandato. 4.4. *Societas*. 4.4.1. Concepto y formación del contrato. 4.4.2. Clases. 4.4.3. Deberes de los socios. 4.4.4. Extinción. 5. Los contratos innominados. 5.1. Origen y evolución. 5.2. Funcionamiento. 5.3. Tipología: enumeración. 5.4. *Permutatio*. 5.5. *Aestimatum*. 5.6. *Precarium*. 5.7. *Transactio*. Indicación bibliográfica.

#### 1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

**1.1. Significado y evolución.** En Roma el contrato no siempre tuvo igual significado y efectos, pasando del rigor inicial de los contratos tipificados, al reconocimiento como tal, a todo acuerdo bilateral, ya en época justiniana<sup>350</sup>.

En todo caso, en el contrato siempre hay un acuerdo entre sujetos<sup>351</sup> cuando dos o más personas pacten sobre un objeto determinado. Ahora bien, cuando las partes llevan a cabo esta convención la realizan con la clara intención de que produzca el efecto jurídico previsto, bien creando, modificando o extinguiendo algún derecho. Pero solo son contrato,

---

<sup>350</sup> WEGMANN STOCKEBRAND, A., «Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo», *Revista de Derecho Privado* 34 (2018), pp. 19-49.

<sup>351</sup> BURDESE, A., *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Milano, 2006.

en el Derecho clásico, los que estuvieran «tipificados» –regulados expresamente–, un número tasado y predeterminado.

Para que surja con validez el contrato en Derecho romano, se precisa, además de su previa tipificación o reconocimiento por la ley, la concurrencia del elemento subjetivo que se concreta en el pacto entre las partes, junto a un elemento objetivo, consistente en que se sigan ciertas formalidades concretas, tales como la pronunciación de unas palabras solemnes, o la inclusión de ciertas menciones escritas, o la entrega de la cosa, etc., que vienen a constituir la causa del contrato (*causa civilis*).

Sin embargo, con el paso del tiempo, la evolución de la sociedad y el crecimiento del comercio, surgirá la necesidad de realizar negocios con mayor rapidez que en los tiempos anteriores, lo que llevará a que de los contratos surjan obligaciones para una o para las dos partes bastando el simple acuerdo, dejando atrás la tipicidad negocial clásica, para dar respuesta a las nuevas necesidades, por lo que las antiguas formalidades y ritos romanos irían poco a poco cayendo en desuso.

**1.2. Clasificaciones contractuales.** La utilidad de formular clasificaciones de contratos en el Derecho romano, y también de otras instituciones jurídicas de cualquier tiempo –como ocurre en cualesquiera otras disciplinas– tienen el doble efecto de servir, pedagógica y científicamente, para introducir al estudioso en aquellas figuras que se contienen en ellas<sup>352</sup>, y a la vez, hacer comparaciones técnicas que favorecen las distinciones, especialidades, efectos y utilidades, entre unas y otras<sup>353</sup>.

**A.** Desde finales de la República se distinguen tres clases de contratos, según las formas que deben cumplirse y que acompañan a la con-

---

<sup>352</sup> La mejor doctrina civilista española expresa, con carácter general, que: «clasificar los contratos puede obedecer a un deseo de orden y simetría a fin de facilitar la exposición y hacerla más elegante»; pero algunas clasificaciones también suponen la «creación de categorías sometidas en algún punto a regulación común, o bien permite profundizar en la estructura y funcionamiento de los singulares tipos que integran el grupo, y éstas son las que vale la pena exponer con algún detenimiento». Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. (*et. al.*), *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, volumen 1º, Parte General. Teoría General del Contrato*, 4ª edición, revisada y puesta al día por F. Rivero, editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 477 (en las pp. 477 a 490 expone una clasificación de los «grupos de contratos con disciplina común»).

<sup>353</sup> Entre otra muchas clasificaciones de contratos civiles en la actualidad, puede consultarse la que aporta LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil III, Los contratos*, 12ª edición, editorial Marcial Pons, Madrid 2009, pp. 3-12.

vención o pacto, y una cuarta categoría en la que se incluyen una serie de acuerdos que, por no encajar adecuadamente en ninguna de las demás clases, constituyen un grupo aparte:

1) Contratos *verbis* y *litteris*. Los contratos verbales se forman con el pronunciamiento oral de determinadas palabras solemnes: «*stipulatio, dotis dictio, iusiurandum liberti*». Los contratos *litteris*, exigen unas menciones escritas concretas: «*nomina transcriptia, chirographa, syngrapha*».

2) Contratos *re*. Son contratos que requieren para su perfeccionamiento la entrega de una cosa, así: *mutuum, comodatum* y *depositum*.

3) Contratos *solo consensu*. Son aquellos en los que el simple consentimiento de las partes es suficiente para celebrar el contrato: *emptio-venditio, locatio-conductio, mandatam* y *societate*.

4) Contratos *innominados*. Son contratos que incluirán situaciones a partir de un texto de PAULO, englobadas en las figuras siguientes: «*do ut des*», «*do ut facias*», «*facio ut des*» y «*facio ut facias*», comprendiendo los siguientes contratos: *permutatio, aestimatum, precarium* y *transactio*<sup>354</sup>.

**B.** Los contratos incluidos en la clasificación descrita pueden, a su vez, dividirse en contratos de derecho estricto y contratos de buena fe. Los de derecho estricto derivan del Derecho romano primitivo y ofrecen un carácter riguroso y solemne (por ejemplo, el *mutuum*). En los de buena fe el juez no se atenderá al derecho estricto sino a la equidad (lo que pactaron las partes y nada más) a la hora de decidir en la sentencia (por ejemplo, la *emptio-venditio*).

**C.** También pueden distinguirse entre contratos sinalagmáticos y unilaterales, según surjan obligaciones para ambas partes intervinientes, siendo el caso de los sinalagmáticos perfectos (como la *emptio-venditio*); en los sinalagmáticos imperfectos (como el *depositum*) resultan obligaciones para una de las partes pero potencialmente pudieran también surgir para la otra. En los contratos unilaterales solamente surgen obligaciones para una de la partes en exclusiva (como en la *stipulatio*).

---

<sup>354</sup> SESMA URZAIZ, M<sup>a</sup>. V., «La formación del contrato en el derecho romano», *Negociación y perfección de los contratos*, coord. por M<sup>a</sup> A. Parra Lucán, Editores Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 107-136.

## 2. LOS CONTRATOS VERBALES Y LITERALES

**2.1. Contratos verbales.** Se perfeccionan a través del pronunciamiento de ciertas palabras solemnes consagradas por el uso. Entre los verbales destacan los siguientes: *stipulatio*, *dotis dictio* e *iusiurandum liberti*.

**2.1.1. Stipulatio.** La *stipulatio* consiste en una promesa oral de realizar una prestación a instancias de una pregunta, hecha por quien va a ser el acreedor. El requisito fundamental será la *unitas aactus* (unidad del acto) de manera que las partes debían estar presentes. Según los textos: «el acto del estipulante y del prometedor (o promitente) debe ser continuo y es conveniente que se le responda inmediatamente al estipulante»<sup>355</sup>. Ello exigía, por tanto, la presencia personal y simultánea de las dos partes –principio de unidad de acto– para que preguntaran y respondieran oralmente, es decir, «tenían que hablar y oírse»<sup>356</sup>.

La pregunta y respuesta deben ser hechas y resultar coherentes (por ejemplo: «¿prometes?», «prometo»). La rigidez de estas fórmulas que se exigían hasta el Derecho clásico impedían, entre otras actuaciones, la posibilidad de la contratación entres ausentes, dificultando el tráfico. Por ello, y otros motivos se irán flexibilizando o suavizando durante la etapa imperial, según se desprende de los textos<sup>357</sup>.

Los orígenes de la *stipulatio* no están muy claros, pero parecen anteriores a la *Ley de las XII Tablas* y es como fruto de la posterior evolución de la *sponsio* (forma de garantía de pago), constituyendo el tipo de contrato más usado en la época clásica por su relativa sencillez y porque además servía para garantizar la celebración de los negocios.

Partiendo de un primer momento en que se constituye verbalmente,

<sup>355</sup> *Digesto* 45.1.137 pr.

<sup>356</sup> En la actualidad, se conserva el principio de la unidad de acto como uno de los pilares esenciales del Derecho notarial, deduciéndose, *a contrario sensu*, del artículo 198.2.3º del vigente Reglamento Notarial, que procede, claramente, de la estipulación romana o los contratos verbales que recogen los textos de GAYO (*Instit.*, 3.89) y ULPIANO (*Digesto* 45.1.1.). Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «La unidad de acto formal» *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 24, 2009, pp. 8-11.

<sup>357</sup> *Digesto* 45.1.1.6: «Nada importa que se responda en la misma u otra lengua; por consiguiente, si alguno hubiere interrogado en latín y se le respondiera en griego, se constituye la obligación con tal que se responda congruentemente. Y tales son las palabras de Sabino; pero también consiente la verdad que todo leguaje contenga obligación verbal, con tal que ambos entiendan la lengua del otro, ya por sí, ya por medio de intérprete veraz».



ya en la época clásica se acompañará de un documento escrito que servirá como medio de prueba y que dará paso, en esa evolución, a convertirse en un contrato escrito a partir de la época postclásica.

De la *stipulatio*, surge la *actio ex stipulatu*, que está a disposición del estipulante para poder dirigirse contra el promitente en caso de incumplimiento, estando el juez (por ser un contrato de derecho estricto) limitado en su sentencia a lo que acordaron las partes.

Pero además, la *stipulatio* reportará una utilidad más, como la de servir de refuerzo en el cumplimiento de las obligaciones a través de la llamada cláusula penal<sup>358</sup>, mediante la cual el deudor que no cumpliera la prestación podía verse obligado a una satisfacer una penalización que podría tener un valor incluso mayor al de la prestación debida<sup>359</sup>.

Las clases de estipulaciones, a su vez, dependerán de su procedencia, pudiendo ser: *a*) judiciales (proviene del juez), *b*) pretorias (dimanan del pretor), y *c*) convencionales (se acuerdan por las partes).

**2.1.2. Dotis dictio.** Se trata de una promesa oral solemne de dote, bien hecha por la mujer que iba a contraer matrimonio (si era *sui iuris*) o bien por su *pater* o un tercero, dirigida a especificar qué bienes aportará al futuro esposo y consistía en una simple afirmación sin necesidad de que se realizara pregunta alguna<sup>360</sup>.

Según lo anterior, la mera promesa verbal, mediante la fórmula solemne *doti erit* en que consistía la *dotis dictio*, gozaba de todos los efectos obligatorios de una estipulación<sup>361</sup>. Se dotaba, así, con un carácter contractual y plena eficacia a la simple promesa, sin necesidad de que hubiese una declaración de ambas partes, sin convenio previo.

<sup>358</sup> Los artículos 1152 al 1155 del Código civil regulan esta figura en una sección específica bajo el epígrafe intitulado: «De las obligaciones con cláusula penal».

<sup>359</sup> Se llevaría a cabo a través de la siguiente fórmula: «¿prometes darme al esclavo Stico? Si no me lo dieras, ¿prometes darme 50?». El estipulante, se podía servir de una persona (*adstipulator*) para que cobrara el crédito en su nombre en el caso de que por cualquier razón el estipulante no pudiera hacerlo. Si el *adstipulator* traicionaba esa confianza depositada y producía una *acceptilatio*, por ejemplo, respondería con una multa sancionada en la *Lex Aquilia*.

<sup>360</sup> GAYO, *Instit.*, 3.95a). La *dotis dictio* se formulaba verbalmente con un juramento pronunciando las siguientes palabras: «Sticho, la dote que te daré será de 250».

<sup>361</sup> ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., «Dotis dictio», «Iusiurandum liberti», *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, coordinado por Francisco Javier Paricio Serrano, 1994, pp. 481-494.

Esta modalidad de contrato verbal de promesa de dote empezará a decaer a finales de la época imperial, ya que aparecerán otras vías de constitución dotal más flexibles y carentes de su rigidez formal.

**2.1.3. *Iusiurandum liberti*.** Consiste en juramento a través del cual, el *liberto* (esclavo al que se ha concedido la libertad), se compromete a efectuar ciertas prestaciones en favor de su antiguo dueño (*dominus*)<sup>362</sup>.

Este juramento oral se realizaba de forma previa a la manumisión repitiéndose con posterioridad a ésta y de la cual surgía, en favor del dueño, una vía procesal para reclamar en caso de incumplimiento de las prestaciones u obras (*actio operarum*) que fueron objeto del juramento. Al igual que en la *dotis dictio* tampoco se exigía el acuerdo o convenio previo de las dos partes, sino la simple promesa del sujeto obligado.

A partir del periodo postclásico decae esta fórmula en favor de la *stipulatio* cuyo uso se irá generalizando y cobrando gran importancia.

**2.2. Los contratos literales.** Se denominan literales los contratos que se perfeccionan por medio de la escritura. Se integran en esta categoría los siguientes contratos: *nomina transcriptitia*, *chirographa* y *syngrapha*<sup>363</sup>.

**2.2.1. *Nomina transcriptitia*.** Son pocas las noticias que tenemos hoy de los contratos literales y, por tanto, de los *nomina transcriptitia*<sup>364</sup>.

Proviene de la costumbre que en los primeros tiempos solía tener el *pater*, de llevar en un libro la anotación de sus ingresos y gastos (*codex accepti et expensi*). Además de tal práctica diaria, todos los meses transcribía fielmente aquellos datos a otro registro llevado con más cuidado (*codex o tabulae*). Ello supuso la creación de obligaciones (por pagos anotados) o su extinción (cobros) en el momento en que figurasen por escrito, mediando el consentimiento expreso o tácito del deudor. La semejanza con los posteriores libros de contabilidad comercial es palmaria.

En las anotaciones se incluían las cantidades debidas (que hacían nacer la deuda) y las entregadas (que venían a extinguirla) por cualquier negocio). Se anotaba en la columna referente a entradas indicando como consecuencia de qué había surgido esa deuda e inscribiéndose en la

<sup>362</sup> GAYO, *Instit.*, 3.96.

<sup>363</sup> CREMADES UGARTE, I., «El contrato literal», *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, coordinado por F. J. Paricio Serrano, editorial Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 519-548.

<sup>364</sup> Solo se tiene referencia a través de CICERÓN y GAYO, *Instit.*, 3.88 y 128.

columna de entradas (*acceptum*); para, posteriormente incluir esa misma cantidad en la columna referente a salidas (*expensum*), surgiendo así una obligación *litteris* por cuanto está escrita en ese libro del *pater*<sup>365</sup>.

Parece ser que al final del siglo I d. C. no sigue existiendo la costumbre de recoger las incidencias en un libro o, al menos, no se recogen testimonios tales prácticas en el *Digesto*<sup>366</sup>, siendo sustituida tal costumbre por la aparición de documentos constitutivos de origen helenístico<sup>367</sup>.

**2.2.2. *Chirographa* y *syngrapha*.** El uso de estos documentos proviene del Derecho griego y su aplicación estaba referida al comercio entre peregrinos, pero siendo utilizado también por los romanos y que van a servir como medio de prueba, tal como lo atestiguan diferentes textos de CICERÓN y ASCONIO, así como de la época justiniana<sup>368</sup>.

Mediante el *chirographa* y el *syngrapha*, el deudor plasmaba por escrito en un documento su voluntad de realizar una prestación, confesaba una deuda, o se obligaba a entregar alguna cosa al acreedor.

El *chirographum*, consistía en un documento firmado sólo por el deudor y sellado con su anillo, quedando el escrito en poder del acreedor, como prueba y como medio para exigir su cumplimiento. El *syngrapha* era un acuerdo contenido y sellado y firmado en dos ejemplares por las partes intervinientes quedando uno en poder de cada una de ellas.

### 3. LOS CONTRATOS REALES

**3.1. *Definición y tipología*.** Se pueden describir los llamados contratos reales como aquellos en los que, además de los presupuestos de todo contrato, se precisa también para su perfección y eficacia, la presencia de otros dos elementos: de un lado, el pacto, convenio o acuerdo, entre los sujetos o partes del mismo (*conventio*), y de otra, la entrega material o

<sup>365</sup> PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005, pp. 287-288.

<sup>366</sup> Aunque GAYO habla de ellos como vigentes en su época, pese a que CICERÓN (*Verr.* 2.1.60) aludía a su inexistencia. En todo caso, lo que parece claro es que en época de Justiniano (*Instituta* 3.21) ya habría desaparecido. VOLTERRA, E., *Instituciones...* cit., p. 482 nota 72.

<sup>367</sup> DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2011, pp. 348-349.

<sup>368</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano* (traducción de M.J. Daza), Madrid, 1991, p. 483-484, n. 73 a 75.

física de la cosa (*datio rei*) objeto de aquel contrato

En principio, aunque existen otras clasificaciones más amplias, se pueden incluir dentro los contratos reales a los siguientes: *mutuum* (mutuo o préstamo), *depositum* (depósito) y *comodatum* (comodato).

**3.2. *Mutuum*.** El contrato de préstamo de consumo o *mutuum*, es un contrato mediante el cual una de las partes (mutuante o prestamista) transfiere a otra (mutuario o prestatario) la propiedad de cierta cantidad de cosas fungibles –esto es, que se aprecian por su peso, número o medida– con la obligación de restituir al cabo de cierto tiempo la misma cantidad de cosas<sup>369</sup> de la misma especie y calidad<sup>370</sup>.

Por tanto, además del acuerdo es necesaria la presencia de la *datio rei* es decir, entrega de la propiedad de cosas. Naturalmente, esta transferencia de la propiedad sólo será posible cuando el prestamista sea dueño de la cosa y reúna los requisitos exigidos para poder enajenarla<sup>371</sup>.

Los orígenes del contrato de mutuo son algo oscuros, aunque no se discute que a partir de la *Lex Poetelia* (año 326 a. C.) se incrementó su importancia y utilización, siendo el uso de esta figura sería muy común en las cuestiones relacionadas con el dinero durante la época republicana.

Solo pueden ser objeto del contrato de mutuo las cosas llamadas fungibles, es decir, aquellas que se pueden medir, pesar, contar, etc., es decir, las cosas que por su propia naturaleza no tienen valor individualmente consideradas, sino que pueden ser sustituidas por otro tanto de la misma especie: monedas, vino, trigo, aceite, plata oro, etc.<sup>372</sup>

<sup>369</sup> PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, pp. 302-303; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, Madrid, 2018, p. 362.

<sup>370</sup> GAYO, *Instit.*, 3.90; *Digesto* 12.1.2: «la entrega en mutuo acaece propiamente con aquellas cosas que se calculan por el peso el número o la medida, como es el dinero, el vino, el aceite, el trigo, el cobre, la plata, el oro; cosas éstas que entregamos o contándolas o pesándolas o midiéndolas para que se hagan de los que las reciban y nos devuelvan después no las mismas cosas, sino otras de la misma naturaleza. Por lo cual es llamado también mutuo, porque lo que así te es dado por mí, de mío (*meo*) tuyo (*tuum*) se hace».

<sup>371</sup> DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, pp. 333-334.

<sup>372</sup> Se regula el contrato de simple préstamo en artículo 1740 CC según el cual una de las partes entrega a la otra «dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo»; añadiéndose a continuación que «el simple préstamo puede ser gra-

Se ha calificado al mutuo como un contrato unilateral debido a que solo una de las partes está obligada a cumplir algo, es decir, aquí solo es una persona, el prestatario, es quien queda obligada a restituir el equivalente de lo que ha recibido. Ninguna obligación tiene el prestamista. Por ello, si las cosas recibidas pudiesen aun por caso fortuito, el prestatario estará obligado a restituirlas, pues no son esas mismas sino otras, siempre estará en condición de conseguir.

