

## **CULPA DEBITORIS -IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA- PERPETUATIO OBLIGATIONIS**

**Armando Torrent**

*Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

### **RESUMEN:**

En la estela de precedentes investigaciones en las que no había podido tener en cuenta un reciente trabajo de Cannata sobre el argumento y en polémica con éste, mi estudio versa sobre el tratamiento dado por los *veteres* a la imposibilidad sobrevenida especialmente en aquellos casos de incumplimiento por hecho imputable al deudor de una *obligatio* de *dare certam rem* tutelados por *actiones stricti iuris* que para los *veteres* aparejaban una *perpetuatio obligationis* que dejaba intacta la obligación del deudor que negligente o intencionadamente dejaba perecer el objeto *in obligatione deducta*. También discuto las opiniones doctrinales que explican que la *per. oblig.* es una creación original de los *veteres* con la finalidad de una más eficiente protección del crédito.

**Palabras clave:** *culpa debitoris; factum debitoris; perpetuatio obligationis;* imposibilidad sobrevenida; orden público económico.

### **ABSTRACT:**

By the way of precedents researchs and taking advantage of a recent paper of Cannata whose thesis are not for me persuasives, my subject deal with the treatment by the *veteres* of the supervening impossibility specially looking at the *actiones stricti iuris* entailing *certam dare rem obligationes* in cases of positive malperformances, that in the view of the *veteres* lay on the consideration of *perpetuatio obligationis* surviving the debtor's obligation that he has negligently or intentionally remove the object when he was supposed to hand over. I discuss also the autoritatives doctrines on dogmatical and processual fiction, concluding tha the rule *quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem* is an original creation of the *veteres* for the most efficient protection of the credit. In that context if the debtor is not able to perform, no fiction is necessary to hold de debtor liable.

**Key words:** *culpa debitoris; factum debitoris; perpetuatio obligationis;* public economic policy; supervening impossibility.



## *Culpa debitoris -Imposibilidad sobrevenida- Perpetuatio obligationis<sup>1</sup>*

La responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones viene explicada en todos los ordenamientos jurídicos europeos como una consecuencia de la culpa. No basta por tanto el hecho del incumplimiento para generar responsabilidad, sino que se hace necesario unir al deber de la prestación una suerte de segunda causa de la obligación de resarcimiento. Esta segunda causa es la *culpa*<sup>2</sup>, concepto que se utiliza en el doble juego de imputabilidad y de falta de diligencia en el cumplimiento, teniendo en cuenta que la responsabilidad es un elemento secundario de la relación obligatoria que normalmente coexiste al menos potencialmente con el derecho (o expectativa) y la correspondiente obligación (o deber) de prestación, y que tiene en su estado potencial una función coactiva sobre el deudor, que pasa de potencial a actual en caso de incumplimiento de la obligación<sup>3</sup>.

La romanística suele tratar este problema en materia de responsabilidad contractual<sup>4</sup>, pero acaso hablar de responsabilidad contractual en Roma no sea más que un convencionalismo con finalidades docentes y de adecuación al pensamiento moderno<sup>5</sup>, porque:

- A) No hay una responsabilidad contractual unitaria en cuanto el *contractus* es un concepto en formación incluso durante la época clásica; *contractus* y *stipulatio* tienen origen y ámbito diversos.
- B) La misma investigación romanística ha descubierto dos modos distintos de enfocar la responsabilidad: en la *stipulatio* fundamentalmente en las obligaciones de *dare rem* se miraba por lo general el *factum debitoris*; en las demás figuras de obligaciones se operaba mas bien con los conceptos de *dolus* y *culpa*.
- C) Acaso el origen de este enfoque dual esté -aparte el diverso origen de la *stipulatio* y del *contractus*- en que la *stipulatio* vinculaba a un *dare-facere*, es decir, miraba al cumplimiento de una promesa: si ésta no se cumplía por un *factum debitoris* se respondía según el grado de malicia o negligencia (*dolus-culpa*) pero considerando el objetivo incumplimiento partiendo de la idea de que la

---

1 Este trabajo trae su punto de arranque de un trabajo mío anterior, *Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, publicado en AAVV. "La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno", Burgos, 2001, p. 869 ss, y de otro estudio que envié a Studi Franciosi (a día de hoy -abril del 2006- aún no publicados) con el título *Perpetuatio obligationis ¿ficción dogmática o procesal?*, que ahora vuelvo a reelaborar en polémica con un notable estudio de CANNATA (que entonces no había podido tener en cuenta), *Quod veteres constituerunt. Sul significato originario della perpetuatio obligationis*, "Iurisprudencia universalis". Festschrift Mayer-Maly, München/Weimar/Wien, 2002, p. 85 ss., llevado muy agudamente pero cuyas conclusiones no comparto.

2 Vid. TORRENT, *Factum debitoris, culpa debitoris, scientia debitoris*, Estudios Ursicino Alvarez, Madrid, 1978, p. 495.

3 Vid. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, SDHI 20 (1954) p. 163.

4 ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2ª ed. Napoli 1935 (reed, 1958); LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, Milano, 1938; BETTI, *Periculum. Problemi del rischio contrattuale in dir. rom. class. e giust.*, Studi De Francisci, I (Milano 1956) 131 ss.; CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel dir. rom. I*, Milano, 1996; DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1994; he hecho una síntesis de estos problemas en mi *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, pgs. 1095-1096 s.h.v.

5 Así decía mi maestro en la Universidad de Salamanca, Prof. Fuenteseca, en sus magníficos cursos de Doctorado sobre la compraventa, origen de monografías tan valiosas como las de CALONGE, *La compraventa de cosa futura en el Derecho romano*, Salamanca, 1963, y ALONSO PEREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.

obligación había sido incumplida (no había tenido lugar el *dare* o *facere*). Fuera de la *stipulatio* se valoraba directamente el *dolus* (y luego *culpa*) porque las partes se habían comprometido en la medida de la buena fe no a un cumplimiento rígido -*dare, facere*- sino a todo lo que la buena fe exigía en el caso.

- D) Investigaciones como la de Arangio-Ruiz confirman sin aludirles ni proponérselo estas ideas: en la *stipulatio* (también en el *legatum per damnationem* y en los fideicomisos) contaba el *factum debitoris*; en todos los contratos de buena fe (contratos consensuales, más la fiducia, el depósito y la *actio rei uxoriae*) se apreciaba en primer lugar el *dolus* y luego la *culpa*.

Pero frente a la tesis de Arangio-Ruiz entiendo que la responsabilidad es siempre subjetiva. Argumentos:

- a) En el *factum debitoris* se mira la culpa del deudor respecto al *factum* que provoca incumplimiento; en definitiva se tiene en cuenta la conducta del deudor.
- b) Por otra parte *dolus* y *culpa* son criterios que valoran la conducta del obligado.
- c) Cosa distinta es que al valorar la *culpa* se tenga en cuenta la finalidad del negocio (no diremos *contractus*) porque éste determina una mayor o menor objetividad en la valoración de la responsabilidad nacida del incumplimiento:
  - 1) Si se trata de obligación de *dare* cualquier actuación puede resultar culposa si impide el cumplimiento; 2) Si se trata de obligación que lleva implícita custodia, ésta habrá de valorarse dentro de la idea de cierta diligencia objetiva que implica la misma custodia: el que tiene que entregar tiene que custodiar; el vendedor; el que tiene una cosa en comodato.
- d) No parece admisible distinguir dos etapas: una *culpa* en sentido objetivo que un gran sector de la romanística entiende como algo exclusivo de la época clásica, y otra en sentido subjetivo identificable con la *diligentia*, que muchos entienden como propio de la época postclásica-justiniana.

Partiendo de que la responsabilidad es siempre subjetiva en cuanto aprecia la conducta del obligado, no se puede considerar criterio o categoría de responsabilidad la *custodia* que constituye una obligación inherente a ciertas figuras negociales que pueden incumplirse por dolo o culpa del obligado. A su vez este dolo o culpa de la conducta subjetiva del obligado vendrán más o menos acentuados u objetivados según la finalidad negocial: el que recibe una cosa para guardarla o transportarla (*caupo, stabularius, nauta*) debe poner una diligencia tal que apenas le exime de culpa más que la *vis maior* e incluso en ocasiones ni éstas; en otras palabras, tiene que prever y defender la cosa de deterioro o pérdida hasta el límite de sus posibilidades porque su obligación es *custodiam praestare* (no es un *dare* ni un *facere* nacido de *stipulatio* ni con arreglo a la *bona fides*). En principio incluso hasta podría excluirse la *custodia* como categoría de responsabilidad, porque ésta viene representada como un *factum*: es un hecho del que debe responder según contrato, y los hechos no son categorías de responsabilidad sino las conductas respecto a los hechos. Puede haber *dolus* o *culpa* en el hecho de custodiar mejor o peor, y desde luego, plena responsabilidad si el hecho -la obligación- miraba precisamente a la finalidad de custodiar.

En esta sede centraré la atención sobre la responsabilidad del deudor nacida de una *stipulatio* (y más específicamente de las *stipulationes in dando*), entendiendo *stipulatio* en el sentido genérico de cualquier situación en que las partes hayan asumido voluntariamente un *vinculum iuris* en base a una promesa, dejando aparte la responsabilidad del heredero en el legado *per damnationem* y en fideicomisos de la que ya me he ocupado en otra parte; tampoco entraré en la distinción *factum-culpa* que muchas veces en las decisiones de los juristas vienen utilizados indistintamente como criterios

de imputabilidad<sup>6</sup>. A falta de cumplimiento en forma específica en que el *obligatus* defrauda la *satisfactio* del acreedor, surge a cargo del primero una obligación que se suele llamar “responsabilidad secundaria” que tiene por objeto la restauración del acreedor por la satisfacción no obtenida, transformando una obligación primaria cuyo cumplimiento en forma específica ha quedado insatisfecho en una obligación de responsabilidad que constriñe al deudor a cumplir con una prestación equivalente que sustituye la satisfacción en forma específica dirigida a procurar la oportuna restauración del desequilibrio producido en el patrimonio del acreedor por el incumplimiento de la obligación cuando este incumplimiento es imputable al deudor; en definitiva constriñendo al deudor a una obligación de resarcimiento que no significa una nueva obligación, sino un vínculo que se modifica sustituyendo la prestación primitiva por la obligación de reparar el daño, que no deja de ser un recurso subsidiario en el sentido que el acreedor no tiene un derecho de opción entre la prestación primitiva y la indemnización.

No puede afirmarse de todos modos que éstos hubieran sido los planteamientos romanos originarios; precisamente la doctrina sobre la *perpetuatio obligationis*<sup>7</sup> (en adelante *perp. ob.*) expresada por los *veteres*, mas bien apunta de un lado a la intangibilidad de la prestación de *dare rem* que puede reclamar el acreedor siempre que la cosa hubiera perecido por un *factum debitoris* que no le exonera por la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento en cuanto los *veteres* asocian a aquel *factum* la subsistencia de la obligación; de otro, no se ve la eventual mutación de la prestación originaria por una obligación secundaria de resarcimiento<sup>8</sup>, y muchos menos en el procedimiento formulario donde a pesar de haberse hecho imposible la obligación, el *dare oportere* expresado en la *intentio* se dirige a reclamar la misma cosa *in obligatione deducta*.

Sin duda alguna esta opción que sustituye la ejecución de la prestación en forma específica por una indemnización no es originaria, y supone una refinada evolución del pensamiento jurídico en el campo de la responsabilidad; por ello la proyección que he hecho de la llamada convencionalmente responsabilidad contractual acaso sea demasiado esquemática o demasiado lineal, porque los textos -sobre todo los que se refieren a la *culpa*- dejan entrever una ardua evolución que va desde el extremado rigorismo en las obligaciones de *dare rem*, que hacen responsable al deudor incumplidor siempre que por un hecho propio hubiera frustrado el cumplimiento de la obligación, hasta la mayor amplitud de criterios de imputabilidad en todas aquellas relaciones que daban lugar a *bonae fidei iudicia*, lo que a su vez proyecta una evolución que va desde el *ius civile vetus* a una *iurisdictio praetoria* que acoge en su seno y va encauzando por nuevas vías las consecuencias del incumplimiento, permitiendo aquilatar la medida de la responsabilidad acompañándola de un lado a la actuación del deudor referida al hecho del incumplimiento, y de otro al contenido objetivo de la relación jurídica cuya ejecución se pretende.