El prestatario no deberá devolver más de la cantidad recibida<sup>373</sup>, salvo que ahí se incluyan los intereses (era práctica habitual la inclusión en Roma de intereses en cualquier tipo de préstamo) y siempre que se empleara como medio la *stipulatio* en la que se comprendiera el capital y los intereses.

Sin embargo, sí se podía devolver menos de lo recibido en los casos en que así se pacte expresamente. En estos supuestos en realidad se constituyen dos contratos diferentes, de un lado, un contrato de mutuo o préstamo consumo por la parte que se reembolsa, y de otro, una donación por la parte que no se reintegra<sup>374</sup>.

El mutuante o prestamista dispondrá de la *actio certae pecunia* para reclamar la devolución de una cantidad de dinero no reembolsada y de la *condictio certae rei* para reclamar cualquier otro tipo de cosa fungible.

El denominado *foenus nauticum* o contrato de préstamo marítimo, era una especialidad de negocio semejante al mutuo, según el cual una persona prestaba dinero al armador de una nave, prestamista, quien lo utilizaba comprando mercaderías a cambio de un interés. En este caso, si las mercaderías se perdiesen sin culpa del armador, el prestamista era quien asumía la pérdida, quedando el prestatario libre de restituirlas<sup>375</sup>.

---

tuito o con pacto de pagar interés». Se completa con el artículo 1753 CC: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

<sup>373</sup> En la actualidad el préstamo es gratuito, salvo pacto en contrario, dispone el art. 1755 CC: «No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado».

<sup>374</sup> Sobre los intereses y sus limitaciones o quiénes podía endeudarse (*senadoconsulto Macedoniano*), DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, pp. 336-339, FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos del derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018, p. 305.

<sup>375</sup> Sobre el préstamo marítimo o *foenus nauticum*, también denominado *pecunia traiectitia*, DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, pp. 336-339.

**3.3. Comodatum.** El préstamo de uso o contrato de comodato (*commodo dare*: dar una cosa o prestar un servicio), es el contrato por el cual una persona (*comodante* o prestamista) entrega gratuitamente, sin cobrarle por ello, una cosa a otra persona (*comodatario* o prestatario) para que la use y la devuelva después de haber hecho el uso convenido<sup>376</sup>.

En este caso, la entrega de la cosa, supone la transferencia de la *nuda traditio* figurando, el comodatario, como un simple detentador.

El comodato va a tener como objeto cualquier cosa mueble o inmueble<sup>377</sup> (aunque generalmente serán muebles) y especialmente determinadas o individualizadas, a diferencia con lo que sucedía en el mutuo, y que además al tener que ser devueltas esas mismas cosas, no podrán ser objeto de comodato las cosas consumibles.<sup>378</sup>

Es un contrato gratuito, por lo que el comodante no exigirá ningún dinero en principio al comodatario bajo pena de nulidad. En este contrato, la obligación del comodatario será la de restituir la cosa prestada después de haber hecho el uso convenido de ella. En el caso de que se hubiera hecho sobre el objeto entregado un uso diferente, por el depositario, se estaría ante un *furtum usus* perseguible por el prestamista.

Si la cosa objeto de préstamo pereciera por caso fortuito, el prestatario no responderá de daños en principio<sup>379</sup>, salvo que se demuestre que se perdió en todo o parte por dolo o culpa suya y, en todo caso, responderá si se hallaba en mora o la destinó a un uso distinto para el que fue prestada (*furtum usus*)<sup>380</sup>.

---

<sup>376</sup> El art. 1740 CC define con encomiable sencillez el contrato de comodato, que lo regula como una subespecie dentro de los contratos de préstamo, a cuyo tenor: «una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato», añadiendo en su párrafo II que: «el comodato es esencialmente gratuito».

<sup>377</sup> *Digesto* 13.6.1.1.

<sup>378</sup> Salvo en algunos casos en que se empleen como adorno: *ad pompam et ostentationem* (por ejemplo, una botella de vino para presumir ante los amigos, etc.). VOLTERRA, E., *Instituciones...* cit., p. 494.

<sup>379</sup> PIETRO, Di, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 304.

<sup>380</sup> Artículo 1744 CC: «Si el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito»; y según el art. 1745: «Si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá el comodatario del precio, a no haber pacto en que expresamente

La mayoría de las obligaciones derivadas de este contrato serán de cuenta y cargo del comodatario<sup>381</sup>, al ser en realidad el verdadero beneficiario del negocio que le permite disfrutar de una cosa sin tener que pagar importe alguno por dicha utilización, siendo la principal de ellas, la devolución de la cosa en el mismo estado en que se le entregó. Además deberá conservar la cosa y pagar los gastos ordinarios para tal fin.

En consecuencia, serán muy pocas las obligaciones del comodante, salvo en el caso de que tenga que indemnizar al comodatario por el perjuicio o daño que le haya podido causar la cosa y únicamente si obró con dolo (del comodante) a la hora de prestarla. Igualmente podrá ser responsable de reembolsar los gastos extraordinarios que haya tenido que realizar el prestatario para la conservación de la cosa<sup>382</sup>.

El comodante dispone de la *actio commodati directa* para reclamar la devolución de la cosa<sup>383</sup>. El comodatario tiene la *actio commodati contraria* para reclamar los gastos extraordinarios o los daños causados por la cosa –con dolo del comodante–<sup>384</sup>, y también un derecho de retención de la cosa, pudiendo no entregarla mientras no le pague el comodante los gastos extraordinarios realizados en la cosa o los perjuicios.

**3.4. *Depositum*.** Se denomina depósito (*depositum*) al contrato mediante el cual una persona (depositante) entrega a otra (depositario) una co-

---

se le exima de responsabilidad».

<sup>381</sup> Son obligaciones del comodatario, según el vigente Código civil: «está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada (art. 1743); «el comodatario no responde de los deterioros que sobrevengan a la cosa prestada por el solo efecto del uso y sin culpa suya» (art. 1746); «el comodatario no puede retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas» (art. 1747); «todos los comodatarios a quienes se presta conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella» (art. 1748).

<sup>382</sup> Las obligaciones actuales del comodante, serán que: «el comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución (art. 1749)»; así como que: «el comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueren tan urgentes que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro» (art. 1751); y, finalmente, establece que: «el comodante que, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiere hecho saber al comodatario, responderá a éste de los daños que por aquella causa hubiese sufrido» (art. 1752 CC).

<sup>383</sup> DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 340.

<sup>384</sup> *Digesto* 13.6.17.5.

sa mueble, no fungible, para que la guarde<sup>385</sup>, inicialmente de forma gratuita<sup>386</sup>, obligándose ésta a devolverla cuando aquél la reclame<sup>387</sup>.

**3.4.1. Depósito regular.** Salvo que se indique otra cosa, el contrato de depósito será un «depósito regular», modalidad más común y propia<sup>388</sup>.

El depositario es un mero tenedor de la cosa que no puede usarla<sup>389</sup> – la tiene para guardársela a alguien– bajo la posibilidad (al igual que sucedía en el comodato) de cometer *furtum usus*<sup>390</sup>.

En principio, el depositario únicamente respondía en su custodia por dolo, pero más tarde se extendieron sus responsabilidades hasta la culpa lata. Las partes podrán acordar el alcance de la responsabilidad del depositario incluyendo la *culpa levis*<sup>391</sup>, pero no podrá eximirse nunca del dolo y deberá siempre, naturalmente, devolver la cosa.

El depositante tiene la obligación principal de reembolsar al depositario los gastos por los daños sufridos (si la cosa le causó algún daño) y los del mantenimiento normal de la misma<sup>392</sup>.

Respecto del ejercicio de sus derechos y la protección de las partes, el depositante dispondrá de la *actio depositi* para reclamar la cosa objeto de

<sup>385</sup> SCOTTI, F., *El deposito nel diritto romano*, Torino, 2002.

<sup>386</sup> En principio, como se ha dicho, se trata de un contrato gratuito aunque en época justinianea se admitirá el pago de una pequeña cantidad de dinero.

<sup>387</sup> Para el artículo 1758 CC, con carácter general, «se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla».

<sup>388</sup> El vigente Código civil español lo denomina «depósito propiamente dicho», tratándose del denominado depósito voluntario, según el artículo 1763, siendo «aquel en que se hace la entrega por la voluntad del depositante. También puede realizarse el depósito por dos o más personas que se crean con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega, en su caso, a la que corresponda. Además, según su artículo 1760 se trata «de un contrato gratuito, salvo pacto en contrario», acotando su ámbito al precisar que: «sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles», tal como determina el artículo 1761.

<sup>389</sup> PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 304.

<sup>390</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano. cit.*, p. 375; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 304.

<sup>391</sup> De la que responderá también en otros casos aun no pactados, como aquellos en los que el depositario se ofreciera voluntariamente para custodiar el objeto o cuando el depósito le reporta algún tipo de beneficio, al depositario. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano, cit.*, p. 375.

<sup>392</sup> *Digesto* 16.3.12 pr: «Si se hubiere depositado en Asia para que se devuelva en Roma, se entiende que se trató que se haga esto no a costa de aquel en cuyo poder se haya depositado (depositario) sino del que depositó (depositante)».



custodia. El depositario dispondrá de la *actio depositi contraria* para reclamar el importe de los gastos surgidos en la conservación de la cosa.

Además del depósito regular (extrajudicial y voluntario), que es la figura que se acaba de analizar, en Roma también pueden encontrarse, otras figuras o supuestos especiales de depósito como son el depósito irregular, el necesario (o miserable) y el judicial (o secuestro).

**3.4.2. Depósito irregular.** Se denomina irregular, el depósito consistente –a partir de la época postclásica– en la custodia de dinero u otros objetos fungibles<sup>393</sup>, facultando al depositario el hecho de poder consumirlos con la condición de devolver otro tanto<sup>394</sup>.

El depósito irregular tiene múltiples semejanzas con el mutuo, pero a diferencia con éste, en el depósito no se intenta beneficiar al depositario con el consumo de lo depositado, sino que es una facultad añadida al deber de custodia. Además, si se entregara dinero por este concepto, en el depósito se van a producir intereses por el simple hecho de haberlo entregado<sup>395</sup>, mientras que en el mutuo debían pactarse de forma adicional o incluirse en una *stipulatio* junto con la entrega de la cantidad.

**3.4.3. Depósito necesario o miserable.** Es aquel que se produce como consecuencia de incurrir el depositante en una situación de apremiante necesidad<sup>396</sup> como podría suceder en casos, por ejemplo, de ruina, naufragio, incendio, tumultos, etc.<sup>397</sup>, donde el depositante prácticamente no tiene muchas opciones –o ninguna– de elegir al depositario<sup>398</sup>.

---

<sup>393</sup> Durante la época clásica será juzgado como un mutuo y va a ser el origen de los modernos depósitos bancarios. PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 304.

<sup>394</sup> El depósito irregular, aunque sin tal denominarlo expresa, se reconoce en el vigente artículo 1768 CC, que lo convierte en comodato (cosas no fungibles) o de préstamo (cosas fungibles): «cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato. El permiso no se presume, debiendo probarse su existencia».

<sup>395</sup> DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 342.

<sup>396</sup> *Digesto* 16.3.1.

<sup>397</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano. cit.*, p. 375; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 305.

<sup>398</sup> El depósito necesario se regula en los artículos 1781 y 1782 CC que, a su vez, distingue dos modalidades: «1º Cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal», en cuyo caso se regirá por las disposiciones de la ley que lo establezca y, en su defecto, por las del depósito voluntario»; y «2º Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes», en cuyo caso «se regirá por las reglas del depósito voluntario».

El depositario infiel, en el depósito necesario o miserable, en las calamidades citadas, puede ser condenado *in duplum* prevista ya en las XII Tablas.

**3.4.4. Secuestro o depósito judicial.** Se identifica con este nombre el depósito que se produce cuando se entrega una cosa litigiosa (muebles o inmuebles) a un tercero que habrá de conservarla, debiendo devolverla una vez terminado el litigio. Los textos romanos se refieren a esta figura de la siguiente manera: «se denomina secuestrario a aquel en cual manos se ha depositado una cosa sobre la que hay controversia»<sup>399</sup>.

En los casos en que el depositante no obtenga la devolución de la cosa, por negarse a devolverla, el pretor puede otorgarle al secuestrario la *actio depositi sequestrataria* para lograr su restitución<sup>400</sup>.

#### 4. LOS CONTRATOS CONSENSUALES

Se entiende por contrato consensual aquel que se perfecciona por la simple emisión del consentimiento por las partes o sus representantes, sin necesidad de ninguna formalidad concreta para desplegar toda su eficacia y validez. En el Derecho romano se pueden destacar cuatro clases de contratos consensuales: *emptio-venditio* (compraventa), *locatio-conductio* (arrendamiento), *societas* (sociedad) y *mandatum* (mandato).

**4.1. Emptio-venditio.** Es el paradigma de los contratos consensuales, que sirve de ejemplo para todos los demás. Mediante la reputada expresión *emptio-venditio* se conocía en Roma al contrato de compraventa<sup>401</sup>.

**4.1.1. Concepto y funcionamiento.** Como se ha indicado, también aplicable a la *emptio-venditio*, los contratos consensuales se forman por el

<sup>399</sup> *Digesto* 50.116.110.

<sup>400</sup> *Digesto* 16.3.5.1; *D.* 16.3.12.2. Determina el art. 1785 CC que: «el depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos». El ámbito objetivo actual de la figura es realmente amplio: «el secuestro puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles» (art. 1786). «El depositario de los bienes u objetos secuestrados no puede quedar libre de su encargo hasta que se termine la controversia que lo motivó, a no ser que el Juez lo ordenare por consentir en ello todos los interesados o por otra causa legítima» (art. 1787). «El depositario de bienes secuestrados está obligado a cumplir respecto de ellos todas las obligaciones de un buen padre de familia» (art. 1788). Realiza una remisión normativa en su art. 1788: «En lo que no se hallare dispuesto en este Código, el secuestro judicial se regirá por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

<sup>401</sup> *Instituta* 3.23; *Digesto* 18.1.; *D.* 18.5; *D.* 19.1; *Codex* 4.38; *C.* 4.40; *C.* 4.54.

solo acuerdo de las partes (*solo consensu*). Además se caracterizan estos contratos porque el *ius civile* no les exige para su perfección y efectos ninguna formalidad especial, bastando el mero acuerdo de las partes.

En la época clásica, habrá un contrato de compraventa cuando una persona llamada vendedor (*venditor*) se obliga a entregar a otra, comprador (*emptor*), la posesión (que no la propiedad) pacífica de una cosa (*merx*), por la que el comprador se compromete a entregarle al vendedor una determinada cantidad de dinero (*pretium*)<sup>402</sup>.

El comprador recibe la libre posesión de una cosa, sin que resulte necesaria la adquisición de la propiedad –aunque será lo habitual– y el vendedor lo que entrega es la simple posesión a través del contrato<sup>403</sup>.

Quien debe entregar la cosa es el vendedor que realiza la operación llamada *venditio* y va a disponer de la *actio venditi* contra el comprador, para obligarle a que le pague el precio. Por su parte, quien paga el precio es el comprador que realiza la *emptio* y para obligar a que el vendedor le entregue la cosa comprada dispone de la *actio empti*.

**4.1.2. Orígenes.** Parece ser que el origen más primitivo de la compraventa estaría en la permuta, en cuanto que ésta consistía en la entrega recíproca entre dos personas de objetos, sin mediar dinero alguno<sup>404</sup>.

No se olvide que, en un principio, la moneda era desconocida y cada cual se procuraba o conseguía las cosas que necesitaba dando su equivalente en otros objetos de los que se podía desprender. Esta operación habitualmente resultaba complicada, ya que debía coincidir el interés de las partes en los respectivos objetos y con un valor similar.

Tal fue el motivo por el que se llegó a escoger una materia que tuviera un valor fijo e igual para todos y que además pudiera ser dada a cambio de cualquier otra mercadería, y ésta fue la moneda. En su ori-

<sup>402</sup> FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *op. cit.*, p. 318.

<sup>403</sup> El Código Civil vigente conserva idéntica concepción en su art. 1445, el primero que dedica a esta figura, como se desprende de su detenida lectura: «por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente». En el citado texto legal no se impone la obligación de entregar la propiedad de la cosa.

<sup>404</sup> MIQUEL (*Derecho romano*, Madrid, 2016, pp. 261-262) ve su origen más cercano en el incremento en Roma de la celebración de negocios con los peregrinos.

gen, este valor fijo de cambio fueron las cabezas de ganado<sup>405</sup>.

**4.1.3. Caracteres.** Son notas propias del contrato de compraventa, entre otras, las siguientes: *a)* bilateralidad, por la cual, ambas partes han de realizar algo, una abonar una suma de dinero y otra de entregar un objeto; *b)* consensualidad, bastando el mero acuerdo de las partes; *c)* la no obligatoriedad de transferir la propiedad por parte del vendedor de la cosa; y *d)* finalmente, la buena fe, habida cuenta de que no se trata de un contrato de derecho estricto que se basara en el rigor del *ius civile*.

**4.1.4. Formación.** Como contrato consensual, la *emptio-venditio* será perfecta desde el mismo momento en que vendedor y comprador se pongan de acuerdo sobre la cosa vendida y el precio. Para la formación y validez del contrato no se exige confeccionarlo en un escrito<sup>406</sup>, aunque si las partes redactan uno será muy útil, pero solo como medio de prueba.

En este último sentido, también únicamente con carácter probatorio, el comprador puede haber entregado unas *arras* al vendedor, consistentes bien en una suma de dinero o en un objeto de un valor relevante<sup>407</sup>.

Tales postulados quedarán en vigor durante toda la época clásica y hasta la Justiniana, en que se modificarán, estableciéndose que cuando se tratase de una venta sin escrito, nada cambiaría, pero cuando las partes acuerdan que se hará por escrito entonces el contrato no obtendrá su perfección y validez hasta haberlo firmado<sup>408</sup>.

Justiniano consagra una doble innovación: por un lado, la venta no va ser perfecta hasta que dicho escrito haya sido redactado y revestido de la *subscriptio*, que es la parte final del contrato donde se hace un resumen de lo que consta el mismo, acompañándose de las firmas de las partes que deben cumplir una obligación (las dos firmas son necesarias:

<sup>405</sup> Bueyes, carneros, etc., denominados *pecus*, de donde proceden las palabras pecuniariedad, pecuniario o pecunia, que hace referencia al dinero; apareciendo más tarde la moneda que, en un principio, consistiría en lingotes de bronce y, más tarde, en monedas de cobre, plata y oro ya en época de Julio César.

<sup>406</sup> PETIT, E., *op. cit.*, p. 389.

<sup>407</sup> GAYO, *Instit.*, 3, 139: «La compraventa se contrae en el momento en el que existe acuerdo en el precio, aunque el precio todavía no haya sido pagado e incluso no hayan sido entregadas las arras, pues lo que se da a título de arras es una prueba de que la compraventa se ha contraído».

<sup>408</sup> *Instituta* 3.23 pr.

una de quien debe pagar un precio y otra de ha de entregar una cosa). Hasta ese momento de la firma, no estarán las partes vinculadas por el acuerdo, pudiendo apartarse libremente del convenio<sup>409</sup>.

Pero si mediaron arras –se haya hecho constar esta entrega o no por escrito– entonces ya no podrá impunemente cada parte quedar libre de retractarse de su consentimiento. El que las ha dado, sólo puede retractarse perdiéndolas, y quien las recibió, devolviendo el duplo<sup>410</sup>.

**4.1.5. Elementos esenciales.** Son dos elementos los esenciales y específicos que han de concurrir en la *emptio-venditio*: el objeto y el precio.

**4.1.5.1. El objeto.** En el presente contrato el objeto concreto serán las cosas que son susceptibles de ser compradas y vendidas. Se admiten todas aquellas que pueden formar parte del patrimonio de los particulares (*res intra commercium*), es decir, las cosas corporales o incorpóreas, muebles, inmuebles, incluso las cosas futuras (independientemente de que finalmente lleguen o no a existir)<sup>411</sup>, pudiendo ser de varios tipos<sup>412</sup>.

El objeto de la compraventa ha de ser lícito, por lo que determinadas ventas podrán no ser válidas, con la de un hombre libre, según GAYO. Se trataría, en tal caso, de una *res extra commercium*, que son aquellas cosas y objetos que están fuera del comercio de los hombres.

---

<sup>409</sup> En la actualidad, dispone el art. 1450 CC: «la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado».

<sup>410</sup> A ellas se refiere, con iguales efectos, el artículo 1454 CC: «si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas».

<sup>411</sup> *Digesto* 18.1.8 pr-1. Entre las que se distingue bien la compraventa de cosa futura esperada (*emptio rei sperata*) o la de una esperanza (*emptio spei*). La diferencia radica en que en el primer caso, se estaría ante las más que probable existencia futura del objeto de venta (como sería el caso del nacimiento de corderos o la obtención de la siguiente cosecha) por lo que los efectos del negocio se encuentran pendientes de que se cumpla la condición (*conditio pendet*), mientras que, en el segundo caso, se paga por una incertidumbre total ya que se trataría más que de un objeto, de una expectativa pudiendo resultar fallida (como podría ser el ejemplo de POMPONIO referido en la siguiente nota a pie). *Digesto* 18.1.8. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado*, cit., p. 386.

<sup>412</sup> «Pero a veces aun sin cosa se entiende que hay venta, como cuando se compra así como al azar, lo que sucede, cuando se compra la cogida de peces (es decir, no una cantidad determinada de los mismos, sino, por ejemplo, lo que se pesque hoy, o mañana) o de aves, porque se realiza compra, aunque nada se haya cogido, porque la compra es de una esperanza»: *Digesto* 18.1.8.1.

**4.1.5.2. El precio.** El otro elemento esencial es el precio (*pretium*); y para que la venta sea válida, dicho *pretium* ha de reunir unos requisitos específicos como son que consista en dinero acuñado, cierto y serio.

Por dinero acuñado se entiende el equivalente que el comprador debe dar al vendedor como precio, no pudiendo consistir en cualquier cosa, sino solo en una cantidad concreta y líquida de moneda (*pecunia numerata*), según GAYO: «el precio debe consistir en dinero contante»<sup>413</sup>. Será precisamente esta cualidad del precio y la liquidez o moneda contante la que distinga a la compraventa de la permuta<sup>414</sup>.

Hubo disputa al respecto entre Sabinianos y Proculianos reflejada en los textos, pues para los Sabinianos, daba igual que para que existiera contrato de compraventa se diera una cantidad de dinero cierta o se entregara una cosa en lugar del dinero. Sin embargo, para los Proculianos esto no podía ser lo mismo, considerando fundamental la entrega de monedas, pues se preguntaban, entonces, cómo distinguir entonces al vendedor del comprador si ambos tenían la función doble de ser comprador y vendedor<sup>415</sup>. Al final prevalecería la opinión de los Proculianos como indican diversos textos romanos<sup>416</sup>.

Como se adelantó, el precio debe ser cierto, es decir, determinado o al menos susceptible de su determinación posterior<sup>417</sup>. Así, por ejemplo

<sup>413</sup> *Instit.*, 3.141. FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *op. cit.*, p. 321.

<sup>414</sup> Sin embargo, el art. 1446 CC prevé el pago en dinero y otro objeto, cuyo monto de uno y otro determinará si se califica el contrato de compraventa o de permuta: «si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario».

<sup>415</sup> GAYO, *Instit.*, 3.141: «Mucho se ha discutido si el precio debe consistir en otras cosas (se entienden cosas distintas al dinero), como si, por ejemplo, un esclavo, una toga o un fundo pueden ser precio de otra cosa. Nuestros maestros estiman que el precio puede consistir también en otra cosa. Los autores de la escuela contraria disienten y piensan que una cosa es la permuta de cosas y otra distinta la compraventa; de lo contrario no se podría explicar, efectuada la permuta, qué cosa se considera vendida y cuál entregada a título de precio». PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, pp. 291-292.

<sup>416</sup> *Codex* 4.64.7: «Ya de antiguo se estableció, que no se puede hacer una compra con cosas»; *Digesto* 19.5.5.1: «y si verdaderamente yo diera dinero para recibir una cosa, es compra y venta, pero si doy una cosa para recibir otra no parece bien que la permuta de cosas sea compra».

<sup>417</sup> GAYO, *Instit.*, 3.140. Artículo 1447 CC: «Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al

será válida la compraventa hecha en la que se designa a un tercero para que determine el precio, de lo contrario la venta sería nula. En el mismo sentido, también resultaría nula la compraventa en la que se acordase que el precio lo fije solo el comprador<sup>418</sup>, o un tercero no determinado.

Y finalmente, el precio ha de ser serio y verdadero, no siendo precio serio cuando el vendedor no tiene intención de exigir el precio. Se trataría de un precio simulado y la operación sería una simple donación<sup>419</sup>.

Sí sería válida la compraventa hecha por un precio inferior al valor de la cosa vendida, si bien, a partir de Diocleciano y Maximiano, se permitirá al vendedor la rescisión de la venta, si el precio era inferior a la mitad del valor real de la cosa al momento del contrato; el comprador podía evitar la rescisión pagando en su justo precio lo que faltaba<sup>420</sup>.

**4.1.6. Obligaciones de los contratantes.** De todo contrato de compraventa surgirán obligaciones para ambas partes, vendedor y comprador.

**4.1.6.1. Deberes del vendedor.** El vendedor se compromete a transferir al comprador la libre posesión de la cosa vendida<sup>421</sup>, lo que significa, como se ha visto, que el vendedor no se obliga a transferir la propiedad de la cosa, sino únicamente su pacífica y duradera posesión al comprador, pudiéndose ésta adquirir por la usucapión, estando éste protegido, hasta entonces, a través de la *actio publiciana*<sup>422</sup>.

**4.1.6.1.1. Evicción.** Se obliga el vendedor, en principio, a responder por evicción de la cosa vendida<sup>423</sup>, según lo cual, el vendedor le proporcionará al comprador la libre posesión de la cosa pero, además, le debe garantizar que esa posesión va a ser pacífica y duradera<sup>424</sup>.

---

arbitrio de persona determinada. Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato».

<sup>418</sup> Idéntico postulado romano reproduce ahora el artículo 1449 CC: «El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

<sup>419</sup> La STS de 11 de enero de 2007 unifica criterios sobre nulidad de la escritura pública de compraventa encubierta que impide la validez de la donación de inmuebles.

<sup>420</sup> *Codex* 4.44.2.

<sup>421</sup> DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ-ENNES, L., *op. cit.*, pp. 360-362.

<sup>422</sup> *Digesto* 12.4.6; *D.* 19.4.1 pr.

<sup>423</sup> PAULO, *Sent.*, 2.17.1-3.

<sup>424</sup> DAZA, M.J.-RODRÍGUEZ-ENNES, L., *op. cit.*, pp. 366 y ss. La evicción se describe actualmente en el artículo 1475 CC: «Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o en parte de la cosa comprada. El vendedor responderá de la evicción aunque

Por ello, si un tercero, haciéndose valer de un mejor derecho, despojase al comprador de su posesión en juicio, el vendedor estará obligado a acudir en auxilio del comprador intentando evitar la evicción, es decir, que sea despojado de la posesión de la cosa objeto de la venta. No pudiendo evitarlo, será obligación del vendedor frente al comprador, reparar las consecuencias, es decir, indemnizarle en lo que pierda<sup>425</sup>.

**4.1.6.1.2. Vicios ocultos.** Será obligación del vendedor, también, responder ante el comprador por los vicios ocultos o defectos que pueda tener la cosa vendida<sup>426</sup>, es decir, por aquellos defectos materiales que impiden que la cosa vendida sea útil para el uso al que se destina, o que esté afectada de vicios que le disminuyen su valor<sup>427</sup>.

A tal fin, el edicto de los ediles curules introdujo dos nuevas acciones para proteger al comprador frente al vendedor en el caso de la existencia de vicios ocultos<sup>428</sup> en la cosa objeto de compraventa: *a) actio redhibi-*

---

nada se haya expresado en el contrato. Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor».

<sup>425</sup> Indemnización que puede perseguir el comprador mediante la *actio empti*. Esta acción exige dos requisitos, que: *a)* el comprador haya sufrido un perjuicio concreto, es decir, que haya perdido la posesión de la cosa; y *b)* que el despojo no sea por culpa del comprador: por ejemplo porque se descuidó a la hora de usucapir.

<sup>426</sup> Así, por ejemplo, si a la venta seguía una *mancipatio* de un fundo, el comprador disponía contra el vendedor mancipante de la *actio de modo agri* (por la cual reclama que el campo vendido no tiene las dimensiones acordadas, debiendo el vendedor pagar el doble del valor de la diferencia de terreno).

<sup>427</sup> Artículo 1484 CC. «El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos». Además, añade el art. 1485, «el vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase. Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido».

<sup>428</sup> Las acciones edilicias son reguladas en el Código civil vigente. El artículo 1486 establece al respecto que: «el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos. Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión». Y el artículo 1487 que: «si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá éste la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los



*toria*, ejercitable dentro de los dos meses de descubierto el vicio, por la cual reclama el comprador que se le restituya el precio junto con una indemnización por los daños sufridos<sup>429</sup> y *b) actio quanti minoris (aestimatoria)*, ejercitable dentro de los seis meses desde que se descubrió el vicio, por la que el comprador intenta conseguir una reducción proporcional del precio según el vicio. A partir de Justiniano, todas estas acciones se funden en una sola para realizar las reclamaciones: la *actio empti*.

**4.1.6.2. Deberes del comprador.** La principal obligación del comprador es *pagar* el precio fijado. Pero no es la única, también habrá de abonar los intereses cuando fueren exigibles; así como los gastos de conservación de la cosa cuando tras la venta siguió en poder del vendedor, así como los daños por cualquier actitud dolosa del propio comprador y, finalmente, habrá de cumplir las demás condiciones pactadas. El incumplimiento de tales deberes hará que incurra en responsabilidad, para lo cual, el vendedor dispondrá de la *actio venditi*<sup>430</sup>.

Ahora bien, una vez perfeccionado el contrato: ¿debe el comprador pagar el precio en el caso de que la cosa perezca antes de ser entregada?

En la época clásica se estableció el principio *periculum est emptoris*<sup>431</sup> por el que el riesgo era del comprador, es decir, éste debía pagar incluso al quedarse sin la cosa o si esta sufriera un gran deterioro<sup>432</sup>.

Sin embargo, por lo general, el comprador deberá soportar el riesgo solo y exclusivamente cuando la cosa pereciera por un acontecimiento de fuerza mayor<sup>433</sup>, como un terremoto, naufragio, incendio, etc.<sup>434</sup>

---

daños y perjuicios. Si no los conocía, debe sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado el comprador».

<sup>429</sup> *Digesto* 21.1.21 pr; *D.* 21.1.38 pr.

<sup>430</sup> *Digesto* 19.1.13.19-20.

<sup>431</sup> *Instituta* 3.23.3; *Digesto* 18.6.8 y 17; *D.* 23.3.15; *D.* 43.24.11.12. RASCÓN, C., *op. cit.*, p. 292, FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *op. cit.*, p. 323.

<sup>432</sup> *Digesto* 18.6.8 pr: «Es necesario saber cuándo se haya perfeccionado la compra; pues entonces sabremos de quien sea el riesgo, porque perfeccionada la compra, el riesgo corresponderá al comprador».

<sup>433</sup> *Instituta* 3.23.3. Si bien se puede pactar en el contrato de compraventa que el riesgo del peligro de la pérdida de la cosa objeto del negocio pueda corresponder al vendedor.

<sup>434</sup> La misma regla romana de que la cosa la pierde el comprador la establece en el art. 1152 CC: «El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el

Si, por el contrario, la cosa se perdiera por cualquier otra circunstancia (culpa del vendedor, por ejemplo) o fuera objeto de un hurto, el que responderá por su pérdida será el vendedor, así como, también, en el caso de incurrir en el supuesto de mora en la entrega de la cosa.

**4.2. *Locatio-conductio.*** En el Derecho romano, al contrato de arrendamiento en general, se le conoce por la expresión *locatio-conductio*<sup>435</sup>.

**4.2.1. *Concepto y modalidades.*** Es otro contrato consensual, donde basta el mero acuerdo de las partes, sin otra formalidad o requisito, para que surta efectos. Bajo tal denominación se incluían en Roma tres diferentes figuras, destacando los arrendamientos de cosas (*locatio-coductio rei*), de servicios (*locatio conductio operarum*) y de obras (*locatio conductio operis*), similares a las que existen en el Derecho civil actual.

A tenor de lo anterior, puede establecerse como concepto genérico de arrendamiento, que la *locatio conductio* es un contrato consensual<sup>436</sup> por el cual una persona se obliga a ceder a otra el uso de una cosa (*locatio conductio rei*) o a realizar una obra (*locatio conductio operis*) o a prestar un servicio (*locatio conductio operarum*) a cambio de un dinero o *merces*<sup>437</sup>.

Para la defensa procesal de los derechos de cada partes interviniente en el contrato destacan la *actio locati* que tiene el *locator* y la *actio conducti* que se pone a disposición del *conductor*.

**4.2.2. *Formación y caracteres.*** La *locatio-conductio*, al igual que en la compraventa, se trata de un contrato consensual, es decir, que se perfecciona por el simple acuerdo de las partes, surtiendo efectos desde ese momento<sup>438</sup>. Al igual que en la compraventa, en caso de que medien

---

contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1096 y 1182»; según el primero: de estos dos preceptos: «si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega»; y a tenor del segundo: «quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora». Y el art. 1183: «siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario».

<sup>435</sup> *Instituta* 3.24; *D.* 19.2.; *Codex* 4.65; *C.* 11.71.

<sup>436</sup> *Digesto* 19.2.1.

<sup>437</sup> MIQUEL, J., *op. cit.*, p. 265.

<sup>438</sup> *Digesto* 19.2.1: «El arrendamiento, como es natural de todos los pueblos, no se contrae en virtud de palabras solemnes, sino por el consentimiento, como la compraventa».

arras o escrito, serán de utilidad únicamente a efectos de medio de prueba judicial.

También al igual que la compraventa, será un contrato bilateral, pues van a surgir obligaciones para ambas partes (una ceder el uso de una cosa y otra el pago de la *merces*), y de buena fe, porque como ya se dijo en la compraventa, se perfecciona y rige por la voluntad de las partes dejando al margen las rigideces y formalismos propios del *ius civile*<sup>439</sup>.

**4.2.3. Elementos esenciales.** Como en la compraventa, también en el arrendamiento lo van a ser el objeto y el precio<sup>440</sup>.

**4.2.3.1. Objeto.** Respecto del objeto, al igual que sucedía en la compraventa, éste podrá consistir en un bien mueble, inmueble, corporal, incorporal, incluso ajeno, siempre que se trate de un bien que esté dentro del comercio de los hombres, es decir, sea una *res intra commercium*.

**4.2.3.2. Precio.** Por lo que se refiere al precio, también presenta muchas similitudes con la compraventa, exigiéndose que éste sea o consista en dinero contante y sonante, aunque en determinados casos como el arrendamiento de un fundo, se admitía el pago en especie.

Pero también se va a exigir que el precio fuese cierto (permitiéndose la determinación del mismo por un tercero) y serio (es decir, con la intención de exigirse) al igual que sucedía en el caso de la compraventa.

**4.2.4. Deberes en cada tipo de arrendamiento.** Surgen obligaciones del contrato tanto para el arrendador como para el arrendatario. Por tanto, cabe distinguir entre las distintas clases de arrendamiento en qué consisten y qué es lo que se exigen en cada una de ellas<sup>441</sup>.

---

<sup>439</sup> Artículo 1546 CC: «Se llama arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa, ejecutar la obra o prestar el servicio, y arrendatario al que adquiere el uso de la cosa o el derecho a la obra o servicio que se obliga a pagar». Artículo 1547 CC: «Cuando hubiese comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltare la prueba del precio convenido, el arrendatario devolverá al arrendador la cosa arrendada, abonándole, por el tiempo que la haya disfrutado, el precio que se regule».

<sup>440</sup> El Código civil realiza similar división, en tres modalidades, arrendamiento de cosa, servicios y obras: «El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios» (art. 1542). «En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto» (art. 1543). «En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto» (art. 1544).

<sup>441</sup> El Código Civil dedica un gran número de artículos (1554-1574) para determi-

**4.2.4.1. *Locatio conductio rei*.** El arrendamiento de cosas en Roma<sup>442</sup>. va a consistir en aquel contrato de arrendamiento por el cual una persona (*locator*) se obliga a entregar a otra (*conductor*) el uso o el uso y disfrute de una cosa (*res*) a cambio del pago de un precio (*merces*)<sup>443</sup>.

Se cede por el arrendador (*locator*) el uso o uso y disfrute de una cosa (siendo indiferente que la cosa sea mueble, inmueble<sup>444</sup>, y en este caso, puede ser un predio rústico<sup>445</sup> o urbano<sup>446</sup>) en favor del arrendatario (*conductor*) que tendrá como deber el pago de la renta o *merces*.

---

nar las obligaciones tanto del arrendador como del arrendatario, si bien, en general, las obligaciones fundamentales de uno y otro las encontramos en los artículos siguientes: «el arrendador está obligado: 1º. A entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato. 2º. A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada. 3º. A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato» (art. 1554). Por otro lado, «el arrendatario está obligado: 1º. A pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos. 2º. A usar la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra. 3º. A pagar los gastos que ocasione la escritura del contrato» (art. 1555).

<sup>442</sup> *Digesto* 19.2.25.1.

<sup>443</sup> ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, p. 655. Respecto al arrendamiento de cosas, el artículo 1550 CC dispone que: «cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador». Sin perjuicio de su obligación para con el subarrendador, «queda el subarrendatario obligado a favor del arrendador por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario» (art. 1551). El subarrendatario «queda también obligado para con el arrendador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento, considerando no hechos los pagos adelantados, al no haberlos verificado con arreglo a la costumbre» (art. 1552). Finalmente, según el art. 1553 CC: «son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa. En los casos en que proceda la devolución del precio, se hará la disminución proporcional al tiempo que el arrendatario haya disfrutado de la cosa».

<sup>444</sup> La mayoría de las normas arrendaticias de bienes inmuebles en España se encuentra en leyes especiales, fuera del Código civil, aunque también este los regula.

<sup>445</sup> Los arrendamientos urbanos más comunes están regulados en la actualidad por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, cuya más reciente modificación se realizó por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo.

<sup>446</sup> Los contratos de arrendamientos de fincas rústicas están regulados en la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, cuyas últimas reformas fueron por la Ley 2/2015, de 30 de marzo y la Ley 26/2005, de 30 de noviembre.

Por tanto, cabe concluir que en el caso de la *locatio conductio rei*, el *locator* deberá ceder el pacífico uso o uso y disfrute de la cosa. Por su parte, el *conductor*, deberá pagar la *merces*, es decir, la renta pactada y conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia.

**4.2.4.2. *Locatio conductio operarum*.** Por el contrato de arrendamiento de servicios una persona (*locator*) se obliga a realizar unos servicios o actividad (*operarum*) en favor de otra persona (*conductor*) a cambio de un precio o remuneración<sup>447</sup>.