Con esto quiero decir que si la novedad que el planteamiento que Arangio-Ruiz<sup>9</sup> aportó en su momento consistió en analizar metodológicamente el estudio de la responsabilidad contractual sobre la base de distinguir el contenido de las obligaciones, criticando el punto de vista admitido hasta entonces fundado sobre el dualismo entre negocios tutelados por *actiones stricti iuris* y negocios tutelados por *bonae fidei iudicia*, este planteamiento pretende ser superado por Cannata<sup>10</sup> que admitiendo el concep-

6 MACCORMACK, *Factum debitoris and culpa debitoris*, TR 41 (1973) p. 60.

7 Vid. una síntesis de los problemas que plantea la *perp. ob.* en mi *Dicc.* s.h.v.

8 SARGENTI, p. 165.

9 ARANGIO-RUIZ, p. 9 ss.

10 CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la culpa debitoris nelle obbligazioni da stipulatio in dando*, SDHI 32 (1966) p. 63 ss. = *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, p. 90 ss.

to genérico del contenido obligatorio de Arangio-Ruiz, y matizando que la naturaleza de la prestación no es por lo general suficiente para determinar el contenido de la obligación y por tanto el régimen de la responsabilidad, considera que dentro de las obligaciones de *dare* el régimen de la responsabilidad no es el mismo exactamente en las obligaciones de dar cosas específicas que en las obligaciones de dar cosas genéricas.

La obligación de *dare* tiene un significado técnico muy preciso<sup>11</sup> consistente en transmitir al acreedor la propiedad del objeto deducido en la obligación (Gayo 4,4; Ulp. D. 45,1,75,10; Paul. D. 50,17,167 pr.<sup>12</sup>), lo que con terminología cara a Betti<sup>13</sup> permite encuadrarla entre las obligaciones de resultado<sup>14</sup>. Precisamente este rigor en las obligaciones de *dare rem* es lo que en los *veteres* hizo configurar la idea de no exoneración del deudor siempre que por un hecho a él imputable se hiciera imposible el cumplimiento de la obligación que en definitiva consistía en hacer adquirir al acreedor la propiedad de la cosa, expresado en la regla *quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem*<sup>15</sup> (en adelante y para sintetizar la mencionaré como regla *quotiens*) que conocemos gracias a Paul. en su comentario a Plautio. A su vez está en conexión con algo que hoy es corriente como la construcción autónoma del concepto de prestación (arts. 1088 del Código civil español y 1173 del italiano), pero que en Roma es más complejo en cuanto D. 44,7,4,1 (Paul. 2 *Inst.*) plantea la tricotomía *dare-facere-praestare*.

Llegados a este punto debo hacer un breve *excursus* sobre los problemas que plantea el concepto y ámbito de la prestación. En nuestros días es indudable que la prestación tiene siempre un contenido patrimonial en el sentido de valorable económicamente, y que la civilística actual no se conforma con la definición romana, que entre otros aspectos presenta la complejidad de encuadrar ciertas obligaciones de dar con el problema anejo de deslindar cuál sea el contenido de la prestación. Un modo de superar estas dificultades fue el intento de Betti de deslindar tres clases de obligaciones: de resultado, de comportamiento (contegno) y de garantía, relacionando las últimas con el tema de la responsabilidad contractual dentro de la que admitía una responsabilidad objetiva que conduce a un reparto del riesgo, y otra subjetiva. Pero esta terminología es difícil de aplicar al Derecho romano, porque si *dare-facere* apunta a obligaciones de resultado, *praestare* está más relacionada con la conducta del deudor a pesar de la acu-

11 Que se puede decir es opinión unánime en la doctrina; vid. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, Leipzig 1908, p. 58 ss.; DE FRANCISCI, *Synallagma*, 2, Pavia, 1916, p. 386 ss.; VAN OVEN, *Remarques sur Gai 3,91*, IVRA 1 (1950) p. 27 ss.; GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, 3ª ed. Torino 1966, p. 13 ss., dejando aparte la opinión aislada de SCHLOSSMANN, *ZSS*, 24 (1903) p. 160 ss.; 29 (1908) 288 ss.

12 No interesa en este momento analizar si a finales de la época clásica se requería no sólo la entrega de la propiedad sino también el desplazamiento posesorio efectivo del deudor al acreedor; vid. a propósito GROSSO, p. 22 ss.

13 BETTI, *La struttura della obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, donde sintetiza múltiples estudios sectoriales anteriores sobre el Derecho romano de obligaciones.

14 Idea que comparte Cannata, pero que vuelve a la nervatura basada en el contenido de la prestación de Arangio-Ruiz, cuando dice (SDHÍ, 32, p. 65) que la circunstancia que hace particularmente simple la estructura de la obligación de *dare* consiste en que la actuación del resultado que concreta el cumplimiento debe ser valorada exclusivamente sobre la base de criterios jurídicos, mientras que por ejemplo, en el campo de las obligaciones de *facere* para establecer si el deudor haya o no "hecho", se requiere regularmente el empleo de criterios de valoración traídos de las diversas técnicas o del sentido común; por el contrario en el campo del *dare*, el *datum* y el *non datum* vienen discriminados sobre la simple valoración jurídica de la verificada o no verificada adquisición de la propiedad por parte del acreedor.

15 *Perp. ob.* que por tanto no tiene aplicación en todas las relaciones obligatorias y originariamente sólo aplicada a las obligaciones de *dare* que dan lugar a *iudicia stricti iuris* dado el rigorismo del *dare rem*; vid. sus límites en GENZMER, *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht*, *ZSS*, 44 (1924) p. 112 ss.; KASER, *Quanti ea res est*, München, 1935, p. 92 ss.; BIANCHI FOSSATI VANZETTI, (en adelante BIANCHI) *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979, p. 65 ss.



mulación de Gayo 4,2, y de la misma *lex Rubria* cap. XXII que menciona una cuatripartición: *dare, facere, oportere, restituere*, quizá debido a la situación particular de la Gala Cisalpina. El texto fundamental en materia de *stipulatio* de *dare rem* es:

D. 45,1,91,pr (Paul. 17 *ad Plaut.*) *Si servum stipulatum fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor; expeditum est, sin autem neglegat infirmum, an teneri debeat promissor; considerantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpa huius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum, tenetur.*

Hay una primera distinción evidente en Paul. entre obligaciones de dar y hacer<sup>16</sup>, tanto que el deudor se libera de responsabilidad en cuanto a su hacer cuando exclusivamente se obligó a dar. Del texto se desprende un sentido restrictivo del *factum debitoris* que hay que relacionar con la obligación estricta de dar. De ahí que la tripartición bettiana obligaciones de resultado, de comportamiento (contegno) y de garantía o responsabilidad más bien parece un intento de explicar en clave civilística ideas romanas, porque tanto las obligaciones de “risultato” como las de “garanzia” acrecen la responsabilidad. Quizá en el fondo esta tripartición no sea tan nueva como se pretende, y acaso pueda adecuarse con la distinción romana relacionando las obligaciones de *dare rem* con las obligaciones de resultado, de *facere* con las de “contegno” y de *praestare* con las de garantía. Todavía puede presentarse una ulterior objeción: el término *praestare* (*praes-stare*) que lexicográficamente debería corresponder a garantía, en las fuentes más bien se refiere a comportamiento como se evidencia en las múltiples ocasiones que las fuentes hablan de *praestare dolum*. Para acabar este inciso diré que tengo la impresión que la distinción de Betti no es tan clara, porque desde el punto de vista del Derecho lo que interesa es el resultado, aparte de la dificultad de encajar en el cuadro bettiano la obligación autónoma de dar; ¿dónde entraría en su distinción? Un ejemplo paradójico podríamos verlo en la compraventa, que siendo en Roma un negocio obligatorio plantea dos momentos diversos, la *emptio perfecta* y el momento efectivo de la *traditio rei*, aunque evidentemente el vendedor se obliga a transferir la propiedad de la cosa o al menos el *vacuum possessionem tradere* (Gayo 2,204) si entendemos que la *traditio* tiene una particular estructura posesoria, con todos los problemas de reparto del riesgo antes e incluso después de la entrega (con el consabido problema de la evicción) que plantean con toda crudeza la construcción de la obligación autónoma de dar<sup>17</sup> sobre la que en la propia Jurisprudencia clásica hay oscilaciones, porque Pomp. D. 19,1,31 y D. 30,45,1-2 distingue una rigurosa obligación de dar en el *legatum per damnationem*, mientras que en los legados genéricos se concreta en dar en las mejores condiciones posibles; de D. 30,45,1 se desprende que el deudor no debe responder que el esclavo sea sano porque esto es cosa del esclavo, pero no debe dar un esclavo ladrón porque de entregarlo así se puede exigir responsabilidad al *tradens* mediante la *actio noxalis*. En otros textos la incerteza es aún mayor; en Pap. D. 31,66,6 se tiene en cuenta la posibi-

16 Vid. sobre el contenido de la prestación subsumido dentro del *dare-facere-praestare*, GROSSO, pgs. 11-35.

17 Vid. D. 50,17,167 pr. (Paul. 49 *Ed.*) *Non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis, non fiunt*; en el fondo el vendedor sólo está obligado a mantener la posesión pacífica del comprador hasta la *usucapio* por éste; D. 32,29,3 (Lab. 2 *post a Iav.epitomatorum*) *Si heres tibi servo generaliter legato Stichum tradiderit isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis*; en este caso no se puede decir que el heredero haya hecho en modo tal que el *accipiens* no pueda conservarlo, sustancialmente el esclavo no es del *accipiens* en el momento de la *traditio* planteando un caso de evicción; D. 17,1,47,1 (Pomp. 3 *ex Plautio*) *Si is, qui pro te hominem dare fideiussit, alienum hominem stipulatori dederit, nec ipse liberatur nec te liberat...*; aquí sí se cumplió la obligación de dar, pero de modo deficiente.

lidad de conservar la cosa en su plenitud, no solamente el *habere licere*, por lo que el heredero debe rescatar el usufructo para entregar al legatario la cosa libre de cargas. Una primera conclusión que puede derivarse de los textos es que vienen claramente diferenciadas las obligaciones de *dare* y *facere*, e incluso una cierta tendencia a extender el significado de *facere*<sup>18</sup>.

El problema de la *perp. ob.* viene planteado con toda su crudeza por Paul. (D. 45,1,91,3) que acoge la doctrina de los *veteres*<sup>19</sup> para destacar la responsabilidad del deudor que por hecho propio impide la ejecución de la prestación en caso de imposibilidad sobrevenida. Responde el deudor porque aunque haya imposibilidad material de cumplir la obligación que deja de estar *in rerum natura*, en sede de *condemnatio* al ser ésta pecuniaria puede siempre cumplirse. En este sentido Paul. aporta un elemento importante para fijar el alcance de la obligación de *dare*. Teóricamente en caso de imposibilidad sobrevenida había tres posibles soluciones: *arbitrium litis aestimandae*, fórmula *arbitraria* y *condemnatio* pecuniaria aunque ya no haya posibilidad de cumplir la prestación en forma específica que se transforma en la obligación de pagar la *condemnatio*, y por decirlo con los *veteres*, la obligación se concentra, se perpetúa. Es la misma solución que entiendo clásica de PS 5,7,4 referida a la obligación de dar, de modo que cuando la cosa viene a menos por hecho del promitente (en PS *factum*, en Paul. D. 45,1,91,3 *culpa debitoris*) se puede actuar como si la cosa estuviera en acto, como si subsistiera<sup>20</sup>.

PS 5,7,4. *Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret: ideoque promissor aestimatione eius punitur, maxime si in dolum quoque eius concepta fuerit stipulatio.*

Otros textos confirman de un lado PS 5,7,4; de otro, que el *factum promissoris* viene valorado unas veces en sentido objetivo referido al hecho del incumplimiento, y en otras admite matices subjetivos. El deudor se libera cuando la prestación se cumple en base de un hecho ajeno a su voluntad; en estos casos el deudor está al margen del nexo causal.

D. 45,1,91,3 (Paul. 17 *ad Plaut.*) *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguitur superior mora.*

El deudor se libera cuando cumple la prestación en el momento de su vencimiento, y se exonera cuando la cosa se pierde antes del vencimiento por un hecho ajeno a su voluntad, pero en caso de imposibilidad sobrevenida no se entiende cumplida la prestación, y entra en juego como criterio de imputabilidad el *factum promissoris* (PS 5,7,4) que parece apuntar a criterios objetivos, y la *culpa debitoris* (Paul. frag. 91,3), que analizando las fuentes romanas plantea un triple orden de problemas:

18 Por ejemplo en Pap. D. 50,16,218.

19 Es sabido que el Derecho romano avanzó más por la vía jurisprudencial que por la legislativa (estatalista) propiamente dicha, y asombra la escasez de leyes (vid. con lit. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Zaragoza, 2002, p. 263), y como dijo en su momento d'Ors el Derecho romano más que un sistema de leyes es un sistema de doctrinas, con lo que se plantea desde el punto de vista de su creación el problema de la conexión entre instituciones y problemas, o desde otro punto de vista entre saber sistemático y saber problemático; TORRENT, *Derecho romano ¿Derecho de doctos o Historia de problemas técnico-jurídicos*, BIDR 100 (2002) p. 165 ss.

20 Este y otros textos donde se menciona (o se derivan de) la *constitutio veterum* plantean diversos problemas: límites del *factum promissoris*; cuándo se actúa con la *actio ex stipulatu*; y cuándo no hay *factum promissoris*.



- 1) ¿Debe ser considerado solamente el hecho positivo que provoca el incumplimiento o también el hecho negativo?
- 2) ¿Se considera cumplimiento cuando se cumple la prestación vacía de contenido económico?. El ejemplo que muestran las fuentes es la entrega de un esclavo manumitido, que para los juristas romanos libera al deudor *iure civili* porque ha cumplido con la obligación de dar, aunque el acreedor insatisfecho siempre puede ejercitar la *actio doli* con la particularidad que ésta es subsidiaria (Lab. citado por Ulp. D. 4,3,7,3).
- 3) ¿Responde el deudor culpable del hecho que imposibilita la prestación no sabiendo que estaba obligado?

A mi modo de ver en los textos clásicos se examina el *factum promissoris* de un modo que aparentemente parece tener una consideración objetiva, pero que en realidad estando en unos subyacente y en otros de modo explícito el problema de la *culpa*, entiendo que se refieren a un criterio subjetivo.

El texto de Paul. D. 45,1,91,3 por lo general es estudiado por la doctrina en relación con la mora<sup>21</sup>, sustancialmente explicando la responsabilidad secundaria cuando no siendo posible el cumplimiento de la obligación a su vencimiento, el deudor queda igualmente vinculado al acreedor, lo que significa que si no es posible la *satisfactio* específica del acreedor por perecimiento de la cosa que impide la obligación de *dare rem*, la regla *quotiens* no exonera de responsabilidad al deudor sino que le hace permanecer obligado como si la cosa continuara existiendo (y fuera aún posible dar la prestación en forma específica), en definitiva reflejando una idea que aparece con una fuerza primaria en los textos romanos de todas las épocas: el derecho a la prestación es anterior a la exigencia de responsabilidad, y por supuesto anterior a la idea de resarcimiento por la obligación incumplida sobre el patrimonio del deudor<sup>22</sup>, construyendo los *veteres* por primera vez en Derecho romano la tesis que ante un incumplimiento culpable no se extingue la obligación sino que se mantiene en vida sin producirse ningún cambio por lo que aún perecida puede reclamarse procesalmente la misma prestación, ofreciendo los *veteres* una solución lógica y coherente<sup>23</sup> que entiendo tiene su base en la más eficiente protección del interés de los acreedores; diría más incluso: la *perp. ob.* desde este punto de vista puede entenderse como cuestión de orden público económico, del mismo modo que la protección del interés de los acreedores está a la base de todo el tratamiento de las *usurae*<sup>24</sup>. Los *veteres* aludidos por Plaut.-Paul. subrayan este rigorismo con la expresión rotundamente definidora *perpetuari obligationem (ac si ea res extaret)*, cuyas consecuencias prácticas obligan al deudor a pagar una indemnización al acreedor, como aparece en P.S. 5,7,4.

---

21 Vid. entre otros GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, ZSS, 34 (1913) p. 255 ss.; MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis*, IVRA, 7 (1956) p. 6 ss.; BETTI, *Imputabilità dell' inadempimento dell' obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, p. 9 ss.; BIANCHI, pgs. 12-36; KASER, *Perpetuari obligationem*, SDHI, 46 (1980) pgs. 127-139; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, p. 783 ss.; FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn, 1990, p. 103 ss.; CANNATA, *Perpetuatio obligationis*, SC, 4 (1992) p. 49 ss.

22 Vid. PUGLIESE, *Actio e diritto subbietivo*, Milano, 1939, 295.

23 BIANCHI, p. 4.

24 Vid. con lit. TORRENT, *Usurae supra legitimum modum (Del edicto de Lucullo a los Severos)*, de próxima aparición en Studi Nicosia; también *Crimen annonae y mantenimiento del orden público económico*, comunicación que presenté en el IX Congreso internacional de la Asociación Iberoamericana de Derecho romano celebrado en Las Palmas de Gran Canaria en febrero del 2006, de próxima publicación en las Actas de dicho Congreso.

Antes de seguir avanzando debo destacar la consideración de Luzzatto<sup>25</sup>, sustancialmente cierta, que en el campo de la responsabilidad contractual resulta antihistórico hablar de responsabilidad objetiva y subjetiva, o de criterios de valoración mas avanzados o mas primitivos, o desde otro plano, de atenuación o agravación de la responsabilidad. Sobre la huella del maestro boloñés, MacCormack<sup>26</sup> afirma “it is doubtful whether the distinction between objective and subjective culpa is a profitable one”, tesis que parece compartir Cannata<sup>27</sup> que rehusa tomar parte en la discusión y relativas tentativas de conciliación entre teorías objetivas y subjetivas, entendiendo como “relativos y oscilantes” los conceptos de responsabilidad objetiva y subjetiva que considera lejos de constituir un buen instrumento de clarificación<sup>28</sup>. Tiene razón Betti<sup>29</sup> cuando afirma que la prestación debe permanecer inalterable para la eficiencia de la relación obligatoria, por lo que el comportamiento de las partes asume relevancia respecto a una imposibilidad sobrevenida una vez constituida la relación, porque surgido el vínculo en garantía de la expectativa crediticia el deudor no se libera por el solo hecho de la imposibilidad, y si ésta le es imputable, responde (regla *quotiens*); sin embargo considera arbitrario reconstruirla con el tenor *quotiens per debitorem steterit quo minus daret*, y entendiendo oportuno realizar una *duplex interpretatio* del término *culpa* que si en el lenguaje de los *veteres* indica el *factum debitoris* como comportamiento voluntario imputable que causa la imposibilidad de cumplimiento, por el contrario para los justinianos indica la negligencia, la inobservancia del deber de atención que incumbe al obligado. Este planteamiento teórico de Betti parece acertado, pero a mi modo de ver en la misma regla *quotiens* en cuanto comportamiento imputable que causa la imposibilidad de cumplimiento hay un apunte de los *veteres* a la conducta del obligado que lo hace encuadrar dentro de la responsabilidad subjetiva<sup>30</sup>.

Resulta demasiado simplificador<sup>31</sup> decir simplemente que responsabilidad objetiva es aquella en la que se incurre sin culpa, mientras que en la subjetiva se aquilata el comportamiento del deudor en relación con el hecho del incumplimiento, y acaso sean demasiado artificiosas las construcciones de Marton<sup>32</sup> y Visky<sup>33</sup> que concibiendo el sistema contractual clásico como un sistema de responsabilidad objetiva, parten de un concepto insuficientemente delineado de la responsabilidad contractual al entender que la misma jurisprudencia republicana desarrollando la noción de la *bona fides debitoris* habría llegado a una valoración subjetiva de su responsabilidad a través de una evolución desde una responsabilidad objetiva hacia la subjetiva, evolución que advierten fundamentalmente en el campo de la *lex Aquilia*<sup>34</sup>. Sustancialmente estoy de acuerdo con

25 LUZZATTO, *Spunti critici in tema de responsabilità contrattuale*, BIDR 63 (1960) p. 71.

26 MACCORMACK, *Culpa*, SDHI, 38 (1972) p. 127.

27 CANNATA, *Resp. per colpa*, p. 322, que parte de la base de que mientras en el Derecho moderno la culpa es criterio para la valoración del incumplimiento, los juristas romanos veían el hecho culpable como incumplimiento en sí mismo.

28 CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, IVRA 43 (1992) p. 25 ss.

29 BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 2,1, Padova, 1962, p. 46.

30 Espero ofrecer en un trabajo posterior donde desarrollo con argumentos mas amplios el desarrollo evolutivo de la *culpa* en la Jurisprudencia romana.

31 Tambien ROBAYE, *Responsabilité objective ou subjective en Droit romain*, TR 58 (1990) p. 353: “l’opposition responsabilité objective-responsabilité subjective est donc grossière, nous en conviendrons tous”.

32 MARTON, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique de la responsabilité civile*, Mélanges De Visscher II, = RIDA 3 (1949) p. 177 ss.

33 VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, Mélanges De Visscher, II, p.437 ss; *Bemerkungen zur Entwicklung des kontraktuellen Haftungssystems im antiken römischen Recht (Nachtrag zur Lehre des Prof. G. Marton)*, en “Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae”, 20 (1972) p. 371 ss.

34 Vid. la crítica a esta posición en LUZZATTO, BIDR, 1960, p. 82 ss.

la existencia de una responsabilidad subjetiva en las concepciones de los juristas tardo-republicanos, pero no tanto en el *iter* lógico que desarrollan Marton y Visky. En este campo estoy mas cerca de Luzzatto<sup>35</sup> que entiende que el recurso a una responsabilidad objetiva no debe excluir absolutamente una investigación sobre el comportamiento subjetivo del deudor, lo que de alguna manera ya había intuido De Robertis<sup>36</sup> al advertir en Derecho clásico una responsabilidad subjetiva desde el ángulo de un genérico deber de cooperación (al cumplimiento) por parte del deudor.

Retomando lo que decía antes creo que la responsabilidad siempre es subjetiva, y si se trata de obligación de *dare rem* cualquier comportamiento del deudor que impida el cumplimiento puede resultar culposo; además en este campo la responsabilidad siempre es un problema unitario<sup>37</sup>, aunque en la secuencia histórica romana pueden advertirse dos etapas: una mas antigua en que la *obligatio* de *dare rem* nacida de *stipulationes* y legados *per damnationem* encuentra su sanción a través de los *iudicia stricti iuris*, y otra posterior en que ensanchando el campo a las *obligationes* de *incertum*, y especialmente de *facere*, se encauzan a través de *bonae fidei iudicia*, con una interesantísima discusión entre los juristas romanos acerca de la posibilidad de ejercitar en estos casos la *actio doli* en el conocido fragmento de Ulp. (11 *ad Ed.*) D. 4,3,7,3<sup>38</sup>.

Para explicar la responsabilidad contractual la doctrina parte de una serie de cuestiones de fondo donde se entremezclan el incumplimiento, la responsabilidad, los criterios de imputabilidad, las causas de exoneración, nunca dejados de lado por la Jurisprudencia clásica, pero que como dice De Robertis<sup>39</sup> quedan frecuentemente relegados en el ámbito del *ius strictum* aunque no sin una profunda readaptación en su acepción y contenido, siendo ejemplo de ello la *mora debitoris*, que desde una acepción originaria referida al incumplimiento, pasó a significar el simple retraso en el cumplimiento.