En el contrato de arrendamiento de servicios lo importante es la actividad del *locator* que se obliga a llevarla a cabo con su máxima diligencia, independientemente del resultado de la misma. Es decir, que el *conductor*, por su parte, se obliga a pagar tal actividad, con independencia del resultado, aunque éste sea de su interés e incluso aunque posteriormente no se haga uso de los servicios convenidos<sup>448</sup>.

En lo que respecta a la *locatio conductio operarum*, el *locator* estará obligado a realizar el trabajo para el que se contrató. Por su parte, el *conductor*, deberá abonar el pago de la *merces* acordada.

**4.2.4.3. *Locatio conductio operis*.** El contrato de arrendamiento de obra<sup>449</sup>, es el contrato por el que una persona (*conductor*) se obliga a llevar a cabo una obra (*opera*) en favor de otra (*locator*) a cambio de un precio que debe pagar este último (*locator*)<sup>450</sup>.

En el contrato de arrendamiento de obra lo que se exige, sin embargo al *conductor*, es un resultado concreto<sup>451</sup>, y no el mero hecho de la reali-

<sup>447</sup> PAULO, *Sent*, 2.18.1; *Digesto* 19.2.38 pr.

<sup>448</sup> ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, p. 657.

<sup>449</sup> *Digesto* 50.16.5.1.

<sup>450</sup> Al arrendamiento de obra, dedica una sección el Código civil bajo el título «De las obras por ajuste o precio alzado». Según el art. 1588: «Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material». A tenor del art. 1589 «Si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla». El artículo 1590 indica que: «El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño».

<sup>451</sup> ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, p. 658.

zación de un trabajo, sino que este sea acorde a lo pactado. Lógicamente, en este caso, lo que interesa al *locator* (persona para la que se realiza el trabajo por el *conductor*) es la correcta realización de tal trabajo que puede, por ejemplo, consistir en la adecuada construcción de una casa, una mesa, o elaboración de una joya<sup>452</sup>.

Finalmente, en la *locatio conductio operis*, el *conductor* tendrá como obligación principal la realización de la obra pactada. Por su parte, el *locator* deberá pagar al *conductor*; si bien, en determinados trabajos como la construcción de edificios, el *locator* pagaba a plazos dependiendo de que la obra se fuera realizando de manera satisfactoria<sup>453</sup>.

La aprobación o no de la obra debía realizarla el dueño de manera objetiva, no pudiendo desaprobar el trabajo sin causas razonables.

**4.2.5. Extinción.** Las causas que ponen fin al contrato de arrendamiento son variadas y, además de las generales de todo contrato, pueden sistematizarse, de manera más específica, en las siguientes: la llegada del término o plazo, la pérdida de la cosa arrendada, el mutuo disenso y el impago del precio pactado: renta o merced (*merces*).

**4.2.5.1. Fin del plazo.** La expiración de tiempo convenido (los fundos rústicos se arrendarán generalmente por un período de cinco años). Si al cabo de ese tiempo, el arrendatario continúa gozando de su derecho y el arrendador no se opone, se forma un nuevo arrendamiento por un año. En tales casos se indica que habrá tácita reconducción del contrato<sup>454</sup>.

---

<sup>452</sup> En relación a este último tipo de arrendamiento resulta interesante citar un texto muy significativo a la hora de distinguir entre arrendamiento y compraventa que, en ocasiones, pudiera quedar un tanto difuminada como los propios juristas romanos declaran: *Digesto* 19.2.2.pr-1: «La locación y conducción (arrendamiento) es semejante a la compraventa (*emptio-venditio*) y se apoya en las mismas reglas de derecho. Mas de tal modo parece que tienen alguna semejanza que en algunos casos suele preguntarse si es compra y venta o locación y conducción, como por ejemplo, si yo hubiere convenido con un orfice que con oro suyo me hiciera anillos de cierto peso y de cierta forma, y que él recibiere, por ejemplo, trescientos sestercios, ¿será acaso compra y venta o locación y conducción?. Pero parece que más bien es compra y venta. Pero si yo le hubiere dado el oro habiéndose convenido retribución por su trabajo, no hay duda que será locación y conducción».

<sup>453</sup> *Digesto* 19.2.24 pr: «Si en un pacto de la locación se hubiera expresado, que se apruebe la obra a arbitrio del dueño, se considera lo mismo que si se hubiese expresado el arbitrio de buen varón».

<sup>454</sup> *Digesto* 19.2.13.11: «Mas lo que hemos dicho, que por el silencio de una y de otra parte se considera que el colono volvió a tomar en arrendamiento, se ha de en-

Esta tácita reconducción, lógicamente, se fundamenta en la simple voluntad de las partes, sin que sea necesario incluso que medien palabras o escritos, es decir, bastará que el colono permanezca en el fundo una vez finalizado el plazo, y que el dueño del mismo lo consienta. Sin embargo, ya que basta la simple voluntad de las partes, en el supuesto en que alguna de ellas haya fallecido o enloquecido, no se entenderá renovado el arrendamiento<sup>455</sup>.

**4.2.5.2. Pérdida de la cosa.** La pérdida de la cosa arrendada o dada en arrendamiento (destrucción del fundo, muerte del esclavo, animal de carga, etc.) produce, necesariamente la extinción del contrato de arrendamiento por falta de objeto que ha desaparecido o se ha destruido<sup>456</sup>.

Al margen de la responsabilidad de cada una de las partes del contrato en dicha pérdida, lo cierto es que el contrato ha de terminar necesariamente por ausencia de objeto. Si desaparece la cosa arrendada ya no habrá contrato vigente, ni obligación de pagar la renta o *merces*.

**4.2.5.3. Mutuo disenso.** El mutuo disentimiento es el acuerdo entre las partes para resolver el contrato de arrendamiento dejándolo sin efecto. No se produce cuando una de las partes se aparta del contrato por su cuenta, sino solo en los casos en que acuerda expresamente tal fin.

**4.2.5.4. Impago.** Se producirá la extinción del contrato de arrendamiento a instancias del arrendador, con recuperación de la cosa objeto de arrendamiento, en los casos de falta de pago por el arrendatario del precio pactado, la *merces* o renta durante un periodo de dos años.

**4.3. Mandatum.** El contrato de mandato, también de carácter consensual, se denominaba *mandatum* en Roma<sup>457</sup>.

---

tender de modo que se considere que renovaron la misma locación por aquel mismo año que callaron, no también por los siguientes años aunque desde un principio se hubiera señalado un lustro para el arrendamiento».

<sup>455</sup> *Digesto* 19.2.14: «El que toma en arrendamiento hasta cierto tiempo, es colono aun después de transcurrido el tiempo; porque se entiende que el dueño, consintiendo que el colono permanezca en el fundo, lo da nuevamente en arrendamiento; y semejantes contratos no requieren ciertamente ni palabras ni escrituras, sino que se convallidan por el nudo consentimiento. Y por esto, si entretanto el dueño hubiera comenzado a enloquecer o hubiere fallecido, dice Marcelo, que no puede hacerse que se renueve el arrendamiento; y esto es verdad».

<sup>456</sup> *Digesto* 19.2.37.

<sup>457</sup> *Digesto* 17.1.2.6.

**4.3.1. Concepto y sujetos.** El mandato es un contrato por el cual una persona da un encargo a otra, que lo acepta, de realizar gratuitamente un acto legal determinado o un conjunto de operaciones conducentes a un fin concreto<sup>458</sup>. Su función es sustituir a una persona para que realice alguna gestión que quien la encarga no puede o no desea hacer en persona<sup>459</sup>.

Mandante o *mandator*, es quien da el mandato; y mandatario o *procurator* quien se encarga de ello, o sea, el que lo lleva a cabo o ejecuta.

Dicho contrato tiene gran repercusión y utilidad práctica, cuando por enfermedad o alguna causa que motivara su ausencia durante un tiempo, no pudiera realizar una serie de gestiones imprescindibles para la administración de sus bienes, debiendo recurrir a la voluntad de un tercero o persona de su confianza que los pudiera desempeñar.

S trata de un contrato bilateral imperfecto del que surge una obligación segura y en todo caso para una de las partes intervinientes (el mandatario) de realizar un acto concreto o determinado; y podrían eventualmente surgir también obligaciones para la otra parte contratante (mandante) como, por ejemplo, la obligación de resarcir los gastos que haya debido realizar el mandatario durante su actuación.

**4.3.2. Formación y requisitos.** El contrato se perfecciona por el simple acuerdo de las partes, tal y como se caracterizan los contratos consensuales a cuya categoría pertenece<sup>460</sup>. Este consentimiento de las partes puede ser dado bien expresamente a través de palabras, o cartas, bien tácitamente, como cuando alguien actúa a través de un tercero y éste no se opone a tal actuación<sup>461</sup>.

El contrato de mandato en el Derecho romano exige estos, requisitos: 1) Ha de ser un acuerdo con carácter gratuito<sup>462</sup>. Es decir, que si las partes fijan un salario, no hay mandato, pudiendo haber, por el contra-

---

<sup>458</sup> GAYO, *Instit.*, 3.155.

<sup>459</sup> *Digesto* 17.1.1.4.

<sup>460</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, pp. 404-405.

<sup>461</sup> Según el art. 1710 CC: «El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario».

<sup>462</sup> El mandato se regula actualmente con cierto detalle en el Código civil, cuyo artículo 1709 aporta su definición legal: «por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra».



rio, un arrendamiento de servicios, por ejemplo. 2) Deberá tener por objeto un acto lícito, ya que no podría considerarse como mandato ordenar a alguien, aunque fuera de forma gratuita, que cometiera un hurto, un robo o un asesinato. 3) Que el acto o gestión que realice el mandatario debe ser en interés del mandante o de un tercero<sup>463</sup>.

**4.3.3. Deberes de las partes.** En cuanto a las obligaciones, tanto del mandatario como las que, eventualmente pudieran surgir para el mandante, como fruto del contrato, conviene señalar las más relevantes.

A. Para el mandatario: 1. Surgen las derivadas de la ejecución del mandato así como dar cuenta de ello al mandante. Es decir, entregarle lo adquirido para él, si fue dinero, deberá entregárselo, o si ha recibido la propiedad de alguna cosa, transferírsela con posterioridad al mandante<sup>464</sup>. El mandante dispone de la *actio mandati directa* para obligarle a cumplir al mandatario. 2. No deberá salirse de los límites que se le ordenaron al llevar a cabo el encargo del mandante<sup>465</sup>. 3. Responderá por dolo y de toda falta<sup>466</sup>, así como por culpa o negligencia cuando no lleva a cabo la gestión<sup>467</sup>, o no lo hace en la forma correcta<sup>468</sup>.

---

<sup>463</sup> Artículo 1711 CC: «A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo».

<sup>464</sup> *Digesto* 17.1.8.10: «Por consiguiente, si te mandé que compraras un esclavo y lo compraste, estarás obligado a restituírmelo».

<sup>465</sup> *Instituta* 3.26.8.

<sup>466</sup> No obstante, hubo discrepancias entre los propios juristas romanos, en el sentido de que unos pensaban que el mandatario debería responder por toda culpa (ULPIANO) y otros que no (MODESTINO), basándose en que el mandatario, en quien el mandante deposita toda su confianza, debe merecerla por sus cuidados y atención y si compromete a ello de manera tácita aceptando el mandato que es libre de rehusar.

<sup>467</sup> *Digesto* 17.1.15: «Si yo te hubiese mandado que compraras un fundo, y después te hubiese escrito, que no lo compraras, pero tú lo hubieses comprado antes que supieras que yo lo había prohibido, te estaré obligado por la acción de mandato (*actio mandati*), para que no sufra perjuicio el que acepta el mandato». *Codex* 4.35.13: «Se declara con evidencia por la autoridad del derecho, que por el procurador se ha de responder del dolo y de toda culpa, pero no de casos imprevistos».

<sup>468</sup> Entre los deberes del mandatario en el Código civil: «el mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante. Debe también acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza» (art. 1718). Además, «en la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante. A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia (art. 1719). Igualmente. «todo mandatario

B. Para el mandante: sus obligaciones del mandante, surgirían eventualmente, es decir, no con total y absoluta seguridad, destacando las relacionadas con evitar que en el desarrollo del encargo se le cause perjuicio alguno al mandatario<sup>469</sup>, debiendo reintegrarle aquellos gastos justificados o pérdidas sufridas en el ejercicio del mandato<sup>470</sup>.

**4.3.4. Extinción del mandato.** Las principales causas por las cuales el contrato de mandato se extingue, son fundamentalmente, las siguientes:

1<sup>a</sup>. Realización del encargo; cuando se llevan a cabo con total normalidad los actos que el mandante le pidió al mandatario que realizara.

2<sup>a</sup>. Imposibilidad de su ejecución; por cualquier circunstancia, no se puede realizar el acto o encargo al resultar imposible su cumplimiento.

3<sup>a</sup>. Mutuo acuerdo; igual que las partes pueden acordar o consentir en realizar el acto o encargo, ellas mismas pueden decidir no realizarlo o no llevarlo a término, sin necesidad de expresar motivo alguno<sup>471</sup>.

4<sup>a</sup>. *Revocatio*; es decir, por la voluntad unilateral del mandante que tiene el derecho a dejar sin efecto o revocar el mandato a su conveniencia, sin más justificación, siendo válidas las actuaciones del mandatario mientras ignore tal revocación del mandante y siendo las gestiones, objeto de reembolso de los gastos realizados si se hicieron algunos:<sup>472</sup>

5<sup>a</sup>. *Renuntiatio*; supone la renuncia por voluntad unilateral del man-

---

está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo» (art. 1720). Al igual que en el Derecho romano: «el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido» (art. 1726).

<sup>469</sup> *Digesto* 17.1.27.4: «Los gastos hechos para cumplir el mandato, si fueron hechos de buena fe, deben ser restituidos, y no importa al caso, que el que hubiere mandado hubiere podido gastar menos, si él mismo fuera gestor de negocios».

<sup>470</sup> Respecto de los deberes del mandante: «debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato. En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente (art. 1727). Además, el mandante: «debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiera anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación (art. 1728). «Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario» (art. 1729).

<sup>471</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano cit.*, p. 408.

<sup>472</sup> GAYO, *Instit.*, 3.159-160.

datario, siempre que de tal decisión no resulte ningún perjuicio para el mandante<sup>473</sup>, debiendo indemnizarle en caso contrario, salvo que su renuncias se debiera a un motivo justificado<sup>474</sup>.

6ª. Muerte de cualquiera de las partes; ya que el mandato implica una estrecha confianza entre las personas que celebran el contrato (mandante y mandatario) y que no puede sobrevivir a una de las partes, en el sentido de que no puede pasar este encargo a otra persona –por cualquier tipo de cesión o sucesión, *inter vivos o mortis causa*– al no tener igual confianza. No obstante lo anterior, tal y como sucede en la revocación a instancias del mandante, el mandatario seguirá actuando lícitamente hasta que no tenga noticias de la muerte del mandante<sup>475</sup>.

**4.4. Societas.** El contrato de sociedad se denomina *societas* en el Derecho romano y se ubica, también, dentro de los contratos consensuales.

**4.4.1. Concepto y formación del contrato.** La sociedad (*societas*) es un contrato por el cual dos o más personas (*socii*) se obligan a aportar ciertas cosas o de trabajo para obtener una utilidad común<sup>476</sup>.

Dado que el contrato de sociedad se constituye por el libre consentimiento de los socios, la retirada de uno de los que participó en la celebración del mismo supondrá la terminación de este contrato.

**4.4.2. Clases.** En Roma pueden distinguirse varios tipos de contrato

<sup>473</sup> *Digesto* 17.1.22.11.

<sup>474</sup> ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, p. 666.

<sup>475</sup> Determina el artículo 1732 CC que: «el mandato se acaba: 1º. Por su revocación. 2º. Por renuncia o incapacidad del mandatario. 3º. Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario. El mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».

<sup>476</sup> GAYO, *Instit.*, 3.149. La define el artículo 1665 CC: «La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias». Además: «La sociedad debe tener un objeto lícito y establecerse en interés común de los socios. Cuando se declare la disolución de una sociedad ilícita, las ganancias se destinarán a los establecimientos de beneficencia del domicilio de la sociedad, y, en su defecto, a los de la provincia» (art. 1666). «La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública» (art. 1667 CC).

de sociedad, destacando especialmente los dos siguientes<sup>477</sup>:

1. *Societas omnium bonorum*, que se caracterizaba porque en ella, los socios aportaban la totalidad de sus patrimonios –presentes y futuros–. Este tipo de sociedad tuvo su origen en la que se creaba antiguamente entre los *filiifamilias* sobre la masa patrimonial hereditaria del *pater* a su muerte, denominada *ercto non cito*<sup>478</sup>.

2. *Societas alicuius negotii*, que se trataría de aquella en la que las aportaciones de los socios se llevaban a cabo para una operación específica como comprar o vender ganado o esclavos, entre otras<sup>479</sup>.

Respecto a los beneficios o pérdidas, salvo que se conviniera otra cosa, se repartirán por partes iguales, aun pudiéndose pactar otro tipo de partición distinto<sup>480</sup>. Si se pactó una distribución para las ganancias y no para las pérdidas o viceversa, se entenderá la misma para ambas.

No se admitirá en Roma que un socio participara sólo en las ganancias<sup>481</sup> y no cuando hubiera pérdidas, pues sería una *societas leonina*<sup>482</sup>.

<sup>477</sup> PIETRO, DI, A., LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 299.

<sup>478</sup> Esta modalidad romana de sociedad se denomina ahora sociedad universal que se define en el art. 1673 CC: «La sociedad de todos los bienes presentes es aquella por la cual las partes ponen en común todos los que actualmente les pertenecen, con ánimo de partírselos entre sí, como igualmente todas las ganancias que adquieran con ellos». Según el artículo 1674 CC: «En la sociedad universal de todos los bienes presentes, pasan a ser propiedad común de los socios los bienes que pertenecían a cada uno, así como todas las ganancias que adquieran con ellos. Puede también pactarse en ella la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias; pero no pueden comprenderse los bienes que los socios adquieran posteriormente por herencia, legado o donación, aunque sí sus frutos». El art. 1675 CC dispone que: «La sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad. Los bienes muebles o inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo de dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo».

<sup>479</sup> Coincide este tipo romano con la sociedad particular que regula el art. 1678 CC: «La sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos, o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte».

<sup>480</sup> *Digesto* 17.2.29 pr: «Si no se hubieren agregado al contrato de sociedad las porciones, consta que éstas son iguales. Pero si se hubiere convenido que uno tenga dos partes o tres, y otro una ¿será válido?. Parece bien que sea válido, si aportó algo más a la sociedad o en dinero, o en trabajo, o en cualquier otra cosa».

<sup>481</sup> MIQUEL, J., *op. cit.*, p. 269.

<sup>482</sup> *Digesto* 17.2.29.2: «Refiere Aristón, que respondió Casio, que no puede constituirse una sociedad tal que uno estuviera solamente a la ganancia y otro a la pérdida, y

**4.4.3. Deberes de los socios.** En cuanto a las obligaciones o responsabilidades de los socios, cabe decir que cada uno de ellos dispondrá de la *actio pro socio* para reclamar cualquier cuestión con respecto a los demás, tales como la rendición de cuentas, las relativas a indemnizaciones debidas de gastos y cualesquiera otros derivados de la sociedad<sup>483</sup>.

Pero ello siempre que se haya debido a una negligencia absoluta del socio en cuestión, en el cuidado de las cosas o en el caso de haber obrado con dolo, pero no así por actuar con un cuidado normal aunque aun así se hubiera causado algún daño o perjuicio<sup>484</sup>.