A mi modo de ver D. 45,1,91,3 con su referencia a la *constitutio veterum* representa el primer planteamiento jurisprudencial del problema de la responsabilidad contractual, punto de partida de toda la construcción romana de la materia<sup>40</sup>; en realidad el largo fragmento 91 es todo un tratado sobre la responsabilidad contractual, todo un Schultraktat dice Kaser<sup>41</sup>, que entiende que no es que recogiera temas puntuales de la praxis sino que implica un completo tratado abstracto con resultados didácticos que reflejan cabalmente las raíces casuísticas de la Jurisprudencia romana, texto en su opinión –que comparto- sustancialmente genuino<sup>42</sup>, y que además a mi modo de ver puede ser una expresión de lo que llamamos modernamente orden público económico como era la máxima protección de los acreedores, tema que resplandece en muchos textos, siendo relativamente tardía la construcción teórica jurisprudencial con todas las derivaciones dogmáticas de la regla *quotiens*. A mi modo de ver pueden verse ciertas conco-

35 LUZZATTO, BIDR, 1960, p. 78.

36 En una abundantísima y minuciosa producción monográfica: *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Bari, 1946 p. 164 ss.; *La legittimazione attiva nell'actio furti*, Annali Bari, 1949, p. 1 ss.; *Tutor e actio furti*, Labeo, 1957, p. 259 ss.; *Exactissima diligentia (Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana)*, SDHI, 23 (1957), p. 119 ss.

37 CANNATA, SC, 4, 1992, p. 49. Vid. tambien VOCI, *Diligentia, custodia, culpa*, SDHI 56 (1990) p. 29 ss.

38 Vid. en todo caso SARGENTI, p. 168 ss. con la lit. relativa.

39 DE ROBERTIS, *Resp. contratt.* Bari, 1996, p. 4; para planteamientos mas generales *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, I, Bari, 1980.

40 En este sentido CANNATA, SC, 4, 1992, p. 50.

41 KASER, *Perpetuari obligationem*, SDHI, 46 (1980) p. 90.

42 Por el contrario, MAYER-MALY, p. 7 ss. lo relaciona con el método escolástico de las distinciones, y por tanto, lo entiende muy remanejado en época postclásica.

mitancias entre la *perp. ob.* y la exigencia de *usurae supra statutum* o *ultra sortis* (teóricamente un 12 % anual desde los edictos de Luculo y Cicerón en la primera mitad del s. I a.C.) que podían llegar a doblar el capital debido en cuanto se iban acumulando a las impagadas, o a la práctica de los mismos intereses anatocísticos como medio de reequilibrio de las anomalías derivadas de las oscilaciones monetarias y de la inflación<sup>43</sup> Para mí hay un paralelismo evidente con el incumplimiento de la obligación de dar cuya imposibilidad sobrevenida no exonera al deudor, porque tanto en los préstamos de financiación a largo plazo en que hay que restituir capital e intereses como en el *dare rem*, el acreedor es un *homo oeconomicus* que trae beneficio sistemáticamente tanto del empleo del dinero como de la cosa debida; respecto a esta última es suficiente tener en cuenta la devaluación monetaria de finales de la República o la gran crisis económica en época de Tiberio con el consiguiente perjuicio para el acreedor que no recibe la cosa debida por *culpa debitoris*. Es éste un caso en el que indudablemente es de aplicación la teoría económica a las instituciones jurídicas, o desde otro punto de vista, que en el tema que nos preocupa cabe un análisis económico del Derecho y desde este punto de vista examinar la *constitutio veterum*; acaso este criterio de encuadrarla en la defensa del orden público económico de la época sirva para superar la discusión doctrinal sobre si la *perp. ob.* fuera una ficción dogmática o procesal, porque así como la exigencia de intereses exorbitantes era una práctica consentida en beneficio de los acreedores y se entendía propia del modelo económico de la época, lo mismo puede predicarse de la *perp. ob.* en las obligaciones de *dare rem*.

La *constitutio veterum* reclamada en el comentario paulino a Plautio<sup>44</sup> está en relación con la imposibilidad sobrevenida de la prestación<sup>45</sup>, teniendo en cuenta el incumplimiento por parte del deudor de su obligación de *dare servum*, situación que en abstracto tiene la apariencia de un caso de imposibilidad objetiva de cumplimiento: la *certa res* (el esclavo) parece antes de haber sido entregado, perecimiento que si se hubiera producido antes de la entrega *sine culpa promissoris*, extinguiría la obligación<sup>46</sup>, pero cuando el perecimiento fuera debido a un hecho imputable al deudor, los *veteres*<sup>47</sup> para remarcar su conducta reproachable que frustra la finalidad de la obligación (*dare rem*), acuñaron la regla *quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem*, que con este enunciado sólo aparece autónomamente en D. 45,1,91,3<sup>48</sup>, regla ciertamente muy conocida y aplicada<sup>49</sup> por los clásicos como se comprueba en Afric. D. 30,108,11; Pomp. D. 12,1,5; D. 30,26,1; D. 45,1,23; D. 46,3,92 pr.; Paul. D. 22,1,24,2; D. 23,2,56

43 Vid. C. VITTORIA, *Le usurae usurarum convenzionali e l'ordine pubblico economico a Roma*, Labeo 49 (2003) p. 302.

44 Como es sabido no conocemos directamente los escritos de Plautio, jurista del s. I d.C., aunque indirectamente conocemos su pensamiento por las citas de Javoleno, autor de cinco libros de *Notae ad Plautium*, Nerazio, Pomp. y los 18 *libri ad Plautium* de Paul.; vid. TORRENT, *Dicc.* 909.

45 Vid. a propósito MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsummöglichkeit im römischen Recht*, ZSS 86 (1969) p. 75 ss.

46 Pomp. D. 46,3,107: *Verborum obligatio... naturaliter resolvitur... cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desit.*

47 Ciertamente que el término *veteres* no es siempre unívoco en las fuentes; vid. HORAK, *Wer waren die veteres?*, "Vestigia iuris romani" Fs. Wesener, Graz, 1992, p. 201 ss; por nuestra parte entendemos por tales los juristas republicanos desde la *lex Aquilia* a Labeón; en esta idea coincide CANNATA, *IVRA*, 44, p. 5 nt. 203 que los circunscribe desde la época de los *fundatores* a Labeón.

48 KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*; Studi Biondi, 1, Milano (1965) 123, indica que el *deverbativum perpetuatio obligationis* no aparece en las fuentes, sino *perpetuari obligationem* (Paul. D. 45,1,91,3; D. 46,1,58,1); *perpetuam facere stipulationem* (Paul. D. 22,1,24,2); *perpetuam efficere obligationem* (Paul. D. 45,1,91,4). MAYER-MALY, 7 nt. 7, indica que la idea de *perpetuatio* en los juristas romanos no sólo aparece a propósito de las *obligationes*, sino también referida a las *actiones* (Paul. D. 27,7,8,1; C. 1,20,2) y a las *poenae* (Ulp. D. 48,19,8,7).

49 Aplicabilidad que Cannata, Fs. Mayer-Maly, p. 92 entiende operativa como ficción entre los clásicos.

pr.; D. 46,1,58,1; Ven. D. 46,2,31 pr. Surge así la regla de la *perp. ob.* que con esta concreción es obra de la romanística<sup>50</sup>, pero sin duda la expresión *perpetuari* o *perpetuare obligationem* fue creada en el lenguaje de los *veteres* y a ella se anclaron las posteriores reflexiones jurisprudenciales clásicas con algunas variantes, como se advierte en Paul.-Pomp. D. 45,1,91,4 (*primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant*); Paul.-Pomp. D. 45,1,91,5 (*producere obligationem*); Paul. D. 46,1,58,1 (*darit obligatio*); Paul. D. 45,1,49 pr. (*quatenus manent filius ex stipulatu obligatur*); Paul. D. 22,1,24,2 (*perpetuam facit stipulationem*), referencias que Cannata<sup>51</sup> sin embargo entiende –en mi opinión errónea y contradictoriamente– “chiaramente senza riferimento al tenore della *constitutio dei veteres*”.

En materia de responsabilidad contractual a priori el problema parece bastante simple; si no se ejecuta la prestación solo pueden ocurrir dos cosas: que el deudor quede exonerado del cumplimiento en los casos de *vis maior* o *casus*, o que no se libere cuando el incumplimiento le es imputable que es lo que ocurre normalmente expresado por los juristas romanos con frases del tenor *si per debitorem steterit quo minus daret* para las obligaciones de *dare rem*, y *quo minus facere potest* para las obligaciones de hacer y las referidas a un *incertum*, que es lo que señalan específicamente Plaut.-Paul. con la regla *quotiens* referida a la doctrina de los *veteres*.

Planteadas así las cosas en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación, y nos fijemos específicamente en la subsistencia de la obligación a pesar del perecimiento de la cosa debida, en abstracto sólo hay dos soluciones posibles que pueden sintetizarse del siguiente modo:

- 1) La obligación originaria se extingue y surge una nueva de resarcimiento; situación que más se parece a una novación no por voluntad de las partes sino en virtud de una previsión jurisprudencial en Roma (y legislativa en los Códigos civiles) que sanciona la conducta negligente del deudor que consigue con su comportamiento poco diligente (*culpa*) impedir el cumplimiento de la prestación debida. Procesalmente no podrá reclamarse la prestación inicialmente prevista que ha perecido, sino solamente el resarcimiento del daño siempre que este daño sea debido al comportamiento negligente del deudor.
- 2) Aunque la cosa haya perecido la obligación sigue subsistente como si la cosa existiera perpetuándose la obligación de modo inalterable, quedando el deudor vinculado para el futuro por lo que en un proceso posterior se le puede requerir la misma prestación *in stipulatione deducta*, como señala el mismo Paul. en D. 45,1,91,6: *effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit*; se puede reclamar el mismo esclavo aunque éste hubiera perecido, precisamente porque su perecimiento se debió a *culpa debitoris*<sup>52</sup>.

Todavía Bianchi<sup>53</sup> añade una tercera posibilidad: que el deudor no se libere y siga viva la obligación modificándose su contenido, de manera que pueda reclamarse al deu-

50 KASER, Studi Biondi, I, p. 123; FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn/München/Wien, 1990, p. 103.

51 CANNATA, Fs. Mayer-Maly, p. 85 nt.5.

52 Con razón dice SARGENTI, p. 165, que el fenómeno de la *perp. ob.* presenta una neta contraposición con la concepción moderna de la responsabilidad: en vez de considerar extinguido el vínculo originario para sustituirlo con un vínculo secundario que tiene por objeto el resarcimiento, las fuentes dicen que frente a la imposibilidad absoluta de la prestación determinada por el *factum promissoris*, es la obligación originaria la que se perpetúa, y el objeto de la prestación originaria lo que puede y debe ser reclamado en el proceso.

53 BIANCHI, p. 2.



dor el objeto debido originariamente, o el resarcimiento, o ambos. No creo que los juristas romanos pensarán nunca en esta alternatividad (incluso podría construirse como expediente facultativo) para exigir el cumplimiento de la obligación; creo demasiado forzada esta solución, y no parece que las fuentes romanas den pie a estas soluciones.

El texto fundamental en la materia, D. 45,1,91,3 se inclina por la solución 2). Ciertamente la regla expresada en el texto plautio-paulino plantea toda una serie de interrogantes que van desde la interrelación entre imposibilidad sobrevenida y la mora<sup>54</sup> que dejaremos de lado en este estudio, hasta la consideración si en todo caso es imputable al deudor la imposibilidad del cumplimiento, o su responsabilidad solo se deriva de un hecho que le sea imputable (*factum debitoris*); en definitiva averiguar qué concepto y qué alcance tiene la idea de *culpa* entre los *veteres* que provoca la imposibilidad sobrevenida; obviamente no puede tratarse la imposibilidad inicial porque ésta hace inexistente la *obligatio*<sup>55</sup> ni cuando la cosa perece antes del vencimiento de la obligación *sine culpa promissoris* que plantearía problemas de reparto del riesgo entre las partes; también es discutible el mismo ámbito de la regla que al prescribir *perpetuari obligationem* implica exigir un cumplimiento que no puede realizarse en forma específica al haber perecido la cosa *in obligatione*. Otro problema no menos importante es dilucidar si la regla sea una construcción dogmática basada sobre una abstracción que conduce a la ficción de la *perp. ob.* (ficción dogmática), o si se admite la existencia de la ficción (y me parece dudoso afirmar que en los *veteres* su construcción pueda construirse como una ficción) determinar si ésta es meramente procesal dirigida a facilitar la sentencia (presumiblemente) condenatoria del *iudex*.

El primer punto interrogativo que presenta la *perp. ob.* es su misma naturaleza, porque si tenemos en cuenta la *natura rerum*<sup>56</sup> no puede sostenerse que subsiste la misma prestación debida en cuanto la cosa ha perecido. Siguiendo las reglas de la lógica tiene razón Cannata<sup>57</sup> al observar que la relación perpetuada es nula *ex parte debitoris*; el deudor (en pura lógica) no debe materialmente nada porque no puede dar nada en cuanto la prestación se ha hecho imposible; antes del cumplimiento el acreedor tampoco tiene nada sino su derecho a exigir la prestación, y esto es lo único que subsiste; sólo que habiendo perecido la cosa debida y devenida imposible la exigencia de la prestación se transmuta en pedir el *quanti ea res est*. Por eso la *perp. ob.* no puede significar que el deudor siga obligado a *dare rem*, sino que se encuentra en una situación diversa, una situación de responsabilidad superando la regla *impossibilium nulla obligatio est*, y desde este punto de vista representa la *perp. ob.* una excepción a aquélla<sup>58</sup>; evidentemente *perpetuari* es radicalmente opuesto a *extingui*<sup>59</sup>.

Que los *veteres* hubieran dado una solución tan rigurosa cuando la cosa debida hubiera perecido por culpa del deudor<sup>60</sup>, y que esta *constitutio veterum* referida a la

54 Sobre lo cual VOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970, p. 35 ss.

55 Como se desprende de Pomp. D. 46,3,107: *Verborum obligatio... naturaliter resolvitur... cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit*, que *sensu contrario* implica responsabilidad para el deudor que por su *culpa* hace imposible cumplir la prestación.

56 Vid. MAYER-MALY, *Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache zwischen Sein und Sollen*, Studi Volterra, 2, Milano (1971) p. 113 ss.; mas específicamente CUENA, *La idea de rerum natura como criterio básico de la imposibilidad física de la prestación*, RIDA, XL (1993) p. 227 ss.

57 CANNATA, SC 4, p. 55.

58 MAYER-MALY, IVRA, 7, p. 6.

59 PERNICE, *LABEO*, 2.II-1, 2ª ed, Halle, 1900 (reed. inalt. Aalen, 1963) p. 109.

60 El Código civil español, art. 1183 es tributario de la idea romana de *perp. ob.* al señalar: "Siempre que la cosa se hubiere perdido en poder del deudor se presume que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1096". Este precepto -aún



*perp. ob.* represente la primera solución dada por la Jurisprudencia republicana a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones<sup>61</sup> siempre que el incumplimiento fuera imputable al deudor<sup>62</sup>, no deja de ser enormemente sintomático, de un lado porque pone de manifiesto la agudeza y sentido crítico de los *veteres* al poner en un primer plano el comportamiento culposo del deudor que frustra la finalidad de la obligación; de otro por la misma construcción de la *perp. ob.* que supone un salto cualitativo gigantesco en el campo del Derecho de obligaciones, o si se prefiere, del Derecho de daños (enlazando con la explicación económica del Derecho), admitiendo la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento por *culpa debitoris*, que frente a tal imposibilidad provoca que la obligación no se extinga como señalan PS 5,7,4 *ac si ea res extaret*, y Ulp. D. 45,1,82,1 *perinde ac si homo viveret*.

Es claro que esta *perp. ob.* no se produce siempre sino *quotiens culpa intervenit debitoris* (más la situación de mora), es decir, cuando la imposibilidad procediese de un *factum debitoris* cualificado como *culpa* que es lo que hace que a efectos de la *condemnatio* se considere la cosa existente perpetuando la obligación; en el fondo, como ya he dicho antes, cuando se trata de obligación de *dare rem* cualquier actuación del deudor puede resultar culposa si impide el cumplimiento. De hecho, D. 45,1,91,3 atribuye toda la responsabilidad del incumplimiento al deudor y es esta conducta culposa lo que justifica la *perp. ob.*, culpa que los *veteres* entendieron como comportamiento positivo, como acto material que hacía imposible el cumplimiento<sup>63</sup> que no extinguía la obligación primaria que se podía reclamar judicialmente; Paul. D. 45,1,91,6: *effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit*.

Con ello llegamos a otro tema que suscita este texto: ¿la *perp. ob.* se trata de una ficción dogmática o procesal? La opinión más antigua que arranca de los últimos pandectistas<sup>64</sup> y defendida con gran acopio de argumentos por Genzmer<sup>65</sup>, se pronuncia por

---

sin citarla expresamente- consagra en el Derecho civil español la *perp. ob.*, al excluir el efecto extintivo de la obligación por perecimiento de la cosa que recoge el art. 1182 neutralizado en el 1183 por la presunción de culpa. BADOSA, *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pgs. 257-258, lo explica certemente: “a la vista de la presunción del art. 1183 se puede afirmar que la *perp. ob.* es la regla general y el efecto extintivo es una excepción ya que basta la pérdida de la cosa en poder del deudor para que inmediatamente la obligación se perpetúe, imponiendo al deudor la carga de la prueba del caso fortuito. Además la *perp. ob.* supone el punto de mayor contradicción del Derecho consigo mismo, ya que debe subsistir una obligación que el propio ordenamiento declara que carece de los requisitos de posibilidad material o licitud; este obstáculo es absoluto, y por tanto no puede ser superado frontalmente, sino indirectamente mediante la creación de una nueva prestación equivalente a la imposibilidad”.

61 En este sentido también CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, p. 507. Para BIANCHI, p. 6 ss. la *perp. ob.* es la “única e generale soluzione romana al problema dell'inadempimento”.

62 Es la misma solución que da el Código civil español cuando desde el punto de vista opuesto señala en el art. 1182: “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”. *Sensu contrario* si la cosa determinada (*res certa*) se pierde por culpa del deudor, no se extingue la obligación, sino que se produce el efecto antagonista: la *perp. ob.* Por tanto en el supuesto de este artículo la aparente prioridad que se da al efecto extintivo de la obligación sólo se produce si queda excluida la formulación negativa de las circunstancias que acompañan el perecimiento de la cosa: “sin culpa del deudor” y “antes de haberse éste constituido en mora”. La culpa por una parte, y la mora por otro, son las circunstancias que conducen a la *perp. ob.* Como señala BADOSA, p. 256, la conducta afectada por la imposibilidad ha de ser la designada en la prestación, conducta que tiene la cualidad efectiva de jurídicamente debida, que si comporta la imposibilidad de cumplimiento específico que es a lo que se refiere el art. 1182, no exonera de responsabilidad al deudor.

63 SARGENTI, p. 166.

64 Vid. por todos KNIEP, *Die mora des Schuldners*, 2, Rostock, 1872, p. 22; HARTMANN, *Die Obligation*, Erlangen, 1875, p. 222; PERNICE, *Labeo*, 2,II-1, p. 108.

65 GENZMER, p. 92 ss.

una consideración procesalista de la regla. En los últimos tiempos también Cardilli<sup>66</sup> cree que obedece a una ficción procesal en cuanto solo subsiste la (misma) obligación a efectos de la condena. Por el contrario Jakobs<sup>67</sup> considera que la obligación subsiste sin ficción (ohne alle Umschweife), con argumentos difícilmente admisibles criticados por Kaser<sup>68</sup> que sin embargo también piensa en una ficción procesal para fundamentar la sentencia judicial. Tanto Jakobs como Flume desde el ángulo de la ficción procesal ven PS 5,7,4 y Ulp. D. 45,1,82,1<sup>69</sup> advirtiendo en ambos textos que no se finge que la cosa subsista sino entienden que aunque hubiera muerto el esclavo el deudor es igualmente tenido como si siguiera vivo; en caso de conducta negligente y mora se puede ejercitar la acción contra el deudor incumplidor porque la cosa ha perecido por *culpa* o durante la *mora debitoris*, y en estos casos la acción puede ejercitarse aplicando analógicamente las reglas que se aplicarían si la acción se hubiera ejercitado cuando la prestación era todavía posible; en definitiva una ficción formularia de la que las fuentes ofrecen muchos ejemplos<sup>70</sup>.

Un nuevo matiz aporta Bianchi<sup>71</sup> que si por un lado considera la *perp. ob.* aplicable a todo tipo de obligaciones contractuales, incluidas las que tienen por objeto un *incertum*, por otro entiende que hay en ella una ficción: la subsistencia de la cosa; se finge que no ha habido ningún cambio y por ello el deudor queda siempre obligado a la prestación debida aunque de hecho ésta fuera imposible, pero no ve los orígenes de la regla en el proceso sino en el Derecho sustantivo. Sobre todo esta última idea me parece acertada, pero yo diría más que en el Derecho sustantivo, en la especulación teórica de los *veteres* en busca de una más eficaz protección del crédito. Por su parte von Lübtow<sup>72</sup> ve esta ficción como una  *fictio*  exclusivamente de la fórmula<sup>73</sup>.

Desde un ángulo procesal da la impresión que la reclamación del *servus* perecido por un comportamiento imputable al deudor cuya subsistencia se mantiene en virtud de la regla *quotiens*, se dirige a impedir que aquel comportamiento del deudor incumplidor incida sobre el derecho del acreedor que debe quedar a salvo en sus estrictos términos pactados; para lograr este fin la *perp. ob.* mantiene inalterada la obligación que en la realidad ha devenido imposible después del incumplimiento imputable al deudor, en el fondo destacando algo en que insisten todos los juristas con gran énfasis, y no solo para las situaciones que protege la *perp. ob.*, como es la salvaguardia del derecho a la prestación<sup>74</sup>, o desde el punto de vista económico mantener el adecuado equilibrio en el patrimonio del acreedor. Desde esta exasperación de la protección del crédito concretado en el derecho a la prestación que plantea la regla *quotiens*, deriva Sargenti<sup>75</sup> que la pretendida incoercibilidad de la prestación en la obligación y la necesaria sustitución de una obligación secundaria de resarcimiento por la prestación incumplida, no responde

66 CARDILLI, p. 185.

67 JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, 1969, p. 181.

68 KASER, SDHI, 46, p. 131.

69 Ulp. (78 ad Ed.) D. 45,1,82,1. *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret.*

70 *Si civis Romanus esset, si heres esset, si anno possedisset*, que están a la base de todas las *actiones ficticiae* pretorias basadas sobre la ficción de la existencia de un requisito civilístico (Gayo 4,32-38).

71 BIANCHI, p. 5; 33 ss.

72 VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der condictio nach römischen und geltenden Recht*, Belin, 1952, p. 81.

73 Tesis con razón criticada por KASER, *Das römische Privatrecht*, I, 2ª ed. München, 1971, p. 514 nt. 2.

74 Vid. PUGLIESE, p. 295.

75 SARGENTI, p. 165.

a los conceptos de los juristas romanos; desde luego la *condemnatio* pecuniaria es una exigencia del procedimiento formulario, pero constituye un fenómeno de mero orden procesal que no se refleja sobre la naturaleza de la pretensión sustantiva tal como viene consagrada en la *intentio* de la fórmula cuyo *oportere* tiene como objeto la misma cosa *in stipulatione deducta*. Por esta vía argumentativa va más lejos Cannata<sup>76</sup> al destacar que los *veteres* con la *perp. ob.* no pensaron en construir la responsabilidad como sustitución de la obligación primaria de *dare rem* (cumplimiento en forma específica) por la obligación a la prestación secundaria (indemnización del daño causado por el incumplimiento); según Cannata los *veteres* nunca pensaron en la obligación secundaria de resarcimiento que reparaba la falta de entrega de la cosa. No comparto esta tesis porque desde mediados del s. III a.C. cuando se introdujo la *iurisdictio* del *praetor peregrinus* y fue extendiéndose el proceso formulario en que la condena siempre era a dinero, los *veteres* debían tener muy presente el valor de la regla que desde este punto de vista es una formulación muy precisa y sancionatoria contra el deudor negligente o moroso cuya conducta en ningún modo podía dejar desatendido el interés de los acreedores; el orden público económico exigía para una vida económica adecuada la máxima protección del interés de los acreedores a lo que obedece la regla *quotiens*; a su vez puede plantearse si esta condena a dinero no fuera otra cosa que expresión del orden público económico que pretendía a todo trance no frustrar el interés del acreedor; tuvo que pasar mucho tiempo y llegar a época postclásica para que en el ámbito de la *stipulatio* emergiera como criterio subsidiario de interpretación la formulación desde un ángulo contrario del *favor debitoris*<sup>77</sup>, que hay que encuadrar en la hermenéutica romana dentro de la regla *in ambiguitas contra stipulatorem*<sup>78</sup>, porque el principio fundamental de orden público económico hasta ese momento fue siempre la protección del interés de los acreedores tratando de mantener la seguridad de los intercambios económicos y salvaguardar a los acreedores del fenómeno de la inflación y de las oscilaciones del valor de la moneda.