En cuanto a un hipotético caso como si, por ejemplo, mi socio tuviera además otro socio, únicamente afectará a él los actos que procure dicho tercer socio, pues es socio suyo y no mío<sup>485</sup>.

**4.4.4. Extinción.** El contrato de sociedad finalizará o se extinguirá por alguna de las siguientes causas: *a)* muerte de uno de los socios; *b)* voluntad de los socios, o de alguno de ellos; *c)* la llegada del plazo convenido; y *d)* haberse realizado el negocio para el que se constituyó<sup>486</sup>.

---

que se acostumbró a llamar leonina a esta sociedad, y convenimos que es nula una sociedad tal en la que uno estuviera a la ganancia y otro no estuviera a ganancia alguna, sino a la pérdida; porque es muy injusto género de sociedad el de aquella por la que uno espere pérdida, pero no también lucro».

<sup>483</sup> Según el art. 1686 CC: «Todo socio debe responder a la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria le haya proporcionado». Artículo 1687 CC. «El riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aportan a la sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos, es del socio propietario. Si las cosas aportadas son fungibles, o no pueden guardarse sin que se deterioren, o si se aportaron para ser vendidas, el riesgo es de la sociedad. También lo será, a falta de pacto especial, el de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario, y en este caso la reclamación se limitará al precio en que fueron tasadas».

<sup>484</sup> *Digesto* 17.2.72: «El socio se obliga al socio también por razón de culpa, esto es, de desidia y de negligencia. Mas la culpa no se ha de referir a exactísima diligencia; porque basta que ponga en las cosas comunes tal diligencia, cual suele poner en sus propias cosas, porque el que se procura un socio poco diligente, debe quejarse de sí mismo».

<sup>485</sup> *Digesto* 2.19-20: «El que es admitido socio, es socio solamente para aquél que lo admitió; y con razón, porque como la sociedad se contrae por el consentimiento, no puede ser socio mío el que yo no quise que fuera socio: ¿Qué pues, si lo admitió mi socio? Es socio de él sólo, porque el socio de mi socio no es socio mío».

<sup>486</sup> El artículo 1700 CC determina los modos de extinción actuales: «La sociedad se extingue: 1.º Cuando expira el término por que fue constituida. 2.º Cuando se pierde

Si lo que se pretende por uno o varios socios es repartir los bienes de la sociedad, entonces lo apropiado no era interponer la *actio pro socio*<sup>487</sup> sino, más específicamente, la conocida *actio communi dividundo*<sup>488</sup>.

## 5. LOS CONTRATOS INNOMINADOS

**5.1. Origen y evolución.** El sistema contractual romano formado por los contratos anteriormente examinados acusaba algunas insuficiencias significativas debido a determinadas convenciones o acuerdos que no entraban dentro de la caracterización o clasificación de los contratos que se conocía, pero, sin embargo, existía una causa en ellos, con la consiguiente obligación de cumplimiento.

Tales carencias provocan la aparición de estas convenciones denominadas contratos innominados<sup>489</sup> (que se derivan de un principio tan cotidiano y práctico como el de: «te doy una cosa para que me des otra»), y hoy se haría referencia a ellos como contratos atípicos<sup>490</sup>.

En tal categoría se encontrarán aquellas situaciones que no entraban en el concepto de *emptio-venditio* o compraventa, ni tampoco en el de *locatio* o arrendamiento, ambos perfectamente regulados por el Derecho romano y sin embargo se necesitaban para el tráfico cotidiano.

Pese a no estar regulados por ninguna norma, pero tampoco prohibidos (no siendo su objeto una *res extracommercium*), en todos estos contratos innominados existía generalmente una prestación y una contraprestación, donde cada parte debía ejecutar lo convenido en el mismo.

**5.2. Funcionamiento.** Sin embargo, en los casos en que una de las partes cumpliera aquello a lo que se comprometió, pero la otra no hiciera, entonces, la única posibilidad de reclamar el cumplimiento era a través de la interposición de la denominada *condictio causa data causa non secuta*. Esta acción se podía interponer cuando alguien había entregado una cosa, mientras que la otra no había entregado la cosa que tenía obliga-

---

la cosa, o se termina el negocio que le sirve de objeto. 3.º Por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el artículo 1.699. 4.º Por la voluntad de cualquiera de los socios.

<sup>487</sup> RASCÓN, C., *op. cit.*, p. 296.

<sup>488</sup> DROSDOWSKI, T., *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1997.

<sup>489</sup> *Digesto* 19.5.5. pr: «A la que es necesario recurrir cuando existen contratos cuyos nombres no han sido expresados por el *ius civile*».

<sup>490</sup> *Digesto* 2.14.7.2. PANERO, R., *Derecho Romano*, Valencia, 2015, p. 589.

ción de entregar. Por ejemplo, podía suceder, cuando uno entregaba la dote y con posterioridad no se celebraba el matrimonio.

A partir de la época de Justiniano, para proteger tales situaciones se otorgará, con carácter general, la llamada *actio praescriptis verbis*.

Los juristas, a partir de un texto de PAULO, construyeron, dentro de esta categoría contractual las cuatro figuras siguientes, muy conocidas: «*do ut des*» (doy para que des) «*do ut facias*» (doy para que hagas), «*facio ut des*» (hago para que des) y «*facio ut facias*» (hago para que hagas).

**5.3. Tipología: enumeración.** Entre los principales contratos innominados y que con más frecuencia se celebraban en la vida cotidiana en Roma, pero sin ánimo de exhaustividad, se destacarán a continuación, los siguientes: *permutatio*, *aestimatum*, *precarium*, *transactio*.

Las citadas categorías de contratos innominados del Derecho romano han corrido desigual suerte en el Derecho civil español, siendo unas de ellas reguladas legalmente (permuta y transacción), continuando otras sin respaldo legal específico (contrato estimatorio y precario).

**5.4. Permutatio.** Conocida hoy como permuta, la *permutatio*, es un contrato considerado por los juristas proculeyanos como contrato independiente y distinto a la compraventa, como se adelantó, consistente en que una de las partes entrega a otra la propiedad de una cosa u objeto a cambio del cumplimiento de una prestación similar en valor por la parte contraria<sup>491</sup>. Entre las cuatro figuras citadas que dan base a los contratos innominados, la permuta<sup>492</sup> estaría dentro del género *do ut des*.

<sup>491</sup> *Digesto* 19.5.5.1.

<sup>492</sup> Se regula en el Código civil español vigente a continuación de la compraventa, con la que tiene evidente similitudes. Se establece la definición legal: «la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra» (art. 1538). Además, se ordena que: «Si uno de los contratantes hubiese recibido la cosa que se le prometió en permuta, y acreditase que no era propia del que la dio, no podrá ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumplirá con devolver la que recibió». El artículo 1540 dispone que: «el que pierda por evicción la cosa recibida en permuta, podrá optar entre recuperar la que dio en cambio, o reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero sólo podrá usar del derecho a recuperar la cosa que él entregó mientras ésta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entre tanto sobre ella con buena fe por un tercero». Y finalmente, para confirmar sus analogía con la compraventa el art. 1541 CC se remite a su regulación: «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta».

No obstante, había autores o juristas romanos que confundían o identificaban ambos tipos de contratos (compraventa y permuta), como hacía GAYO que denominó a la permuta como el tipo más antiguo de compraventa<sup>493</sup> debido a que a la permuta se aplicarán ciertas normas de la venta como en lo relativo a la evicción y a los vicios ocultos<sup>494</sup>.

A diferencia con la compraventa, en que el vendedor se obliga a entregar una cosa y el comprador una cantidad de dinero, en este caso ambas partes se obligan a la entrega mutua de una cosa, de valor similar, y a transferirse el dominio de ésta, mientras que en la compraventa únicamente la libre y pacífica posesión de la cosa y no su propiedad.

Una y otra parte del contrato dispondrán de la *condictio* para reclamar la entrega de la cosa o la producción de daños.

**5.5. *Aestimatum*.** Se trata del contrato estimatorio que surge cuando una persona entrega a otra una serie de cosas o mercancías estimadas en un valor determinado<sup>495</sup>. Estaría comprendido el contrato estimatorio o *aestimatum* en el género *do ut facias*; llegándose a discutir si se trataba de una figura autónoma o más bien de un contrato de mandato, arrendamiento o incluso si se estaría ante un contrato de compraventa<sup>496</sup>.

Por el contrato estimatorio, la persona que recibe la mercancía o la cantidad de cosas, puede venderlas incluso a un precio o valor superior obteniendo o quedándose con la diferencia y entregando al primero la cantidad determinada inicialmente<sup>497</sup>.

En el caso de que no vendiera las mercancías transcurrido un tiempo (que debe estar fijado o establecido por las partes), deberá devolverlas<sup>498</sup>.

<sup>493</sup> *Instit.*, 3.141; *Digesto* 19.4; *Codex* 4.64.

<sup>494</sup> PANERO, R., *op. cit.*, p. 595.

<sup>495</sup> *Digesto* 19.5.13 pr. No se regula, ni se nombra, el contrato estimatorio en el Código civil español, sin embargo, se cita expresamente en el art. 8, dos, 6º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, al establecer el concepto de entrega de bienes: «las transmisiones de bienes entre comitente y comisionista que actúe en nombre propio efectuadas en virtud de *'contratos de comisión de venta o comisión de compra'*», nombrándose nuevamente bajo la expresión «contrato de comisión de venta» su art. 75 uno 3º, art. 79 seis y art. 136 uno *in fine*, de la misma Ley del IVA.

<sup>496</sup> *Digesto* 19.4.3.1.

<sup>497</sup> *Digesto* 19.3.1 (la venta, el arrendamiento y el mandato); *D.* 17.2.44; (el contrato de sociedad) y *D.* 15.5.13 pr. (el contrato de mandato y el de sociedad).

<sup>498</sup> En la actualidad, en España, el contrato estimatorio, más propio del Derecho



Se trataría así, por tanto, de una especie de venta condicionada<sup>499</sup>.

Cabe, en relación con este contrato, formularse algunas cuestiones como, por ejemplo, ¿sobre quién recaerá la responsabilidad del riesgo o daño sobre las cosas mientras las tiene el que las ha de vender?

En los textos romanos no está claro, aunque parece deducirse que, a falta de acuerdo fijado por las partes, dicha responsabilidad o riesgo, va a recaer sobre el que posee los bienes salvo que se hubiese comenzado a transferir los mismos, ya que en ese supuesto recaerá el riesgo sobre a quien se transfieren, salvo que hubiera culpa o dolo por parte de quien

---

mercantil, se deduce del artículo 325 del Código de comercio («Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa»). No obstante, el art. 50 de dicho cuerpo legal se remite al Derecho civil, al indicar lo siguiente: «Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las 'reglas generales del Derecho común'», siendo estas últimas el Código civil.

<sup>499</sup> Algunas resoluciones judiciales (pocas) han analizado el contrato estimatorio como la reciente Sentencia nº 261/2018, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18, Rec. 358/2018 de 29 de junio de 2018, afirmando que: «el contrato estimatorio consistió, ya en el Derecho Romano, en la entrega de una cosa por un contratante al otro, para que éste procediera a su venta, con fijación del precio de venta en el momento de la entrega». Debe citarse una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), de 1 de octubre de 1994, que diferencia el contrato estimatorio del depósito y de la venta a comisión, para señalar que es un contrato atípico, caracterizado porque el tradens entrega una determinada cosa o universalidad de cosas al *accipiens*, obligándose éste a procurar su venta dentro del término. Por otra parte, la Sentencia nº 276/2015, Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1, Rec. 52/2014 de 20 de diciembre de 2015: «el contrato atípico denominado estimatorio por el que el demandante entregaba la mercancía no con la obligación por el demandado de abonar su importe sino de procurar su venta a terceros, debiendo tras un determinado plazo abonar la efectivamente vendida y restituir la no vendida». La Sentencia 511/2007, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16, Rec. 38/2007 de 18 de octubre de 2007, indica: «en la doctrina (y en alguna legislación comparada) se ha venido denominando "contrato estimatorio" cuya esencia es híbrida entre la comisión de venta profesional y el depósito pero con preponderancia de la primera. En efecto, lo perseguido por el comitente *tradens* es la venta del objeto a través de la actividad profesional de la otra parte *accipiens*». Finalmente, al calificarse como contrato atípico o innominado, suele fundamentarse el contrato estimatorio en la libertad contractual de pactar que reconoce el art. 1255 CC, tal como expresa la Sentencia nº 209/2012, Audiencia Provincial de Tenerife, Sección 3, Rec. 137/2012 de 23 de abril de 2012, entre otras.

los está transfiriendo<sup>500</sup>.

**5.6. Precarium.** El contrato de precario consiste en la entrega gratuita, por una parte (*precario dans*), de una cosa (mueble o inmueble) a otra parte (*precario accipiens*) que la recibe, para que la use, pudiendo reclamarla el que así la entregó en cualquier momento, y pudiendo utilizar judicialmente el *interdicto de precario*; para exigir su devolución; generalizándose la *actio praescriptis verbis* en época justiniana para estos tipos de contratos (innominados) como se indicó más arriba<sup>501</sup>.

Este contrato estaría comprendido en el género *do ut facio*. Los textos romanos definían así esta figura carente de regulación: «precario es lo que se concede en uso al que lo solicita con preces (ruegos, súplicas) y por tanto tiempo cuanto lo tolere el concedente»<sup>502</sup>.

Se diferencia este contrato de comodato, por un lado, en que, el que cede la cosa puede recuperarla cuando quiera, sin tener que respetar un periodo de tiempo determinado y, por otro, en que los frutos que la cosa

<sup>500</sup> *Digesto* 19.5.17.1.

<sup>501</sup> En España el precario nunca un contrato sino la situación fáctica y jurídica, consentida o no, del poseedor sin título de un bien inmueble. Nada indica el Código civil al respecto, salvo lo que se pueda deducir de la regulación de la posesión, pero sin llegar a nombrar esta figura, que sí se cita en el art. 250.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al indicar que se decidirán por los trámites el juicio verbal las demandas: «que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca». La STS nº 557/2013, de 19 de septiembre de 2013, define al «precario como una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho' y que 'el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga», ratificado por las SSTs 30 de octubre de 1986; de 31 de enero de 1995, de 6 de noviembre de 2008. Afirma la STS nº 581/2017, de 26 de octubre de 2017« la situación de precario no cesa por el hecho de que sea consentida durante cierto tiempo por el propietario, lo que por el contrario resulta habitual, y la doctrina de esta sala es clara al respecto en el sentido de que la carga sobre alegación y justificación del título posesorio corresponde al poseedor no propietario que en el caso del arrendamiento implica la necesidad de justificar el pago de la renta estipulada, pues sin renta no existe arrendamiento y la posesión queda injustificada».

<sup>502</sup> *Digesto* 43.26.1 pr; *Codex* 8.9.

cedida produzca, pertenecerán al cedente. Por otro lado, frente a la *donatio* lo diferenciará la libre revocación del contrato de precario<sup>503</sup>.

**5.7. *Transactio*.** También llamado contrato transaccional, la *transactio* consiste en el acuerdo de las partes para poder finalizar un litigio antes de dictarse sentencia, realizando ambas concesiones recíprocas. Los textos romanos aludían a la *transactio* aportando la siguiente expresión que define el contrato: «el que transige lo hace sobre una cosa que se halla en duda y sobre un litigio incierto y no concluido»<sup>504</sup>.

En el caso de que se hubiere dictado ya sentencia por parte del juez, en Roma, el acuerdo será válido si existiera la posibilidad de apelación. Este contrato estaría comprendido en el género *facio ut des*, y su protección se llevará a cabo a través de la *actio praescriptis verbis*.

La *transactio* romana ha derivado en el actual contrato de transacción<sup>505</sup> recogido por los textos legales<sup>506</sup> europeos tras la codificación.

<sup>503</sup> *Digesto* 43.26.1 pr-3; *D.* 43.26.2.2

<sup>504</sup> *Digesto* 2.15.1.50; *Codex* 2.4.

<sup>505</sup> El Código civil español dedica al contrato de transacción todo un capítulo, que desarrolla en los artículos 1809 al 1819, estableciendo, en el primero de ellos, la vigente definición legal de esta figura, que no difiere mucho de la aportada por el Derecho romano: «la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado». El siguiente precepto más importante, y más utilizado, es el art. 1814 CC: «no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros».

<sup>506</sup> El régimen jurídico sustancial del contrato de transacción viene a ser, atendiendo a al texto legal del Código civil vigente, el que se indica a continuación: «para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos»; añadiéndose al respecto que: «el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código». Respecto de las corporaciones que tengan personalidad jurídica «sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes» (art. 1812). Además, «se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal (art. 1813). En cuanto a su ámbito objetivo posible y la renuncia admitida: «la transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma. La renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción» (art. 1815). De capital importancia resultan sus efectos ya que «la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial» (art. 1816).

## INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, editorial Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2017; BAUMAN, R., *Crime and punishment in ancient Rome*, New York, 1996; BURDESE, A., *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Milano, 2006; COMA, J. M<sup>a</sup>., *El derecho de obligaciones en la res cottidianae*, Madrid, 1996; CREMADES UGARTE, I., «El contrato literal», *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, coordinado por Javier Paricio, editorial Ramón Areces, Madrid, 1994; DAZA, M. J., «El ius naturale en el Derecho Romano Clásico», *Estudios en Memoria del Profesor Benito Reymundo*, Burgos, 2000; DAZA-M.J.,-RODRÍGUEZ-ENNES, L., *Instituciones de Derecho privado romano*, Paracuellos del Jarama, 2001; DROSDOWSKI, T., *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividendo im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1997; FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos del derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 2016; FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Derecho romano*, 2ª edición, Madrid, 2018; GARCÍA-GARRIDO, M.J., *Casuismo y jurisprudencia romana*, Madrid, 1976; KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, II Abschnitt, 2ª edición, München, 1975 (traducción, de J. Santa Cruz, Madrid, 1978); KASER, M., *Römisches Privatrecht*, 15ª edición, München, 1989; LACRUZ BERDEJO, J. L. (et. al.), *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, volumen 1º, *Parte General. Teoría General del Contrato*, 4ª edición, revisada y puesta al día por F. Rivero, editorial Dykinson, Madrid, 2007; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil III, Los contratos*, 12ª edición, editorial Marcial Pons, Madrid 2009; MIQUEL, J., *Derecho romano*, Madrid, 2016; MORABITO, M., «Enclavage et enseignement du droit: Les Institutes de Gaius», INDEX 15 (1987); ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., «Dotis dictio», «Iusiurandum liberti», *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, coord. por Javier Paricio, 1994; PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 2015; PARICIO, J., «Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana», *Homenaje a J. L. Murga Gener*, Madrid, 1992; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005; RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «La unidad de acto formal» *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 24, 2009, pp. 8-11; SCHULZ, F., *History of roman legal science*, Oxford, 1947; SESMA URZAIZ, M<sup>a</sup>. V., «La formación del contrato en el derecho romano», *Negociación y perfección de los contratos*, coord. por M<sup>a</sup> A. Parra Lucán, Editores Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014; SCOTTI, F., *El deposito nel diritto romano*, Torino, 2002; SOLAZZI, S., «Le obbligazione romana», *Scritti giuridichi II*, Milano, 1948; TELLEGEN-COUPERUS, O., *A short history of roman law*, New York, 1993; VOCI, P., *Istituzioni di diritto romano*, 4ª edición, Milano, 1994; VOCI, P., *Le obbligazioni romane (corso di pandette)*, Milano, 1969; VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano* (traducción de J. Daza), Madrid, 1991; WENGER, L., *Actio iudicati*, Buenos Aires, 1954; WEGMANN STOCKEBRAND, A., «Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo», *Revista de Derecho Privado*, número 34, enero-junio de 2018.