Los que defienden la ficción en su vertiente procesal consideran que la acción se dirige a reclamar una prestación imposible estribando la ficción en dar por existente dicha prestación. Y evidentemente la cadena de textos plautio-paulinos recuerdan la eficacia de la *constitutio veterum*<sup>79</sup> que permite instaurar esta relación procesal dando por existente la relación sustantiva devenida imposible, apuntando certeramente Bianchi<sup>80</sup> al núcleo del problema cuando se pregunta si esta *factio* procesal consiente también la modificación de la relación sustantiva; en definitiva si aquella obligación perpetuada admite nuevas relaciones sobre la misma como la *acceptilatio*, *novatio*, o desde el punto de vista de la posibilidad de su ejecución si caben ejercitar las mismas garantías (*fideiussiones*) que aseguraban el cumplimiento de aquella obligación cuya prestación se había hecho imposible por un *factum debitoris*. También estos problemas fueron tenidos en cuenta en el largo “Schultraktat” (en terminología de Kaser) del comentario paulino a Plautio.

D. 45,1,91,6. *Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit: sed et acceptum ei posse ferri creditor et fideiussorem accipi eius obligationis nomine. Novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus. Ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Iuliano placet.*

76 CANNATA, Fs. Mayer-Maly, p. 93

77 TORRENT, *Dicc.* s.h.v. p. 358.

78 Vid. E. SÁNCHEZ COLLADO, *In ambiguitas contra stipulatorem. El favor debitoris en los negocios jurídicos*, en “La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno”, Burgos, 2001, p. 761 ss.

79 En contra CANNATA, Fs. Mayer-Maly, p. 91.

80 BIANCHI, p. 53.

Tampoco Cannata<sup>81</sup> cree que este texto sea aplicación de la regla de los *veteres*, a pesar de que a la vez y contradictoriamente admite que los juristas clásicos trataron la *constitutio veterum* como una regla, aunque en su opinión sólo se preocuparon de aclarar su función práctica de manera que mientras los juristas hablaban entre ellos podían suponer que *expeditum intellectum habet constitutio* (D. eod. 91,3), pero sus libros tenían también otros destinatarios, particulares y sobre todo abogados, gentes que según Cannata podían entender que la imposibilidad es imputable al deudor, pero a los que *perpetuatur obligatio* habría representando si no un oscuro enigma, ciertamente algo no perspicuamente definido, de forma que a éstos habría que haberles dicho *effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo petit possit*<sup>82</sup>. Esta falta de “perspicacia en la definición” de la regla es lo que yo entiendo cabe explicarse por principios de orden público económico sobreentendido –que no formulado explícitamente– por *veteres* y juristas posteriores. De todos modos y por ceñirnos a estrictos argumentos jurídicos entiendo que las explicaciones de Cannata no casan con el desarrollo que de la regla hacen Plaut.-Paul. en el frag.91,6 que dando por descontada la *perp. ob.* entienden que cabe *acceptilatio* de la obligación perpetuada devenida imposible, cabe asimismo intervención de fiadores (*fideiussor*), y hasta la novación según la opinión de Juliano (aunque según Paul. *haec obligatio dubitationis est*). Que estos problemas se los plantearan los *veteres* no se puede asegurar, pero desde luego sí fueron considerados por los juristas del s. II d.C. El propio Cannata<sup>83</sup> admite que son problemas con incidencia práctica y difíciles dogmáticamente, admitiendo que existe un interés público a que la obligación perpetuada pueda ser objeto de operaciones que la modifiquen o extingan, y que se puede transigir sobre una situación de responsabilidad, cabe su remisión por el acreedor, y puede ser avalada. Pero con estas explicaciones Cannata parece disociar totalmente la obligación perpetuada por su incumplimiento imputable y la responsabilidad por el incumplimiento que funcionalmente entiendo que van unidas en el pensamiento de los *veteres*.

A mi modo de ver hay que descartar la explicación de la regla *quotiens* en clave procesal. La *intentio* se dirige a *dare eadem rem*, se reclama la prestación debida, en atención a ella se valora en *tantam pecuniam*, y aunque la *condemnatio* sea pecuniaria esto no es más que una exigencia del procedimiento formulario que entiendo con Sargenti es un fenómeno de puro orden procesal que no se refleja sobre la naturaleza de la pretensión principal. Que después de la *litis contestatio* la pretensión originaria se traduzca en una *condemnatio* pecuniaria se debe a los efectos novatorios de la *litis contestatio*, pero esto que solo tiene relieve procesal no altera la convicción de los *veteres* acerca de la *perp. ob.*

Contra la teoría de la ficción procesal se pronuncia decididamente Cannata<sup>84</sup>, que entiende que para los *veteres* la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor fija para siempre la obligación en el estado en que se encuentra: la *perp. ob.* significa que ésta subsiste hasta el ejercicio de la acción por parte del acreedor, precisamente hasta que la *litis contestatio* transforme el *dare oportere* en *condemnari oportere*. Si he entendido bien a Cannata, creo que piensa en una ficción doctrinal, y de hecho

81 CANNATA, Fs. Mayer-Maly, p. 91.

82 Se apoya CANNATA, Fs. Mayer-Maly, p. 92 en Pomp. (9 *ad Sab.*) D. 45,1,23: *Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut intepellatus non dedisti aut occidiste eum*, que entiendo como una simplificación de la regla que tiende a convertir la *constitutio veterum* en una regla operativa alejándose de su auténtico carácter de definición dogmática, operatividad que entiendo una ficción entre los clásicos como deduce de PS 5,7,4 y Ulp. (78 *ad Ed.*) D. 45,1,82,1, tesis que no comparto.

83 CANNATA, Fs. Mayer-Maly, p. 97.

84 CANNATA. SC, 4 p. 53-55.

atribuye a los *veteres* una proposición dogmática<sup>85</sup>; a su juicio la obligación solo puede subsistir mediante una operación dogmática de abstracción<sup>86</sup> que aísla la obligación de los hechos (impeditivos) congelándola a disposición del acreedor, es decir, de su acción; en definitiva para Cannata la regla es una abstracción (prefiere hablar de “proposicione”) dogmática y no una ficción. Admite de todos modos que los dos textos tenidos como ficción (PS 5,7,4; Ulp. D. 45,1,82,1) no responden a ideas originales de los *veteres*, sino que (su estructura de ficción) se debe a prácticos (probablemente desarrollando funciones juzgadoras) de la última época clásica para suministrar a los jueces reglas simples que les fueran fácilmente comprensibles<sup>87</sup>. Según Cannata<sup>88</sup> la *constitutio veterum* consistía en una pura proposición dogmática con la que determinaban cuales fuesen las consecuencias que jurídicamente se producen sobre la relación obligatoria por efecto de aquel determinado *factum debitoris*, con lo que la *perp. ob.* es una consecuencia del *factum debitoris*, de forma que la regla quiere expresar que es el mismo deudor el que matando al esclavo perpetúa su obligación de darlo, argumentación que pretende encontrar en Paulo<sup>89</sup>, hecho impeditivo sobre el que los *veteres* construyeron su proposición dogmática.

En mi opinión Cannata<sup>90</sup> plantea correctamente el problema que los *veteres* pretendían solucionar: conseguir la condena del deudor que hubiese eliminado el esclavo prometido por un *factum proprium* culpable, aunque para ello tenían que enfrentarse con un hecho y dos principios jurídicos en principio incompatibles; el hecho era la imposibilidad de la prestación (muerte del esclavo debido); los dos principios eran que la imposibilidad sobrevenida de la prestación libera al deudor, y que el deudor no puede liberarse de su obligación con un hecho exclusivamente imputable al mismo con el que se excluye la posibilidad de cumplir, pero permanece obligado, no extingue la obligación, que es lo que significa la *perp. ob.* que en la visión de Cannata de los *veteres* sigue siendo la obligación originaria<sup>91</sup>. Cannata se da cuenta de este absurdo, porque el esclavo está muerto, sería una obligación sin objeto que como tal no tiene relieve sino en el ejercicio de la acción por el acreedor, y como la obligación continúa subsistiendo, el acreedor ejercitando la acción puede obtener la condena del deudor incumplidor que precisamente por su culpa no pudo cumplir la prestación prometida; concluye Cannata que la *constitutio veterum* establece que el deudor que ha causado por su culpa la propia imposibilidad de cumplir es llamado a responder del hecho de no poder cumplir; no es tenido a la ejecución de una prestación secundaria en lugar de la primaria; simplemente permanece vinculado a la acción del acreedor. En su última formulación Cannata entiende que los *veteres* con la idea de la *perp.* han definido precisamente la situación que en nuestros días llamamos responsabilidad, y en modo mucho más límpido que no recurriendo a la idea de responsabilidad secundaria; para Cannata la relación de responsabilidad es la relación obligatoria originaria, solo que no contiene el débito sino la sujeción a la acción; la pres-

85 CANNATA, SDHI, 44, 10; en Fs. Mayer-Maly p. 92 atribuye este carácter dogmático a los *veteres*, no habiendo dudado nunca que la *perp. ob.* constituía una regla *ab origine*.

86 Para CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, SDHI, 57 (1991) p. 361 ss., la obligación perpetuada por tanto es una pura construcción dogmática a la que se llega por abstracción aislando la relación jurídica de los hechos materiales que constituirían el presupuesto de su existencia.

87 CANNATA, *Resp. per colpa*, p. 93 ss.; SC, 4, 54; IVRA 44, p. 10 nt. 218.

88 CANNATA, Fs. Mayer-Maly, p. 94.

89 Paul. D. 45,1,91,4. ... *primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem... principalis debitor perpetuar obligationem: acciones an perpetuent, dubium est: Pomponio perpetuare placet...* texto muy significativo para Cannata que lo explica en el sentido que con este texto Paul. trata de determinar qué personas son aquellas a las que puede aplicarse la regla enunciada genéricamente en el frag. 91,3.

90 CANNATA, Fs. Mayer-Maly, p. 95.

91 CANNATA, Fs. Mayer-Maly, p. 96.



tación secundaria es una especie de fantasma: el deber de pagar el resarcimiento del daño nace de la sentencia y no pertenece a la historia de la obligación contractual; “esso rappresenta un esito della vicenda obbligatoria successivo all’estinzione dell’obbligazione, che in questo caso è intervenuta con l’esercizio dell’azione, cioè la conclusione della *litis contestatio*, perchè altrimenti non sarebbe potuta avvenire”.

A mi modo de ver Cannata ha querido forzar demasiado el andamiaje histórico y el nivel de saberes jurídicos (teóricos y prácticos) en el que nació la regla, aparte de que desde el punto de vista del tratamiento dogmático que da al tema, aunque pretenda disociarlos, uno dos conceptos que estructuralmente son distintos: incumplimiento y responsabilidad que envuelve en las nociones de prestación primaria (“Primäranspruch como pretensión del acreedor mientras la prestación es posible) y prestación secundaria (“Schadensersatzanspruch” como pretensión del acreedor cuando la obligación se ha perpetuado por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento), que de alguna manera coinciden con las nociones germánicas de Schuld y Haftung, distinción propia de la doctrina germanística del s. XIX que en su momento pareció una idea luminosa que los autores alemanes pretendieron aplicar para explicar la estructura y el origen de la *obligatio*, pero en mi opinión difícilmente aplicable a las fuentes romanas. Como dije al principio no basta el hecho del incumplimiento para generar la responsabilidad, sino que se hace necesario unir al deber de la prestación una suerte de segunda causa de la obligación de resarcimiento; esta segunda causa es la culpa y a estos efectos me parece indiferente que se utilice culpa como criterio de imputabilidad que como negligencia en el cumplimiento<sup>92</sup>. Aquellos dos momentos en el fondo coinciden en la explicación de los que mas o menos abiertamente distinguen entre débito y responsabilidad, base de la doctrina moderna sobre las consecuencias del incumplimiento; como bien dice Sargenti<sup>93</sup> son estructuralmente análogos tanto el derecho a la prestación como el derecho a pretender el resarcimiento, pero éste es siempre un elemento secundario de la relación obligatoria, y tiene una función coactiva de presión indirecta sobre la voluntad del acreedor. La relación de responsabilidad que se configura junto a la relación de débito opera en sustitución de éste, pero es necesariamente distinta de la que constituye el objeto de la prestación, y la realización de la responsabilidad tiene como resultado siempre la satisfacción del acreedor en forma subrogada, como ha puesto Betti<sup>94</sup> suficientemente de manifiesto. Otro aspecto que deja en el aire Cannata es el elemento de garantía o de posibilidad de ejecución sobre el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento de la obligación, momento, que también hay que decirlo, ciertamente no viene destacado de modo autónomo en las fuentes romanas (aunque empieza a difundirse a partir de la *lex Poetelia Papiria de nexis* del 326 a.C.) que antes que apuntar a la garantía que supone este patrimonio para el cumplimiento, destacan ante todo el derecho a la prestación<sup>95</sup>.