## CAPÍTULO X

### CUASICONTRATOS, DELITOS, CUASIDELITOS Y PACTOS

**Sumario:** 1. Los cuasicontratos. 1.1. Significado y distinción. 1.2. Modalidades de cuasicontratos. 1.3. *Negotiorum gestio*. 1.4. Enriquecimiento injustificado. 2. Los delitos. 2.1. Planteamiento y clases. 2.2. *Furtum*. 2.2.1. Presupuestos. 2.2.2. Clases y responsabilidad. 2.3. *Iniuria*. 2.4. *Damnum iniuria datum*. 2.4.1. En la Ley de las XII Tablas. 2.4.2. En la *Lex Aquilia*. 2.5. *Rapina*. 3. Los cuasidelitos. 3.1. Planteamiento y clasificación. 3.2. *Iudex qui litem suam fecit*. 3.3. *Effusum et deiectum*. 3.4. *Positum et suspensum*. 3.5. *La actio adversus nautas, caupones et stabularios*. 4. Los pactos. 4.1. Significado y evolución. 4.2. Clases. 4.2.1. *In diem addictio*. 4.2.2. *Lex Commissoria*. 4.2.3. *Pactum disciplinariae*. 4.2.4. *Pactum de retrovendo*. 4.2.5. *Pactum de retroemendo*. 4.3. *Pacta pretoria*. 4.3.1. *Constitutum*. 4.3.2. *Recepta*. 4.3.2.1. *Receptum arbitrii*. 4.3.2.2. *Receptum nautarum, cauponum, stabularium*. 4.4. *Pacta legitima*. 4.4.1. *Compromissum*. 4.4.2. *Dos*. 4.4.3. *Donatio*. 5. La donación. 5.1. Concepto de donación. 5.2. Clases de donación. 5.2.1. *Donaciones matrimoniales*. 5.2.1.1. *Donaciones antes del matrimonio*. 5.2.1.2. *Donaciones durante el matrimonio*. 5.2.2. *Donaciones remuneratorias*. 5.2.3. *Donaciones sub modo*. 5.2.4. *Donaciones mortis causa*. 5.3. La revocación de las donaciones. *Indicación bibliográfica*.

#### 1. LOS CUASICONTRATOS

**1.1. Significado y distinción.** Un estudio completo de la clasificación de los contratos como fuente de las obligaciones no debe concluir sin mencionar otra categoría de fuentes muy próxima a estos, pero algo menos conocida, como son los llamados cuasicontratos<sup>507</sup>.

Al parecer, se denominan así desde el Derecho romano, porque presentaban una evidentes analogías con los contratos, si bien contienen alguna diferencia sustancial con respecto a ellos (sobre todo la falta de

---

<sup>507</sup> El artículo 1887 del vigente Código civil español, que en esta materia sigue al art. 1371 del *Code de Napoleón* de 1804, cuyo texto transcribe literalmente («*Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties*»), los define del siguiente modo: «son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados». En el *Diccionario de la lengua española*, de la voz «cuasicontrato» se desprende el siguiente significado: «De *cuasi-* y contrato. m. Der. Hecho lícito del cual, por equidad, derivan nexos jurídicos». Real Academia Española, 23ª edición, 2014, actualización 2018. Disponible en el sitio web: <https://dle.rae.es>.

un previo acuerdo de voluntades) que le impiden, inevitablemente, ser considerados como contratos, aunque sí generan obligaciones.

Es el caso de la gestión de negocios en beneficio de otra persona, que bien puede ser un contrato de mandato: gestión de negocios que una persona encarga previamente a otra que la acepta, existiendo un acuerdo de voluntades entre ambos. En cambio, cuando se trata del cuasicontrato de gestión de negocios ajenos sin mandato, igualmente se realiza tal gestión de un patrimonio de alguien, o para otro, pero sin que el dueño del negocio o patrimonio se lo pida: no hay un contrato.

Por tanto, en el primer caso al producirse un acuerdo de voluntades, generalmente previo, entre las partes, se estará ante un contrato consensual de mandato; sin embargo, en el segundo no existe acuerdo alguno, ni por tanto contrato alguno, tratándose de un cuasicontrato. Pero de ambos se derivan derechos hay obligaciones para las dos partes.

**1.2. Modalidades de cuasicontratos.** Destacan, entre los cuasicontratos romanos: la *negotiorum gestio* y el enriquecimiento injustificado, que son los más utilizados en la actualidad. No obstante, también se fueron calificado como tales en su tiempo, otros como la *communio incidens*, la aceptación de herencia y la administración de la tutela y la curatela.

**1.3. *Negotiorum gestio*.** Lo que hoy conocemos como la gestión de negocios ajenos sin mandato, era en el Derecho romano la *negotiorum gestio*<sup>508</sup>. Aborda el supuesto donde una persona (*negotiorum gestor*) administra el patrimonio –o una parte de él– de otro individuo (*dominus negotii*) pero con la particularidad de que este, ni nadie, se lo había encargado<sup>509</sup>.

La gestión de negocios ajenos sin mandato presenta unas características con perfiles propios pudiendo resumirse en las siguientes<sup>510</sup>:

<sup>508</sup> *Digesto* 3.5.1.3 pr.

<sup>509</sup> *Digesto* 3.5.3 pr; CICERON, *top.* 17.66.

<sup>510</sup> La regulación actual «De la gestión de negocios ajenos» se contiene en una sección bajo ese título. Dispone el art. 1888 CC que: «el que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí». Importantes obligaciones impone al gestor el art. 1889 CC: «el gestor oficioso debe desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia, e indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione. Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la im-

1. Tanto en la *negotiorum gestio* como en el caso del mandato se produce una gestión de negocios, pero en este caso concreto, además, el negocio debe ser ajeno. 2. La gestión realizada por el gestor del negocio sin mandato en favor de la otra persona para cuyo beneficio interviene, ha de ser útil al dueño. 3. La gestión determina unos deberes y efectos que se derivan del propio hecho de la administración del negocio ajeno sin mandato. Así, una vez que el *negotiorum gestor* inicia su tarea de gestión debe continuarla hasta concluirla y, en el mismo instante en que la termine, ha de entregar al dueño el resultado de lo conseguido durante el periodo de la gestión. 4. De otro lado, el *dominus negotii* debe reconocer las gestiones realizadas por el gestor que le sean válidas y, además, tiene la obligación de reembolsar los gastos realizados por el gestor durante la gestión del negocio. 5. En el Derecho romano existen mecanismos de protección que se reconocen a una y otra parte, según las posiciones de cada uno. Así, se conceden dos acciones<sup>511</sup>: la *actio negotiorum gestorum directa* en favor del *dominus negotii*; y la *actio negotiorum gestorum contraria* a disposición del gestor<sup>512</sup>.

---

portancia de la indemnización según las circunstancias del caso». A las que se añaden las que asume que delegue, como indica el artículo 1890: «si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio. La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o más, será solidaria». El art. 1891 CC indica que: «el gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer, o cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio». Las obligaciones del dueño del negocio comienzan a señalarse en el art. 1892 CC: «la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso», pero el art. 1893 CC añade que: «aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo. La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno». El artículo 1894 CC prevé dos tipos de cuasicontrato específicos, uno en materia de alimentos, y otro sobre gastos funerarios: «cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos. Los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle».

<sup>511</sup> *Digesto* 3.5.9.1.

<sup>512</sup> FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos del derecho privado romano*, 10ª edi-

**1.4. Enriquecimiento injustificado.** Con tal denominación, o con la de enriquecimiento injusto, o sin causa, se describe la situación que se produce por un aumento en el patrimonio de una persona sin que exista una causa o razón que lo justifique<sup>513</sup>, pero a la vez, y como consecuencia de ello, se produzca el consiguiente empobrecimiento de otra, en idéntica medida, sin que exista ninguna causa lo justifique.

Este enriquecimiento injustificado consiste en que una persona erróneamente paga dinero o entrega una cosa a otra, creyendo erróneamente que el pago o transacción lo hacía en cumplimiento de una obligación: se trata, también, del cobro de lo indebido<sup>514</sup>. En definitiva, siempre hay aquí una persona que se enriquece, sin causa, a costa de otra.

El sujeto que cede, entrega o transfiere de forma errónea, a quien nada debía, dispone de una acción, la *condictio indebiti*, con la finalidad de recuperar lo perdido. Ahora bien, para recuperar la cosa, el demandante (quien indebidamente transfirió o pagó algo) ha de probar que: *a*) había hecho el pago o la transferencia; y *b*) no tenía obligación o deuda alguna fruto de la cual debiera llevar a cabo tal pago o entrega.

En el caso de que se demostrasen estos dos puntos anteriores, pueden surgir las siguientes dudas: ¿qué es lo que recobraría el demandante, la cosa –si no consistió en la entrega de una suma de dinero– o el dinero

---

ción, Madrid, 2018, p. 343.

<sup>513</sup> Parece ser que fue LABEÓN quien primero planteó esta cuestión en Roma.

<sup>514</sup> La segunda sección que el Código civil dedica a los cuasicontratos se refiere al «cobro de lo indebido». El artículo 1895 indica que: «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla». Según el art. 1896: «el que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere. Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó». A tenor del art. 1897: «el que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo». Además, «queda exento de la obligación de restituir el que, creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva» (art. 1899 CC).



únicamente?, o también, ¿ha de obtener el actor los frutos percibidos durante todo ese tiempo por quien recibió el dinero o la cosa?

Aunque en relación con esto los textos romanos son inconclusos, parece que se optó por la devolución de la cosa con sus frutos, a lo que se restarían los gastos generados en el mantenimiento normal de la misma. En particular, uno de los textos indica que: «al que repite lo no debido, se le deben restituir los frutos y los partos, deducidos los gastos»<sup>515</sup>.

## 2. LOS DELITOS

**2.1. Planteamiento y clases.** En Roma, el delito es un hecho ilícito, una infracción castigada por la ley. Los romanos consideraron al delito como una fuente de obligaciones civiles<sup>516</sup>, sin embargo, no se identifica siempre con la visión actual que se tiene del delito en nuestro ordenamiento jurídico, centrada, casi exclusivamente, en el Derecho penal<sup>517</sup>.

En Roma, pueden distinguirse dos tipos de delitos: *a)* delitos privados y *b)* delitos públicos. Los primeros eran aquellos hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de un particular, pero sin perturbar, en principio, el orden público, la seguridad ciudadana. Los segundos, eran aquellos que atacaban directa o indirectamente al orden público o a la organización política o a la seguridad del Estado<sup>518</sup>.

Aquí solo corresponde analizar la primera categoría expuesta de delitos los primeros, llamados delitos privados, que generan obligaciones entre particulares; toda obligación nacida del delito tiene por objeto el pago de una cantidad de dinero, es decir, una condena pecuniaria.

<sup>515</sup> *Digesto* 12.6.65.5. DAZA, M. J.,-RODRÍGUEZ-ENNES, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, 1991, pp. 261 y ss.

<sup>516</sup> Existirán en Roma otra serie de casos considerados como delitos de los que surgen acciones como la de *servo corrupto*, *fraus creditorum*, *sepulchri violati*, etc., como puede verse en ARIAS, J.-ARIAS, J.A., *Derecho romano*, Madrid, 1979, pp. 688-689.

<sup>517</sup> Derecho penal: «rama del derecho que estudia las normas penales, las conductas que las infringen y la imposición de pena y sanciones aplicables a los autores de delitos y faltas». *Diccionario español jurídico*, Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial, 2016; acceso libre, disponible en el sitio web: <http://dej.rae.es>.

<sup>518</sup> Dispone el vigente artículo 1092 CC que: «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal». Al respecto, el art. 109 del Código penal (actualizado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) señala que: «1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil». Los artículos 110 al 122 del Código penal completan esta regulación.

Los tipos de delitos recogidos en las *Instituciones* de GAYO son los cuatro siguientes: *furtum*, *rapina*, *iniuria*, *damnum iniuria datum*.

**2.2. *Furtum*.** El manejo fraudulento de un objeto contra la voluntad del propietario, con intención de sacar un beneficio de la cosa misma, mediante su uso o posesión se conocía con la expresión de *furtum*<sup>519</sup>: Así, se aportaba esta definición: «hurto es el apoderamiento fraudulento de una cosa para obtener lucro, ya sea de la misma cosa, ya también de su uso o posesión, lo que por ley natural está prohibido hacer»<sup>520</sup>.

**2.2.1. *Presupuestos*.** Desglosando la definición del citado texto, ofrecida por Justiniano, y que pertenece a PAULO, se advierten estas notas:

1. El apoderamiento. Se refiere o habla de él, pero con la intención de apropiársela de forma definitiva, lo que excluiría, por ejemplo, recogerla o almacenarla, para rescatarla de un peligro o de un daño.

2. Carácter fraudulento. Se entiende que si no se actuara, con esa intencionalidad fraudulenta, es decir, ilegalmente, no existiría responsabilidad alguna para el demandado (ladrón, en cierto modo) que se apoderó de una cosa que no era suya.

3. Un bien mueble. La cosa tenía que ser mueble<sup>521</sup> (no obstante, conviene señalar que, según la interpretación de los sabinianos, también podían ser objeto de hurto los bienes inmuebles).

Pero, ¿qué sucede cuando una persona roba algo que pertenece a otra pero que éste la había abandonado? En principio, y como parece razonable, no cometería hurto alguno, como ULPIANO deja muy claro en un texto relativo a la adquisición de la propiedad de la *res derelicta*<sup>522</sup>, tal como se denomina a la cosa abandonada.

¿Pueden, de acuerdo con la opinión de la escuela sabiniana, robarse los bienes inmuebles? En general, la opinión de los juristas era que no, a excepción de aquellas cosas que pertenecían a las tierras o a los bienes inmuebles, por estar unidos o formar parte de ellas, aunque sí podían robarse, claro está, después de haberse separado de los bienes inmue-

<sup>519</sup> FENOCCHIO, M.A., *Sul trace del delitto di furtum*, Napoli, 2008.

<sup>520</sup> *Digesto* 47.2.1.3.

<sup>521</sup> Cosas corporales, en general, susceptibles de propiedad privada.

<sup>522</sup> *Digesto* 47.2.43.5: «Si su dueño abandonó la cosa, no se comete hurto de ella, aunque yo hubiere tenido intención de hurtarla, porque no se comete hurto si no hay a quien se le haga».

bles<sup>523</sup>, tal como sucede, por ejemplo, con los minerales, piedras, etc.<sup>524</sup>

4. **Ánimo de lucro.** Este resulta ser un requisito definitivo para establecer la distinción entre robo u otro tipo de acciones que pueden originar un daño pero cuya reparación es diferente<sup>525</sup>.

**2.2.2. Clases y responsabilidad.** La mayoría de la doctrina sobre el *furtum* distingue entre el *furtum manifestum* y el *nec manifestum*<sup>526</sup>; entendiéndose por el primero, el hurto que se produce cuando el ladrón resultaba sorprendido en flagrante delito<sup>527</sup>; y por el segundo, todos los demás casos en que no ocurría tal circunstancia<sup>528</sup>.

Del hurto surge una obligación para quien comete el delito, de responder frente al perjudicado a través del pago de una suma de dinero, establecida como consecuencia del empleo por este de la *actio furti*.

**2.3. Iniuria.** Se incluyen en esta figura todas aquellas lesiones, ya corporales o morales, causadas por una persona a otra, esto es, cuando alguien de manera intencionada perturba los sentimientos de otra persona a través de un comportamiento injustificado e insultante<sup>529</sup>.

En Roma podrán encontrarse diferentes clases de *iniuria* según las circunstancias: *a)* podía ser directa, cuando afectaba a la persona a quien se causaba; o indirecta, si no era a quien se dirigía sino a un familiar; *b)* también, según la forma de producirse, podía ser *iniuria verbis*, cuando el daño o perjuicio se ocasionaba al ofendido o perjudicado

---

<sup>523</sup> Los esclavos podían ser raptados. Y si el esclavo consentía era considerado cómplice. Así, el esclavo que huía se consideraba como que se robaba a sí mismo y constituía un robo de la propiedad.

<sup>524</sup> *Digesto* 47.2.57: «Si alguno hubiere hecho una excavación para arrancar minerales y hubiese quitado minerales, es ladrón, no porque la hubiere excavado, sino porque se la llevó».

<sup>525</sup> *Digesto* 47.2.50.4: «Hay la acción de hurto contra el que presenta un paño rojo y pone en fuga el ganado, de modo que caiga en poder de los ladrones, si verdaderamente lo hizo con dolo malo; pero aunque esto no lo haya hecho para que se cometa hurto, no debe quedar impune juego tan pernicioso, y por esto, escribe Labeón, que se ha de dar la acción por el hecho».

<sup>526</sup> GAYO, *Instit.*, 3.192 y ss. PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 2015, p. 623.

<sup>527</sup> En estos casos si era de noche y el delincuente se defendía armado, se le podía matar y en la época de las XII Tablas incluso aunque no portara armas. ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, p. 682.

<sup>528</sup> FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *op. cit.*, p. 381.

<sup>529</sup> BRAVO, M<sup>a</sup>. J., *La injuria verbal colectiva*, Madrid, 2007.

mediante palabras; e *iniuria re*, si se llevaba a cabo mediante hechos<sup>530</sup>.

Se fijó, en un primer momento, una doble posibilidad en términos de reparación de los perjuicios o daños causados, indemnizando bien con una suma de dinero o composición pecuniaria; o bien mediante la aplicación de la muy célebre, temida y justiciera, Ley del Talión<sup>531</sup>.

Ya en la época clásica, se aplicará en cualquier caso la condena pecuniaria como medio de reparación del daño causado, para obtenerla, el ofendido dispone de la *actio iniuriarum*.

Ahora bien, para que pueda sentenciarse a través de esa vía una condena pecuniaria, el ofendido tiene que probar: a) el comportamiento ofensivo o dañino del demandado u ofensor; y b) que, además, tal comportamiento debía ser insultante y realizado de forma intencionada.

En el *Digesto* se relatan numerosos comportamientos de carácter ofensivo<sup>532</sup> que van contra la dignidad de la víctima<sup>533</sup>.

Pero, junto a los requisitos de la intencionalidad y del comportamiento insultante, se requería que dicho comportamiento fuera injustificado, ya que, de otra forma, no sería un acto delictivo. Así, por ejemplo, un golpe o un tortazo, propinado en legítima defensa nunca consti-

<sup>530</sup> *Digesto* 47.10.1.1-2: «Mas dice Labeón, que se comete injuria o mediante una cosa, o con palabras; mediante cosa, siempre que se emplean las manos, pero con palabras cuando no se emplean las manos y se hace afrenta. Y toda injuria o es inferida al cuerpo, o se refiere a la dignidad o a infamia; cuando alguno es golpeado, o cuando se atenta a la honestidad».

<sup>531</sup> Este principio jurídico se contiene en diversos textos, algunos muy antiguos, como el *Código de Hammurabi* (Babilonia, siglo XVIII a. C.); y en otros muchos posteriores a lo largo de toda la historia de la humanidad. En nuestra cultura es muy conocido el pasaje de la Biblia que lo alude: «ojo por ojo, diente por diente» (Éxodo 21:24).

<sup>532</sup> *Digesto* 47.10.22: «Si un hombre libre hubiere sido preso como esclavo fugitivo, ejercita contra el que lo prendió acción de injurias». *Digesto* 47.10.15 pr: «Asimismo se pregunta Labeón, si tendría lugar la acción de injurias si alguien le hubiere hecho perder el juicio (volverse loco) con un medicamento o con otra cualquiera cosa, y dice que se puede ejercitar contra él la acción de injurias».

<sup>533</sup> *Digesto* 40.10.15.1: «Si alguno no fue ciertamente golpeado, pero contra él se levantaron las manos, y fue muchas veces atemorizado como si hubiera de ser golpeado, aunque el otro no le haya golpeado, está sujeto a la acción de injurias». *D.* 47.10.15.2 y 5: «Daré acción -dice el pretor- contra el que se dijere que contra las buenas costumbres le dijo a alguien vocería, ahora bien no contra toda vocería sino aquella dirigida contra uno, reprobada por las buenas costumbres y la que tienda a la infamia o a la odiosidad de alguien».

tuían injuria, como tampoco lo serían –y esto hoy resulta mucho más polémico– los insultos que resultaran ser ciertos.

Finalmente, cuando se hace referencia a la intencionalidad, se están excluyendo de la consideración de injuria todos aquellos actos realizados mediando negligencia. Por tanto, debe quedar clara la intencionalidad de insultar de forma hiriente<sup>534</sup> al demandante o a una víctima, bien directa o indirectamente. Tal podría ser, en este último caso, un insulto al hijo sometido a la patria potestad del *pater*, que sería quien defendería esa agresión física o psíquica frente al ofensor<sup>535</sup>.

**2.4. *Damnum iniuria datum*.** Se produce cuando alguien obra de mala fe con la única intención de causar un daño de carácter patrimonial a otra persona, llevado únicamente por la mala intención o negligencia.

**2.4.1. *En la Ley de las XII Tablas*.** La conocida *Ley de las XII Tablas*, fechada en el siglo V a C. (año 451 a C.), ya preveía estas acciones defensivas: *a) actio de pastu pecoris*, contra el dueño del animal que causaba un daño a otras personas, animales o cosas; *b) actio de de pauperie*, contra el dueño de un animal que pastaba en el terreno de otra persona<sup>536</sup>.

**2.4.2. *En la Ley Aquilia*.** También fue muy conocida, la *Lex Aquilia de damno*, de principios del siglo III a. C. (se suele fijar el año 286 a C. como su fecha más probable), que contemplaba estas acciones de reparación de forma global, requiriendo, para que se pudiera responder por el daño, que éste se hubiera causado de forma directa (*corpus*) por el tercero y no de manera omisiva. Se fue extendiendo la estricta aplicación de

---

<sup>534</sup> En el sentido de que se pruebe que se lesiona los sentimientos de la víctima: *Digesto* 47.10.11.1: «La acción de injurias es conforme a lo bueno y equitativo, y se extinguirá por la disimulación, porque si alguno hubiere abandonado la injuria, esto es, si inmediatamente que la sufrió no la hubiere grabado en su ánimo, después no podrá en virtud de arrepentimiento volver a hablar de la injuria perdonada».

<sup>535</sup> También, en el caso de insulto a la mujer, el marido tiene derecho a defenderla del mismo e, igualmente ella puede defenderse, o podría defenderla también su *pater*: *Digesto* 47.10.1.9: «Dice el mismo Neracio que, a veces, de una sola injuria nace para tres la acción de injuria, y que por uno no se extingue la acción de otro, por ejemplo, la injuria que se le hizo a mi mujer, hija de familia, tanto a mí, como a su padre, y como a ella misma, comenzará a competernos la acción de injurias». Ahora bien, la mujer no podrá defender al marido: *Digesto* 47.10.2: «Pero si la injuria se le hubiera hecho al marido, la mujer no ejercita la acción, porque es equitativo que las mujeres sean defendidas por sus maridos, no los maridos por la mujer».

<sup>536</sup> RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011, p. 309, FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *op. cit.*, p. 391.

la ley originaria, a través de las *actiones utiles e in factum*, a conductas, tipos de daños y grados de negligencia del responsable que lo causare.

La pena que recaerá sobre el responsable será una cantidad de dinero que ascenderá al doble del daño causado, pues tal cuantía y condena, si se producía, era en concepto de pena y no de reparación del daño<sup>537</sup>

Esta Ley constaba de tres capítulos, el primero y el tercero, están relacionados con este delito. Afirma el primero de ellos que: «quien matare injustamente a un esclavo ajeno o a un cuadrúpedo que se halle comprendido en un rebaño, sea condenado a dar al dueño tanto cuanto fuere el valor máximo que hubo tenido la cosa en ese año»<sup>538</sup>.

En el capítulo tercero se prevé todo daño contra cosa ajena como lo era causar heridas a los bienes comprendidos en el capítulo primero, o la quema, fractura, ruptura o derramamiento, de una cosa ajena.

La *actio* que se deriva de la *Lex Aquilia* es una acción mixta dado que persigue, no sólo la restitución de la cosa, sino además, la imposición de una pena (el mayor valor que tenía la cosa al momento de la comisión del delito), a la persona que con su actuación ocasiona el daño de manera directa, como se ha visto, sin operar en los supuestos en que alguien causa un perjuicio de forma indirecta, como por ejemplo, quien encerraba y dejaba morir de hambre a los animales de otro<sup>539</sup>.

**2.5. Rapina.** En el año 77 a. C., el pretor introdujo una acción especial para un tipo de robo, también especial, como cuando el robo de bienes se producía violentamente. Se trataba de un delito diferente del de hurto, constituyendo un tipo cualificado –y más grave– del mismo.

En conclusión, para que se produzca esta clase de robo, es decir, para que exista la *rapina*, tiene que concurrir una actuación violenta.

Ahora bien, ¿qué grado de violencia será el necesario para que se pueda calificar de delito de robo? Los textos romanos no lo aclaran de forma definitiva, aunque parece que se requerirá cualquier clase de violencia por mínima que ésta fuera; y siendo indiferente que el robo se produjera, tanto por un grupo numeroso de personas, una multitud, una

<sup>537</sup> *Instituta* 4.3; *Digesto* 9.2; *Codex* 3.35.

<sup>538</sup> PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005, p. 269.

<sup>539</sup> Si bien, por razones de equidad, el pretor concederá *actiones utiles* o *in factum* para la reparación de tales tipos de daños. PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *op. cit.*, p. 269.

banda armada, o incluso por un hombre solo y desarmado.

Al perjudicado que ha sufrido el robo, o en su caso, a sus herederos, le corresponderá el ejercicio de la *actio raptorum bonorum* que podrá ejercitar contra aquel sujeto o sujetos que cometieron el delito de robo, pero nunca contra el heredero o los herederos de aquellos.

### 3. LOS CUASIDELITOS

**3.1. Planteamiento y clasificación.** Con el nombre de cuasidelitos se designa a un tipo de figuras que generan obligaciones. A tal fin, se reconocen acciones para exigir responsabilidades a ciertas personas, en determinados supuestos por sus actos, omisiones o meras situaciones, todo ello producto de una sistematización llevada a cabo por Justiniano, pero sin que se conozcan los criterios en que se basó para realizarla. Es Se trata del cuarto grupo de fuentes de la *obligatio* de la repetida clasificación cuadripartita, tras los contratos, los cuasicontratos y los delitos. No obstante, la diferencia entre estos y los delitos es bastante difusa.

Las obligaciones que generaban cuasidelitos estaban integradas por diversa *acciones in factum*, de origen pretorio y características diversas.

La referida clasificación justiniana distingue cuatro tipos de cuasidelitos, que venían a suponer las siguientes acciones: a) *Iudex qui litem suam fecit*; b) *Effusum et deiectum*; c) *Positum et suspensum*; d) *La actio adversus nautas, caupones et stabularios*<sup>540</sup>.

**3.2. Iudex qui litem suam fecit.** Literalmente sería «el juez que hace suyo el proceso» y se refiere a aquellos supuestos en los que el juez pronunciaba una sentencia de manera parcial, negligente o dolosa<sup>541</sup>.

En la antigua Roma, donde no existiría un sistema de apelaciones hasta la época imperial, se advertía un gran problema, ante sentencias absurdas o injustas. A tal fin, se permitió, en algún caso, la posibilidad de recurrir contra un juez que había emitido un veredicto perverso.

El juez, será, por tanto, responsable de la pérdida que él haya causado de ese modo. El juez podrá también ser sancionado en caso de que se demostraran sobornos, lo que constituyó una ofensa tenida muy en

<sup>540</sup> SOLARTE RODRÍGUEZ, A., «Los actos ilícitos en el derecho romano», *Vniversitas*, núm. 107, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia, 2004, pp. 738-746.

<sup>541</sup> VENTURINI, C.-FUENTESECA, M., *El juez en Roma: funciones y responsabilidad*, Madrid, 2010.

cuenta en la *Ley de las XII Tablas*, donde se contemplaba su condena a la pena capital e igualmente perseguidas dichas actuaciones lo siguieron siendo tanto desde la época de Sila, como Caracalla, Constantino, etc.<sup>542</sup>

Según parece, en el Derecho arcaico, el juez respondía exclusivamente por el simple hecho de emitir deliberadamente una sentencia injusta, ampliándose luego a la simple negligencia<sup>543</sup>. Incluso, en la época más reciente, podía surgir sin culpa o dolo cuando el juez no dictó sentencia, no se atenía a la fórmula prevista, o no la aplazó debiendo hacerlo.

Aunque se pensaba que era una *actio in bonum et aequum concepta*, en realidad, dado que el juez debía responder por la misma cantidad que se podía condenar al demandado, hace pensar que no era de equidad.

**3.3. *Effusum et deiectum*.** Buscaba la protección de las personas y darles seguridad al tránsito por las vías romanas respecto de los daños que podían sufrir con motivo de las cosas que cayeren de los edificios<sup>544</sup>.

Un edicto pretorio introdujo esta acción para hacer responder por ello a quien arroja o tira cualquier clase de objeto, materiales o sustancias, incluyendo los líquidos, desde su casa o habitación, hacia la vía o similares, causando daño a otras personas o a sus bienes, fuere o no el dueño, aunque ni siquiera lo haya arrojado él, sino su hijo o su esclavo, e incluso aun estando ausente cuando el desgraciado acto ocurrió, sin exigir por tanto, dolo ni culpa.

Si el daño acaecía sobre un objeto, la pena sería por el doble de su valor; en el caso de la muerte de un hombre libre, la pena era muy superior y cuando solamente le producía heridas, sería el juez quien de acuerdo a la equidad establecería el importe de la indemnización.

Se concedía al perjudicado en tales casos una *actio legis aquiliae in factum* contra quien habitaba en el edificio de donde partió la cosa.

**3.4. *Positum et suspensum*.** También para proteger la seguridad de quienes transitaban por las calles, como en el caso anterior, también se refiere a las cosas arrojadas o lanzadas desde un edificio, sí bien aquí los

<sup>542</sup> GAYO, *Instit.*, 4.52; *Digesto* 48. 8.1.1; *Codex* 7.49.1-2. RASCÓN, C., *op. cit.*, p. 313.

<sup>543</sup> *Digesto* 44.7.5.4: «Si el juez hubiere hecho suyo el litigio, es considerado obligado propiamente por delito; pero como no se obligó tampoco por contrato, y se entiende que ciertamente pecó en algo, aunque por imprudencia, se considera por esto que está obligado por un cuasidelito».

<sup>544</sup> *Digesto* 9.3.



cuasidelitos que generan ciertas obligaciones se prevén para los responsables de la caída de un objeto que ha puesto o colgado de tal manera ello ha producido un daño, imponiéndosele una pena económica<sup>545</sup>.

En esta situación, podría emplearse una acción contra el que ocupa el edificio incluso, aunque él no tuviera culpa alguna, ni fuera el propietario o no hubiera intervenido siquiera en lo sucedido, con el fin de prevenir tales circunstancias, e incluso pudiendo emplearse la acción en los supuestos en que no se hubiera causado daño alguno, solo por la mera creación de la situación de peligro ocasionada con su conducta<sup>546</sup>.

En todo caso, la acción que otorga el pretor para las *res suspensae* no podrán oponerse contra los herederos del demandado.

**3.5. La actio adversus nautas, caupones et stabularios.** Se persigue aquí dar seguridad a los transportistas, viajeros, huéspedes, dueños de caballos, etc. Alude a la responsabilidad exigible a los navieros o marineros, los venteros o mesoneros y los posaderos o dueños de los establos<sup>547</sup>, a quienes se hacía responsable de los objetos dejados en su custodia cuando se perdiesen o dañasen por culpa de sus dependientes.

Es decir, este cuasidelito hace referencia a la acción que se concede contra el armador de cualquier clase de barco, el ventero, el mesonero o el titular del establo, como consecuencia de los daños, hurtos o robos, cometidos por las personas que están sometidos a ellos en cuanto al manejo de la nave, la explotación de la posada o del establo<sup>548</sup>.

Dado que la responsabilidad de los dueños de esta clase de negocios se impone por la actuación de sus dependientes, empleados o esclavos, por lo que su responsabilidad sería por culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

---

<sup>545</sup> *Digesto* 9.3.5.6: «Dice el pretor: en el cobertizo o alero del tejado, que dan sobre aquel lugar por el que vulgarmente se transita, o donde la gente se detiene, nadie tenga puesta cosa alguna, cuya caída pueda causar daño a alguien».

<sup>546</sup> *Digesto* 9.3.5.11: «Dice el pretor: cuya caída pudiera causar daño; manifestándose con estas palabras, que el pretor mira a que no pueda hacer daño no todo lo que está puesto, sino solamente aquello que está puesto de modo que pueda causar daño, tanto si causó daño lo que estaba puesto, como si no lo causó».

<sup>547</sup> *Digesto* 4.91.pr.

<sup>548</sup> *Digesto* 4.9.1 pr-1: «Dice el pretor: si los marineros, venteros o mesoneros no resituyesen lo de cualquiera que hubieren recibido para que esté a salvo, daré acción contra ellos. Y nadie juzgue que es gravoso lo establecido contra ellos; porque está en el arbitrio de los mismos el no recibir a nadie».

Cuando se trataba de un robo o hurto la persona que lo sufrió disponía de dos acciones diferentes pudiendo ejercitar libremente una u otra: la *actio furti* contra el empleado que se apropió de lo ajeno que pertenecía al huésped, viajero o dueño del caballo; y la *actio adversus nautas, caupones et stabularios*, contra el dueño o encargado. La pena (castigo) sería pagar el doble del valor de lo hurtado, o del daño ocasionado.

#### 4. LOS PACTOS

**4.1. Significado y evolución.** Por *pactum*, en los textos romanos primitivos<sup>549</sup>, se definía el pacto como «el consentimiento de dos o más personas sobre una misma cosa convenida»<sup>550</sup>.

La palabra pacto (*pactum*) ha tenido varios sentidos o significados de acuerdo con la evolución histórica. Primitivamente, la idea de pacto sirvió para designar toda remisión o aplazamiento de una obligación. Ulteriormente se vino a denominar pacto a todo aquello que se acordara en forma agregada a un contrato, llamándose *pacta adiecta*.

**4.2. Clases.** Entre otros *pacta adiecta* se suelen distinguir, atendiendo al momento concreto en que se anexionaban al contrato, estas dos figuras: *a) in continente*, aquellos pactos que se agregaban en el mismo momento de la celebración del contrato; *b) ex intervalo*, siendo aquellos otros que se incluían con posterioridad al contrato.

Además, dentro de estos *pacta adiecta*, había una serie de pactos (o cualquier clase de cláusulas) que podían añadirse al contrato de compraventa, ya que ésta se perfeccionaba por la simple voluntad de las partes y al margen de las rigideces y formalismos del *ius civile*<sup>551</sup>.

Estos pactos o acuerdos adicionales tenían como principal misión la de modificar los normales efectos del contrato en los casos en que se producía un hecho previsto en ellos, funcionando a modo de condición resolutoria, esto es, que si se producía el hecho previsto en dicho pacto (cláusula o condición) el contrato perdía toda su eficacia.

Los *pacta adiecta* más destacados, que se examinan en las siguientes líneas son estos: *a) in diem addictio*; *b) Lex Commissoria*; *c) pactum disciplincentiae*; *d) pactum de retrovendo*; y *e) pactum de retroemendo*.

<sup>549</sup> ARIAS, J.,-ARIAS, J.A., *op. cit.*, pp.652-653.

<sup>550</sup> *Digesto* 2.14.1.2; D. 2.14.7.

<sup>551</sup> Pudiendo exigirse su cumplimiento mediante la *actio empti* o la *actio venditi*.

**4.2.1. *In diem addictio.*** Se podría definir<sup>552</sup> como aquel pacto mediante el cual el vendedor se reserva el derecho de resolver la compraventa<sup>553</sup> si dentro de un plazo determinado apareciese otro interesado que le hiciese una mejor oferta<sup>554</sup>. También llamado pacto de *addictio in diem*, puede traducirse en la actualidad como «pacto de mejor comprador».

Se justificaría este pacto en la escasez de medios que había en Roma para publicitar la venta de una cosa; así, mediante este pacto, se acuerda un plazo concreto en favor del vendedor por si encuentra un mejor comprador y no tener que vender, de manera definitiva e irrevocable, al primero que le ofrece la compra, pudiendo ser muy bajo el precio.

**4.2.2. *Lex Commissoria.*** Se celebra el negocio debiendo el comprador pagar el precio dentro de un plazo fijado (algo habitual), sin embargo, se deja pendiente la validez del mismo a una condición resolutoria según la cual si el comprador no abona el precio en dicho plazo, este deberá restituir al vendedor la cosa junto con los frutos percibidos<sup>555</sup>.

Mediante este pacto se eludía todo el sistema judicial de realización o venta pública del bien ante el impago del comprador, permitiendo al vendedor la recuperación directa del objeto vendido y no cobrado.

Si bien el «pacto comisorio» nació para suavizar los atroces mecanismos que se utilizaban en el Derecho primitivo<sup>556</sup> ante el impago del deudor, posteriormente también se dulcificó su aplicación hasta el punto de llegar a prohibirse expresamente en el Derecho justinianeo<sup>557</sup>.

---

<sup>552</sup> QUEIROZ DE MORAES, B., *Pacto de melhor comprador, configuração no direito romano (indiem addictio) e projeções no direito actual*, Madrid, 2010.

<sup>553</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado cit.*, p. 391.

<sup>554</sup> *Digesto* 18.2.1.; *D.* 18.2.4.6: «Mas se considera que se ofrece mejor condición (oferta) si se hubiera aumentado el precio. Pero también se considera mejor condición, si nada se aumentara el precio, pero se ofreciera más fácil o más pronto pago del precio».

<sup>555</sup> ULPIANO, *Digesto* 18.3.4: «Si se hubiere vendido un fundo con el pacto de *Lex Commissoria*, esto es, que si dentro de cierto día no se hubiera pagado el precio, quedaría (el fundo) como no comprado».

<sup>556</sup> El origen del pacto comisorio se ha visto en el *Digesto* 20.1.16.9: «puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante el pago de la estimación que se haga conforme al justo precio».

<sup>557</sup> En España se prohíbe actualmente de forma expresa el pacto comisorio en los artículos 1859 y 1872 CC, para la prenda e hipoteca, respectivamente; según el primero: «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer

**4.2.3. *Pactum disciplintiae*.** También podía celebrarse el negocio, pero se dejaba subordinado a la condición resolutoria de que si la cosa no resultara del agrado del comprador dentro de un plazo determinado, dejaría de haber negocio, o quedaría sin efecto el que se acordó.

Otra modalidad de pacto era que podía establecerse como condición suspensiva que el negocio no quedase perfeccionado hasta que el comprador manifestase su interés en un plazo previamente fijado<sup>558</sup>.

**4.2.4. *Pactum de retrovendo*.** Por medio de este pacto llamado hoy de retroventa, el vendedor se reserva la facultad de readquirir la cosa dentro de un cierto plazo mediante la restitución del precio pagado.