También Zimmermann<sup>96</sup> entiende que no hay ficción, y esto puede ser cierto en el caso de imposibilidad jurídica como podría ser que el esclavo hubiese sido manumitido por el deudor antes de la entrega. En este caso el esclavo debido cuya entrega se requería seguía existiendo al tiempo de la *litis contestatio*, pero su *manumissio* o su venta a un tercero imponen una imposibilidad objetiva para la entrega. Según Zimmermann la fórmula *si paret Pamphilum servum dare oportere* no es falsa en su planteamiento, porque de hecho el esclavo podía ser entregado (aunque no por el deudor que lo había prometido sino por el *dominus* que lo hubiera adquirido del deudor), y

92 TORRENT, Est. U. Alvarez, p. 495.

93 SARGENTI, p. 163.

94 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 2, Milano, 1953, p. 28 ss.

95 Vid. PUGLIESE, p. 284 ss.

96 ZIMMERMANN, p. 785.



por ello si el esclavo estaba vivo al tiempo de la *litis contestatio* no presentaba dificultad la cláusula *quanti ea res est, tantam pecuniam*, de manera que la imposibilidad subjetiva inicial no interfería en la subsistencia de la obligación. Tampoco puedo estar de acuerdo con Zimmermann, porque la regla no apunta solamente a la imposibilidad jurídica<sup>97</sup>, sino de cualquier modo que se hubiera producido la imposibilidad; según la regla *quotiens perp. ob.* era debida a la actuación (negligente) del deudor frustrando la finalidad de la obligación: *si per debitorem steterit quo minus daret, perpetuatur obligationem*, que comprende tanto el caso de la mora como el de la culpa o *factum debitoris* propiamente dicho (Pomp. D. 12,1,5; D. 45,1,23; Afric. D. 17,1,37).

Ciertamente que la frase *per debitorem steterit* se refiere tanto a la mora como a la culpa, y para este segundo caso está claro que si la cosa perece antes del cumplimiento de la obligación por hecho imputable al deudor, subsiste la obligación en sus propios términos constitutivos. En D. 45,1,91,3 y la cadena de textos relacionados con la regla *quotiens* el problema por tanto tiene una doble vertiente: responsabilidad inmediata del deudor que por *factum proprium* impide el cumplimiento, y un cierto reparto del riesgo por el perecimiento de la cosa teniendo en cuenta sus circunstancias, siempre que la cosa debida pereciera antes de la mora. Yo entiendo que el caso mas antiguo considerado por los *veteres* fue el perecimiento de la cosa imputable al deudor<sup>98</sup>, tesis que choca contra la opinión de Cannata<sup>99</sup> para quien la imputabilidad al deudor de la destrucción de la cosa sería un principio intuitivo, pero por ello mismo podía haber encontrado aplicación inmediata sin necesidad de formular una regla *ad hoc* que por el contrario es necesaria para la mora, y sólo en un tercer momento, constatada la analogía entre las dos situaciones los juristas habrían encuadrado los casos de culpa debitoris en el esquema creado para los casos de mora. Por eso entiende Cannata<sup>100</sup> que la obligación perpetuada que identifica con la relación obligatoria de responsabilidad no puede ser extinguida con el cumplimiento (pero en D. 45,1,91.6 se admite su *acceptilatio* que obviamente la extingue), permaneciendo la relación obligatoria sólo como posible fundamento de la acción que intenta el acreedor lamentando el incumplimiento de la prestación originaria, de forma que el efecto concreto de la obligación perpetuada en el proceso será simplemente impedir al demandado oponer al actor la imposibilidad sobrevenida de la prestación, y esto es lo que explican los *veteres* —en su opinión— no porque el demandado sea todavía deudor tenido a cumplir la prestación originaria, sino porque es responsable de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en cuanto que haciéndola imposible no se libera de la obligación sino solamente se ha excluido la posibilidad de cumplirla, concluyendo que los *veteres* sólo se limitaron a presentar una definición o proposición dogmática de la obligación perpetuada.

Que la obligación subsiste aunque haya perecido el objeto de la misma por culpa debitoris antes de la mora, y *post moram debitoris* porque el mismo retraso en el cumplimiento es en sí un hecho cuyas consecuencias dañosas son imputables al deudor, es un principio jurídico alcanzado en época republicana que recuerdan los clásicos; Paul. D. 45,1,82,1 es muy claro al respecto: *si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, perinde ac si homo viveret*. Aun con mayor precisión conceptual que la mas abstracta *perp. ob.* de D. 45,1,91,3, en el fr. 82,1 Paul. señala sin ningún rodeo que aunque el esclavo hubiera muerto después de la mora es igualmente tenido el deudor como si aquél estuviera vivo. Realmente éste es el principio que ha llegado a los

97 Sobre esta materia vid. CUENA, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica*, Valladolid, 1992, que hace un detallado estudio de otros textos, no de nuestro D. 45,1,91,3.

98 Así piensan también PERNICE, 2-2-1, p. 22 ss.; 132 ss.; HEYMANN, *Verschulden beim Erfüllungszug*, Festgabe Enneccerus, Marburg, 1913, p. 32; GENZMER, p. 100; MAYER-MALY, p. 18.

99 CANNATA, *Resp. per culpa*, p. 96 y nt. 2.

100 CANNATA, Fs. Mayer-Maly, p. 96.

modernos Códigos civiles de corte latino donde todos dan por descontado que la mora perpetúa la obligación en cuanto se imputa al deudor *quo minus solvere possit* que tiene un punto de arranque indudable en Pomp. D. 12,1,5: *Si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares* donde destaca el nexo de causalidad entre la imposibilidad sobrevenida del objeto de la prestación relacionando *mora debitoris* con el daño causado al acreedor<sup>101</sup>. Todo ello sin descontar los efectos novatorios de la *litis contestatio* que desde una óptica procesal Gayo 3,180-181 sitúa entre los modos de extinción de las obligaciones. Entre los *veteres* estaba claro, y lo reconocen con la regla *quotiens*, que el deudor obligado a *dare rem* antes de la *litis contestatio* era tenido a *dari oportere*; a partir de la *litis contestatio* estaba obligado a *condemnari oportere*, y después de la sentencia condenatoria al *iudicatum facere oportere*<sup>102</sup>, por lo que no es necesario acudir a ninguna ficción procesal para mantener la validez de la regla.

Dejando aparte los efectos perpetuadores de la mora que sancionan la falta de cumplimiento del deudor pudiendo haberlo hecho antes del vencimiento de la obligación que exigiría un estudio mas complejo de la mora aunque entiendo que nos llevaría a unos mismos resultados, los *veteres* con la regla *quotiens* van mas lejos: no sólo la mora perpetúa la obligación, sino cualquier comportamiento culposo imputable al deudor, la *culpa in faciendo quo minus daret, culpa debitoris* que los *veteres* ponen a la base de la *perp. ob.*; si la cosa debida perece por un *factum promissoris*, la subsiguiente imposibilidad no tiene eficacia liberatoria y el deudor en ningún caso queda exonerado del cumplimiento pudiendo actuar el acreedor *ex stipulatu* para reclamar la misma cosa debida como si ésta continuara existiendo, porque como explica Betti<sup>103</sup> en la mentalidad romana no hay incompatibilidad entre “perimento dell’oggetto e continuato vigore del vincolo”, y en la *obligatio* primitiva no era necesario (en el sentido de considerarlo un requisito normal) que el objeto de la obligación fuese posible. Esta visión arcaica la recogen los juristas tardo-republicanos y clásicos con la regla *quotiens* que imputa al obligado el cumplimiento de la obligación devenida imposible cuando esta imposibilidad se deba a un *factum proprium, perp. ob.* que si se presenta como una consecuencia específica de la mora puesto que el retraso en el cumplimiento ya es en sí mismo un hecho dañoso imputable al deudor, tambien se produce antes de la mora si la imposibilidad se debe a *factum (culpa) debitoris*, sancionando la conducta del obligado a *dare rem* que no ejecuta su prestación, y que no solo contiene un elemento de reprobación del deudor en el sentido que sanciona una conducta que ha defraudado lo que se esperaba de él según los preceptos del *ius* y (*boni*) *mores* como piensa Zimmermann<sup>104</sup>. Esta sanción por supuesto puede ser cierta sobre el plano de una valoración moral, pero pienso mas bien que los *veteres* tenían claramente en mente las consecuencias jurídicas de la *culpa debitoris* que frustra el cumplimiento de una obligación tan rigurosa como *dare rem*, tanto que hacía intrascendente la imposibilidad de cumplimiento cuando esta imposibilidad pudiera enmarcarse dentro de la esfera de control del deudor<sup>105</sup>; desde el punto de vista del orden público económico es esta conducta la que el mercado no tole-

101 Ulp. D. 50,16,12,1: *Minus solvit qui tardius solvit; nam et tempore minus solvitur*. Vid. con lit. antigua, NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus*, Festschrift Schulz, 1 (Weimar 1951) p. 410 nt. 1; y RICCOBONO jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, Ann. Palermo, 29 (1962) p. 120 ss.

102 TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 652, ve el *condemnari oportere* como un momento de caracter provisorio e instrumental que relaciona el *dare oportere* con el *iudicatum facere oportere* viendo una evidente analogía entre esta relación y la novación.

103 BETTI, *Imputabilità*, p. 9.

104 ZIMMERMANN, p. 786.

105 NIEDERMEYER, p. 410, que por otra parte entiende (a mi juicio sin razón) que la frase *quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem* de D. 45,1,91,3 está interpolada.

ra que pueda exonerar del cumplimiento por imposibilidad sobrevenida. En el fondo entiendo que en este caso la *culpa* hay que identificarla con la falta de *diligentia* causante del perecimiento de la *res in obligatione*, falta de diligencia (*culpa in faciendo* desde otro punto de vista) que a su vez implica una conducta tipificada del deudor que los propios *veteres* llamaban *culpa*, y que entiendo que es siempre subjetiva en cuanto considero la responsabilidad contractual siempre subjetiva<sup>106</sup>.