Este pacto tendría su razón de ser fundamental, en el caso de que una persona que por necesidades económicas, se vio forzada a vender algo de gran valor (material o sentimental) para sí, pueda recuperarla si viniera a mejor fortuna en un tiempo determinado (porque está en espera de la realización de un negocio, recibir una herencia, etc.)<sup>559</sup>.

**4.2.5. *Pactum de retroemendo*.** También conocido como pacto de retrocompra es un pacto mediante el cual el comprador puede obligar al vendedor a que le readquiera la cosa vendida, luego de transcurrido un plazo, recuperando el precio que pagó por la cosa u otro que se pacte. Esta figura viene a ser una versión opuesta del pacto de retrovendo.

---

de ellas»; y a tenor del segundo: «El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble».

<sup>558</sup> *Instituta* 3.23.4: «La compra puede hacerse tano bajo condición como puramente: bajo condición, por ejemplo, si dentro de tal plazo te hubiere agradado Stico (esclavo), quedará para ti en tantos áureos». RASCÓN, C., *op. cit.*, p. 292. En el vigente Código Civil, dispone su artículo 1453 que: «La venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva».

<sup>559</sup> El pacto de retroventa se regula en el Código civil actual en sede de retracto convencional; así establece el artículo 1513 CC que: «el comprador con pacto de retroventa de una parte de finca indivisa que adquiera la totalidad de la misma, podrá obligar al vendedor a redimir el todo, si éste quiere hacer uso del retracto»; igualmente, según el art. 1514 CC: «cuando varios, conjuntamente y en un solo contrato, vendan una finca indivisa con pacto de retro, ninguno de ellos podrá ejercitar este derecho más que por su parte respectiva». Lo mismo se observará si el que ha vendido por sí solo una finca ha dejado varios herederos, en cuyo caso cada uno de éstos sólo podrá redimir la parte que hubiese adquirido».

Hay autores, que incluyen en este apartado también otros pactos como los de dar o prohibir un destino determinado a la cosa objeto de compraventa: por ejemplo, el pacto o acuerdo de que la cosa no será enajenada, denominado *pactum de non alienando*<sup>560</sup>.

**4.3. *Pacta pretoria.*** Conviene diferenciar, también, los pactos desde dos puntos de vista, que a su vez darán lugar a otras nuevas categorías de aquellos, como son: a) los pactos que merecieron protección por parte del pretor, denominados *pacta pretoria*; y b) los pactos que tenían un carácter autónomo de los contratos, denominados *pacta legitima*.

Los *pacta pretoria* serían aquellos pactos no incluidos en ningún contrato pero estaban protegidos por una acción que concederá el pretor.

**4.3.1. *Constitutum.*** Es una convención por la que una persona llamada constituyente se obliga a pagar una deuda de una obligación preexistente en un plazo determinado, ya fuera su propia deuda (*constitutum debiti propii*) o la deuda de un tercero (*constitutum debiti alieni*)<sup>561</sup>.

Se utilizó alguna vez para asegurar el pago de una deuda, decayendo su uso en el imperio por la mayor difusión y empleo de la *fideiussio*.

**4.3.2. *Recepta.*** La palabra *receptum* viene del verbo *recipere* (recibir, aceptar, encargarse de). Engloba varias figuras, destacando estas dos: la *receptum arbitrii* y la *receptum nautarum, cauponum, stabularium*.

**4.3.2.1. *Receptum arbitrii.*** Opera cuando dos personas deciden poner fin a un litigio encargando a un tercero para que, como árbitro imparcial, señale quién tiene razón y obligando al perdedor a cumplir<sup>562</sup>.

En la actualidad, como entonces, se trata de un sistema de resolución extrajudicial de conflictos entre personas, denominado arbitraje.<sup>563</sup>

<sup>560</sup> *Codex* 4.54.2. ARIAS, J., ARIAS-J.A., *op. cit.*, p. 652.

<sup>561</sup> *Digesto* 13.51 pr; *Codex* 4.18.2 pr.

<sup>562</sup> *Digesto* 4.8.13.2: «Se entiende que acepta el arbitraje quien se somete a la decisión del juez y promete que con su sentencia pondrá fin a las controversias». FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *op. cit.*, pp. 123-126.

<sup>563</sup> El Código civil español no regula el arbitraje (que tan solo menciona en el art. 271: autorización judicial del tutor para someter una cuestión a arbitraje) sino que lo desarrolla específicamente, con sumo detalle y amplitud, en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, actualizada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, la Ley 11/2011, de 20 de mayo y la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Indica su art. 2.1 (referido a las «materias objeto de arbitraje») que: «son susceptibles de arbitraje las contro-

**4.3.2.2. *Receptum nautarum, cauponum, stabularium.*** Los navieros, posaderos y dueños de establos<sup>564</sup> se encargan y responden de las mercaderías, equipajes y animales que han recibido en sus naves, posadas o establos y que se hayan perdido, destruidos o deteriorados, salvo que demostraren que los daños acaecieron por fuerza mayor<sup>565</sup>.

**4.4. *Pacta legitima.*** Por *pacta legitima*, se entienden los acuerdos informales reconocidos por decreto imperial: *compromissum, dos* y *donatio*.

**4.4.1. *Compromissum.*** Es el convenio mediante el cual dos personas se ponen de acuerdo para confiar a un árbitro la decisión de zanjar un litigio. Se solía pactar el pago de una multa o pena para el que no acatará la decisión del árbitro al que previamente se habían sometido.

Se diferencia del *receptum arbitrii*, en que en el *compromissum*, el árbitro se nombra previamente y en el *receptum* tras surgir la controversia.

**4.4.2. *Dos.*** Se trataba la dote (*dos*) de una institución más social que jurídica, consistente en determinados bienes o una cantidad de dinero que se entregaban al esposo, con motivo de su matrimonio, y que estaba destinada a aliviar las cargas del matrimonio. La dote se acompañaba de pactos en los que se determinaba el destino de aquella, la restitución de su importe en el plazo fijado cuando así se previera y otros similares.

Para la constitución de la dote (*dos*) eran necesarias determinadas formalidades que se llevaban a cabo mediante la denominada *dotis dicitio*, (transmisión real o efectiva de los bienes) o también, a través de la llamada *dotis promissio* (obligación dotal)<sup>566</sup>.

Podía ser la dote de diversas clases: *a*) profecticia, cuando era el *paterfamilias* quien la constituía; *b*) adventicia, cuando corría a cargo de un tercero (*extraneus*) pariente o no; y *c*) recepticia, cuando el tercero que la constituía se reservaba el derecho a la restitución de los bienes dotales (aquellos que integraban la dote) si se disolvía el matrimonio.

---

versias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

<sup>564</sup> SALAZAR, M<sup>a</sup>., «La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma», Estudios sobre *el receptum nautarum, cauponum, et stabularium*: entre la *utilitas contrahentium* y el desarrollo comercial, Madrid, 2007.

<sup>565</sup> *Digesto* 4.9.1: «Dice el pretor: daré acción contra los navieros, mesoneros y establos que no restituyan lo que de cualquier persona hubiesen asumido bajo su custodia».

<sup>566</sup> *Codex* 5.11.6.

**4.4.3. Donatio.** La donación consiste en la convención adoptada entre dos partes, por la cual una de ellas atribuirá a la otra algo en forma gratuita. Por la importancia que presenta conviene analizarla con algún detenimiento para lo cual se le dedica el siguiente apartado.

## 5. LA DONACIÓN

**5.1. Concepto de donación.** Se trata de un acto de liberalidad por el que, una persona –donante– se desprende de una cantidad de dinero o de bienes, en favor de otra persona –donatario– que los recibe, sin esperar, por ello, una contraprestación<sup>567</sup>. Esta era una figura que en Roma no se entendía muy bien pues no concebían los romanos con gracia que pudiera darse o entregarse algo a otro sin contraprestación alguna<sup>568</sup>.

Se produce una disminución en el patrimonio del donante y un incremento en el del donatario<sup>569</sup>, llevándose a cabo por ánimo de liberalidad sin esperar contraprestación por el donante<sup>570</sup>. Si hubiere algún pago o contraprestación de quien recibe la cosa ya no sería donación, sino compraventa, arrendamiento, mutuo, u otra figura, pacto o contrato. Además, es imprescindible que el "presunto" donatario acepte la cosa que ha recibido mediante la donación<sup>571</sup>.

**5.2. Clases de donación.** En el Derecho romano existen varios tipos de donación, aludiendo aquí solo las más conocidas.

**5.2.1. Donaciones matrimoniales.** Había dos tipos de donaciones por

<sup>567</sup> *Instituta 2.7; Digesto 39.5.*

<sup>568</sup> PIETRO, DI, A., -LAPIEZA, A., *op. cit.*, pp. 312 y ss.

<sup>569</sup> Esta es una cuestión muy discutida, habiendo quien afirma que no siempre es así, de manera que, por ejemplo, las donaciones entre cónyuges no surtirían este efecto empobrecimiento-enriquecimiento, pues sólo hay un patrimonio y lo único es el trasvase de titular sobre el objeto pero el patrimonio sigue siendo el mismo.

<sup>570</sup> En la actualidad, el Código civil español la regula con cierto detalle y la define con sencillez en el art. 618 «la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta».

<sup>571</sup> El requisito de la aceptación se conserva intacto en el artículo 623 CC: «la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario». Además, según el artículo 629: «la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación». Respecto de la capacidad para la aceptación: «podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello (art. 625); «las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes (art. 626 CC).

razón de matrimonio dependiendo del momento en que se realizasen<sup>572</sup>.

**5.2.1.1. Donaciones antes del matrimonio.** Antes de Justiniano se llamaba *donatio ante nuptias* y estaba integrada por los bienes que el futuro marido regalaba a la futura mujer antes de las nupcias<sup>573</sup>. A partir de la época de Justiniano ya se podía realizar esta donación incluso durante el matrimonio, lo cual constituía una excepción a la regla general de la prohibición de donación entre esposos<sup>574</sup>.

Su fin y utilidad fueron esencialmente la de restablecer la igualdad entre los cónyuges y aumentar los recursos de la mujer tras la disolución del matrimonio; siendo su régimen jurídico similar al de la dote.

**5.2.1.2. Donaciones durante el matrimonio.** Es decir, llevadas a cabo en un momento posterior a su celebración. Según la regla general, será nula toda donación efectuada entre marido y mujer. Se pretendía evitar que uno de los cónyuges pudiera aprovecharse de la generosidad del otro<sup>575</sup>. No se considera donación el regalo de pequeños obsequios, ni los actos que no proporcionen un enriquecimiento en sentido estricto.

**5.2.2. Donaciones remuneratorias.** Son aquellas por las cuales el donante, a través de la entrega de lo donado, desea recompensar al donatario por haber realizado algún servicio o en favor del donante<sup>576</sup>.

**5.2.3. Donaciones sub modo.** También se las conoce como donaciones modales e imponen al donatario el cumplimiento de una cláusula (el modo) de manera que si no la cumple, la donación puede revocarse<sup>577</sup>.

El que acepta un negocio que incluya una cláusula semejante (siendo el supuesto de la cláusula modal como elemento accidental del negocio jurídico), como ocurre en las donaciones modales, recibirá lo donado pero con la obligación de hacer aquello concreto que se le impuso<sup>578</sup>.

<sup>572</sup> *Codex* 5.3; *C.* 5.14.

<sup>573</sup> *Digesto* 39.6; *Codex* 8.56.

<sup>574</sup> *Codex* 5.3.

<sup>575</sup> *Digesto* 24.1; *Codex* 5.16.

<sup>576</sup> Las donaciones remuneratorias se definen en el artículo 619 CC: «es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado».

<sup>577</sup> *Codex* 8.54.

<sup>578</sup> Según el art. 647 CC: «la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impu-



**5.2.4. Donaciones mortis causa.** Son las realizadas en vida del donante pero que no surten efectos hasta el momento de su muerte<sup>579</sup>.

Pueden llevarse a cabo debido a multitud de circunstancias<sup>580</sup>: salud débil del donante, enfermedad, peligro de muerte próxima a causa de la existencia de odio o crueldad de una persona poderosa, ladrones, por pasar por lugares peligrosos, etc.

**5.3. La revocación de las donaciones.** En principio, las donaciones son irrevocables, es decir, no cabe que, una vez realizadas pueda el donante resolver o reclamar lo donado al donatario<sup>581</sup>.

Ahora bien, existen salvedades a esta irrevocabilidad de las donaciones dependiendo de ciertas circunstancias muy concretas y precisas<sup>582</sup>.

---

so. En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria».

<sup>579</sup> Artículo 620 CC: «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria».

<sup>580</sup> *Digesto* 39.6.3-6.

<sup>581</sup> MURILLO, A., *La revocación de las donaciones en el derecho romano y en la tradición romanística española*, Burgos, 2007; KRÜGER, D., *Donatio mortis causa: die donatio mortis causa im klassische römischen Recht*, Berlin, 2011.

<sup>582</sup> En el vigente Derecho civil español, la revocación de las donaciones se regula en los artículos 644 al 653 CC. Para la STS de 20 de mayo de 2011: «la donación es uno de los pocos negocios jurídicos que pueden ser revocados por la voluntad de una de las partes (con el mandato y el testamento), si bien el Código civil impone concretas causas para la misma, siendo una de ellas la ingratitud, tal como dispone el artículo 648 CC, como *numerus clausus* y de interpretación restrictiva». Respecto de la revocación por hijos, dispone el artículo 644 CC que toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes «será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes: 1. Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos. 2. Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación», debiendo incluirse la aparición del hijo cuya existencia era desconocida. La acción de revocación por superveniencia o supervivencia de los hijos decae por el transcurso de cinco años, contados desde que se tuvo noticia del nacimiento del último hijo o de la existencia del que se creía muerto. Por otro lado, la donación puede ser revocada, a instancia del donante, por una causa de ingratitud del art. 648 CC, cuando el donatario: 1º cometa algún delito contra la persona, el honor o bienes del donante; 2º impute al donante un delito perseguible de oficio, aunque lo pruebe; salvo que lo cometa contra el mismo donatario, su cónyuge o sus hijos; 3º le niegue, indebidamente al donante, la obligación de alimentos. Finalmente, según el art. 647 CC la donación onerosa podrá ser revocada «a instancia del donante

Ante la concurrencia de una o varias de las siguientes causas –según la clase de donación realizada– el donante podía revocar la donación.

En tal sentido, cabía la revocación en supuestos como: la ingratitud por parte del donatario hacia el donante<sup>583</sup>, la ruina del donante antes de producirse la donación (en el caso de la *donatio mortis causa*)<sup>584</sup>, la sobrevenida<sup>585</sup> y supervivencia<sup>586</sup> de hijos, el incumplimiento del modo en el caso de la donación modal<sup>587</sup>, y la premuerte del donatario con res-

---

cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso». Cuando ello suceda, «los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria», que adquiriendo el inmueble confiando en el Registro de buena fe, lo hace suyo sin que se le pueda reivindicar. En caso de revocación, el donatario tendrá que devolver los frutos, que hubiese percibido mientras disfrutó de lo donado, en los siguientes casos: a) revocación de la donación por aparición de los hijos; y b) revocación por ingratitud. Pero, a tenor del art. 651 CC, cuando la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de las condiciones impuestas en la donación onerosa, «el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición». Cfr. ACEDO, A., *op. cit.*, pp. 174-176.

<sup>583</sup> *Codex* 8.55. Causas de ingratitud serían, por ejemplo, la no prestación de alimentos -por parte del liberto- al patrono que se halla en pobreza máxima, conspirar contra la vida del donante, etc. La no prestación de alimentos se refiere al mantenimiento al patrono en unas condiciones mínimas de vida, no únicamente darle de comer.

<sup>584</sup> *Digesto* 39.6.35.2. Esta es otra de las causas que se contemplan en el *Corpus Iuris Civilis* –*Digesto* 39.6– por la que, pese a que el donante se ha comprometido a la entrega de algo al donatario, si se produce su ruina o bancarrota, se deja sin contenido o efecto tal donación. En los casos de donación *mortis causa*, pese a haberse celebrado en vida del donante y donatario, hasta la muerte del primero no se producen efectos. Ello es así, porque el donante prefiere tener la cosa en vida antes que darla o entregarla al donatario; es más, espera vivir mucho y sólo cuando él muera querrá que el bien o conjunto de bienes pasen a ser del donatario. Ahora bien, realiza dicho negocio jurídico porque, pese a no ceder temporalmente los bienes objeto de donación, en ningún caso quiere que éstos pasen al heredero lo que ocurriría si no los dejara en concepto de donación a un extraño a la herencia si bien, estará limitado en la cuantía de lo que puede donar según las diferentes épocas y momentos con la finalidad de no dañar patrimonialmente a los herederos necesarios.

<sup>585</sup> Cuando el señor o patrono, que no espera tener hijos, resulta que le sobreviene, al menos, uno; es otra causa de revocación de donación.

<sup>586</sup> *Codex* 8.55.8. Cuando el señor o patrono deja una parte de su patrimonio al liberto creyendo que su/s hijo/s ha/n muerto en un accidente, guerra, etc.; y reaparecen al cabo de un cierto tiempo vivos.

<sup>587</sup> El modo impone una carga al donatario de manera que, si no la cumple, se puede revocar la donación: se da algo para que haga algo. Es decir se impone una obligación que debe cumplirse bajo la amenaza de revocación de la donación.

pecto al donante, esto es, el fallecimiento del donatario antes que el donante, solo en el caso de las donaciones *mortis causa*<sup>588</sup>.

#### INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ACEDO PENCO, A., *Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, editorial Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2017; ARIAS, J.-ARIAS, J.A., *Derecho romano*, Madrid, 1979; BRAVO, M<sup>a</sup>. J., *La injuria verbal colectiva*, Madrid, 2007; FENOCCHIO, M.A., *Sul trace del delitto di furtum*, Napoli, 2008; FERNÁNDEZ, A.,-PARICIO, J., *Fundamentos del derecho privado romano*, 10ª edición, Madrid, 2018; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, Madrid, 2017; PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 2015; KRÜGER, D., *Donatio mortis causa: die donatio mortis causa im klassische römischen Recht*, Berlin, 2011; MURILLO, A., *La revocación de las donaciones en el derecho romano y en la tradición romanística española*, Burgos, 2007; PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 2015; PIETRO, DI, A.,-LAPIEZA, A., *Manual de derecho romano*, 5ª edición, Buenos Aires, 2005; QUEIROZ DE MORAES, B., *Pacto de melhor comprador, configuração no direito romano (indiem addictio) e projeções no direito actual*, Madrid, 2010; RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 4ª edición, Madrid, 2011; SALAZAR, M<sup>a</sup>., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma. Estudios sobre el receptum nautarum, cauponum, et stabularium: entre la utilitas contrahentium y el desarrollo comercial*, Madrid, 2007; SOLARTE RODRÍGUEZ, A., «Los actos ilícitos en el derecho romano», *Vniversitas*, núm. 107, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia, 2004, pp. 692-746; VENTURINI, C.-FUENTESECA, M., *El juez en Roma: funciones y responsabilidad*, Madrid, 2010.

---

<sup>588</sup> *Digesto* 23.3.6 pr. Es claro que si se dispone que se dejará algo a uno el día en que el donante muera –pues hasta entonces no surte efecto la donación *mortis causa*– y resulta que el donatario que la iba a recibir muere o, lo que es lo mismo, muere antes que el donante, la donación queda sin efectos.





**MANTÉNGASE INFORMADO  
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis  
al boletín informativo  
[www.dykinson.com](http://www.dykinson.com)**

**Y benefíciense de nuestras ofertas semanales**