Yo me siento mas inclinado a pensar que en la formulación de los *veteres* no había ninguna ficción, y acaso<sup>107</sup> sea mas acertado plantear la fundamentación de la *perp. ob.* desde un plano sustantivo conectándola con los orígenes históricos de la *obligatio*. Desde luego me parece insuficiente la formulación de la pretendida *fictione* sobre un plano meramente procesal; en el fondo los *veteres* al expresar la regla *quotiens* son tributarios de la primitiva visión materialista de la *obligatio* en que el deudor respondía del cumplimiento con su propia persona o la de un tercero (*nexum*) antes de pasar a convertirse en un *nomen iuris* (*vinculum iuris*); debemos partir de la consideración que la primitiva relación obligatoria constituía más un deber que una obligación<sup>108</sup> en sentido técnico, y ésta misma una carga material y no una relación jurídica abstracta, lo que lleva históricamente a una secuencia que va desde el *nexum* al concepto de *obligatio* como *vinculum iuris civilis*<sup>109</sup> (que por supuesto hay que poner en un plano distinto del *actione teneri* pretorio). En aquella situación primitiva era irrelevante la idea de la imposibilidad de cumplimiento como causa de exoneración para el deudor; la sujeción de éste era permanente, y lo que asume un papel de primer orden era el derecho (poder) del acreedor a la prestación, rol que se mantuvo siempre en Derecho romano aunque con progresivas atenuaciones que empiezan con la doctrina del *casus* (*fortuitus*) y la *vis maior*; siguen con las reglas postclásicas sobre el *favor debitoris*, y acaban con la consideración justiniana que tiende a poner en planos similares acreedor y deudor en orden a la compensación de culpas. En la situación primitiva Bianchi<sup>110</sup> señala que si lo que se destacaba fundamentalmente era el poder del acreedor que en ningún caso era dejado de lado por una eventual imposibilidad de cumplir en virtud del comportamiento del deudor que hacía imposible el cumplimiento, y no habiendo espacio para que surgiera el concepto de resarcimiento, desde la época antigua era irrelevante el incumplimiento para la subsistencia de la *obligatio*, situación que no cambia cuando se admite un cierto control por parte del magistrado (lógicamente en protección del deudor para dulcificar la férrea sujeción de su persona al cumplimiento de la obligación) sobre el fundamento de la acción ejecutiva, porque también en este caso, y ahora sobre un plano estrictamente procesal, admite Bianchi el mecanismo de la *perp. ob.*, con lo que en definitiva admite una doble fundamentación -sustantiva y procesal- de la pretendida ficción a la base de la explicación de la *perpetuatio*.

Si toda la explicación de Bianchi se condensa en su consideración que la *perp. ob.* tiene la función de impedir que el comportamiento del deudor incumplidor incida sobre el derecho del acreedor<sup>111</sup>, Guarino<sup>112</sup> explica la razón de la *perp. ob.* desde otro

106 Y que BETTI, *Imputabilità*, p. 10, para explicar la diferencia entre la concepción clásica y la justiniana, mas compasiva ésta frente al deudor en cuanto parte de una concepción de la causalidad entre incumplimiento y daño causado al acreedor, entiende que entre los clásicos la concepción mas rigurosa del incumplimiento del deudor se debía a lo que llama criterio de "auto-responsabilidad".

107 Como piensa BIANCHI, p. 13 ss.

108 PUGLIESE, p. 71 s.

109 Concepto tardío como demostró ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, Messina, 1914, pgs. 37-58; vid. BETTI, *Struttura della obb. rom.* pgs. 92-93, KASER, *Röm. Privatr.* I, p. 149.

110 BIANCHI, *loc. ult. cit.*

111 BIANCHI, p. 55.

112 GUARINO, *Diritto privato romano*, 12 Ed., Napoli, 2001, p. 1008 i.nt.

punto de vista: los juristas romanos para poner en evidencia la responsabilidad secundaria del deudor en la hipótesis de incumplimiento imputable al mismo, con la regla *quotiens* no querían decir obviamente que la *obligatio* primaria no estuviese extinguida, sino que querían subrayar que aun no siendo eventualmente posible (o no fuese de interés para el acreedor) el cumplimiento, el deudor estaba igualmente tenido hacia el acreedor, si bien a título de responsabilidad secundaria, de resarcimiento. Guarino no entra a discutir la naturaleza (posible ficción) ni el origen de la regla, aunque deduzco que la entiende como una consideración dogmática de los *veteres* acerca de las consecuencias del incumplimiento. Pero a mi modo de ver se puede objetar a Guarino que no está probado que los *veteres* conocieran la distinción moderna entre responsabilidad primaria (Schuld, relación de deuda) entendida como deber de cumplir la prestación prevista en la obligación, y responsabilidad secundaria (Haftung, relación de responsabilidad) que sustituye el deber de ejecutar la prestación por el resarcimiento del daño causado por el incumplimiento<sup>113</sup>.

Tampoco Flume<sup>114</sup> piensa que en D. 45,1,91,3 haya ficción, ni dogmática ni procesal, aunque siguiendo a Gradenwitz considera que la frase *perpetuari obligationem* no es original de los *veteres* sino una reelaboración en el latín paulino de la *constitutio veterum* que de ningún modo podía hablar de *obligatio*, en cuanto considera que en época republicana *obligatio* no era un término usado por la Jurisprudencia y mas bien diría *perpetuam facit stipulationem*. Sustancialmente Flume admite un fondo republicano en el texto paulino conectándolo esencialmente con la mora que entiende como fundamento de la *perpetuatio*<sup>115</sup>, pero no apunta a una pretendida ficción, sino a la atribución del riesgo (de perecimiento de la prestación) al deudor, para lo que se basa en Pomp. D. 12,1,5: *Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat*.

No voy a entrar en este momento sobre el discutidísimo problema de los orígenes de la *obligatio* y la no menos discutida prevalencia del *contractus* o del *delictum* que alargaría excesivamente este trabajo<sup>116</sup>, ni insistir en la discutible tesis de Biscardi<sup>117</sup> de ver las obligaciones primitivas como relaciones jurídicas absolutas y sólo a partir de la *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C. la primitiva sujeción material del deudor se atenuaría aboliéndose el *nexum* para pasar a convertirse aquellas relaciones en un *vinculum iuris*, y que aún después de este momento permaneció la *obligatio* como tal vinculación material únicamente referida a las *res*, de donde deriva su conocida doctrina de la *obligatio rei*, *res obligata*, que entiende frente a un mayoritario sector de la ciencia romanística que no era solamente una metáfora (no llega a decir ficción). La tesis de Biscardi no es convincente por una serie de argumentos que no son del caso exponer ahora, pero sí pienso que podría haber visto alguna relación con aquella *obligatio de dare rem* que conduce a la *perp. ob.*, y que acaso podría haber intentado presentar un cierto paralelismo entre *obligatio rei* y la regla *quotiens*, lo que no hace, y probablemente hace bien, pues le preocupa sobre todo hacer hincapié en el concepto de *obligatio rei*.

Es precisamente cuando la prestación se hace imposible por *culpa debitoris* el caso en que la obligación sigue subsistiendo aunque haya perecido la *res in stipulatio-*

113 Vid. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln/Weimar/Wien, 1993, p. 175 ss.

114 FLUME, p. 103.

115 FLUME, p. 103 nt. 25.

116 Vid. con lit. TALAMANCA, *Obbligazioni*, ED 29, 1979.; y muy discutiblemente, D'ORS, *Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones*, ZSS 109 (1992) p. 318 ss.

117 BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano, 1991; *La genesi del concetto classico di obligatio*, Estudios Murga, Madrid, 1994, p. 19 ss.

*ne deducta*. La *culpa promissoris* indica claramente un criterio de imputabilidad en cuanto hecho del deudor que frustra la obligación suministrando la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento; a la base de la *constitutio veterum* está la idea que es el *factum debitoris* obligado a *dare rem* el que provoca la destrucción de la cosa. Por supuesto que éste no es el único criterio que rige en el campo de la responsabilidad contractual, pues en otra serie de textos la responsabilidad por el perecimiento de la cosa debida se plantea en modo distinto sin apelar a ningún tipo de (aparentes) ficciones como en los supuestos de reparto del riesgo entre acreedor y deudor (Pomp. 12,1,5; D. 30,26,1; Afr. D. 30,108,11; Marcel. D. 46,3,72,1) que nos lleva a otro terreno más evolucionado en el campo de la responsabilidad contractual.

De ahí el carácter prodrómico en el campo de la responsabilidad contractual de la regla *quotiens*, sea que se la entienda como recuerdo de Plaut.-Paul. de una regla textual de los *veteres* (solución a la que me siento más inclinado), o fuera una formulación propia de Paul., o como piensan otros, fruto de una alteración justinianea (tesis que no comparto). Que la regla hubiera sido expresada entre los *veteres* con diversos términos aunque coincidentes como *quotiens per debitorem steterit, quo minus daret, perpetuari obligationem*, como piensan Gradenwitz, Genzmer, Kaser y Sargenti<sup>118</sup>, no invalida su primera formulación por los juristas tardo-republicanos, porque estos términos tienen el mismo contenido sustancial que *perp. ob.*<sup>119</sup>, y si Cannata<sup>120</sup> considera esta formulación como una precisa construcción dogmática basada sobre la abstracción, tampoco puede negarse esta capacidad a los juristas de los dos últimos siglos de la República, y no se trata de entrar en la discusión de si prefirieron un método problemático-tópico; esencialmente trataban era de lograr soluciones armónicas dentro del conjunto del ordenamiento, porque lo que prima en los problemas prácticos son sus consecuencias sobre la vida social y su valoración y tipificación a efectos de su tutela procesal, y tampoco están tan alejados entre sí los derechos sustantivos y las *actiones* que los protegen, porque como muy bien dijo Celso al definir la *actio* ésta no era otra cosa que *ius persequendi iudicio que sibi debeatur*, con lo que puede afirmarse que las instituciones funcionan también como resumen de los problemas en sus distintas fases jurídicas (sustantiva y procesal, elaboración y reflexión<sup>121</sup>). No creo que la formulación de la regla *quotiens* en la versión plautio-paulina se deba a una alteración postclásica como defiende Mayer-Maly<sup>122</sup>, sino que los *veteres* para subrayar el rigor de la obligación de *dare rem* sancionan con dureza al deudor negligente que con su *factum* frustra el objeto de la obligación, destacando la *constitutio veterum* algo que los juristas romanos siempre pusieron en un lugar destacadísimo en el campo de las obligaciones: el derecho del acreedor a la prestación, que lo entiendo además como principio esencial del orden público económico de la época, en este caso público no por haber sido previsto en una previsión legislativa sino sentido como propio por los *veteres* en su comprensión de la vida negocial.

Por todos los argumentos expuestos creo que puede negarse la existencia de una ficción ni dogmática ni procesal en la regla *quotiens*; en ella se constata algo que ya había visto Betti al estudiar ciertos negocios que en época clásica nacen como obligaciones de garantía, considerando que para estas relaciones los juristas no conectaban un deber de resarcimiento a una pretendida responsabilidad por el incumplimiento sustra-

---

118 GRADENWITZ, p. 259 ss.; GENZMER, p. 99 ss.; KASER, *Mora*, PW, 16,1 (1933) p. 260; SARGENTI, pgs. 166, 172.

119 Por ello creo rechazable la explicación de NIEDERMEYER, p. 399 ss. que considera errónea y hasta espúrea la regla de la *perp. ob.* por no encontrarla en armonía con otros supuestos particulares, considerando interpolado *quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*; p. 401 nt. 2.

120 CANNATA, SC, 4, p. 54.

121 TORRENT, BIDR, 100, p. 180.

122 MAYER-MALY, p. 17 ss.



ído en todo o en parte a la esfera de acción del obligado, concluyendo Betti<sup>123</sup> en un plano general, y que en mi opinión en un plano mas circunscrito se encuentra expresado en la regla que nos preocupa, que en determinadas circunstancias la imposibilidad de cumplimiento de la prestación es irrelevante para los juristas romanos en orden a la eficiencia de la obligación, de manera que la permanencia de la obligación originaria puede ser afirmada (y es lo que se afirma sustancialmente en los textos paulinos sobre la *perp. ob.*) aunque esta vez claramente en conexión con la imposibilidad de su cumplimiento debido al comportamiento culpable del deudor; en este sentido hay que subrayar la originalidad de la *constitutio veterum* prescribiendo la no extinción de la obligación debido a su incumplimiento culpable que no exonera al deudor por la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, doctrina asentada desde la época tardo-republicana, confirmada en la clásica, y continuada en los Códigos civiles de corte romanístico. Me cabe una última consideración en relación a una idea que expuse hace dos decenios: también en este punto y entre las muchas utilidades que sigue proporcionando el estudio del Derecho romano, éste suministra un arsenal de conceptos y doctrinas indispensables para el análisis y crítica del Derecho positivo<sup>124</sup>.

---

123 BETTI, *Teoria gen. delle obbl.* 2, p. 28 ss.

124 TORRENT, *El Derecho romano como instrumento de crítica del Derecho positivo*, Homenaje Vallet de Goytisolo, I, Madrid, 1988, p. 753 ss.