

***QUOTIENS CULPA INTERVENIT DEBITORIS,
PERPETUARI OBLIGATIONEM***

ARMANDO TORRENT
Madrid - España

“QUOTIENS CULPA INTERVENIT DEBITORIS, PERPETUARI OBLIGATIONEM”.

Como es sabido¹ 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 la responsabilidad, sino que se hace necesario unir al deber de la prestación una suerte de segunda causa de la obligación de resarcimiento, y esta segunda causa es la *culpa*, concepto que se utiliza en el doble juego de imputabilidad y de falta de diligencia en el cumplimiento.

La romanística suele tratar este problema en materia de responsabilidad contractual², pero acaso hablar de responsabilidad contractual en Roma no sea más que un convencionalismo con finalidades docentes y de adecuación al pensamiento moderno, porque:

A) No hay una responsabilidad contractual unitaria en cuanto que 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* se miraba por lo general el *factum debitoris*; en las demás figuras de obligaciones se operaba más bien con los conceptos de *dolus* y de *culpa*.

C) Acaso el origen de este diverso enfoque 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 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 aludirlas 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

¹ Vid. TORRENT, *Factum debitoris, culpa debitoris, scientia debitoris*, Estudios Ursicino Alvarez, Madrid, 1978, 495.

² ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2ª ed. Napoli 1935 (rist, 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.

(contratos consensuales, más la fiducia, más el depósito, más 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 mira la conducta del deudor.
- b) Por otra parte *dolus* y *culpa* son criterios que miran 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 ésta determina una mayor o menor objetividad en la valoración: 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 sería propia de la época clásica, y otra en sentido subjetivo identificable con la *diligentia*, propia de la época postclásica.

Partiendo de que la responsabilidad es siempre subjetiva en cuanto aprecia la conducta de un obligado, no se puede considerar criterio o categoría de responsabilidad la custodia. Esta es 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*; 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*). No vemos pues, una categoría de responsabilidad llamada custodia, 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 mas 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 imputabilidad³. A falta de cumplimiento en forma específica en que el *obligatus* defrauda la *satisfactio* del acreedor, surge a cargo del primero una obli-

³ MACCORMACK, *Factum debitoris and culpa debitoris*, TR 41 (1973) 60.

gación que Guarino⁴ llama de “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, y que se dirige a procurar la obligada restauración del desequilibrio producido en el patrimonio del acreedor por el incumplimiento de la obligación cuando este incumplimiento sea 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 en general puede decirse es un recurso subsidiario en el sentido de que el acreedor no tiene un derecho de opción entre la prestación primitiva y la indemnización.

Sin duda alguna esta opción que sustituye la ejecución de la prestación en forma específica por una indemnización no es originario 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 evolución muy complicada, que va desde el extremado rigorismo en las obligaciones de *dare rem*, que hacen responsable al deudor incumplidor acercándole a lo que hoy llamamos responsabilidad objetiva, hasta la mayor amplitud de criterios de imputabilidad en todas aquellas relaciones que daban lugar a *iudicia bonae fidei*, lo que a su vez proyecta una evolución que va desde el *ius civile* por así decir tradicionalista, a una *iurisdictio praetoria* que acoge en su seno y va encauzando por nuevas vías las exigencias de responsabilidad permitiendo aquilatar la medida de la responsabilidad acompasandola 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-Ruiz⁵ 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 fue superado por Cannata⁶ que admitiendo el concepto 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.

⁴ GUARINO, *Diritto privato romano*, 11 ed. Napoli, 1997, 1031.

⁵ ARANGIO-RUIZ, 9 ss.

⁶ CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la culpa debitoris nelle obbligazioni da stipulatio in dando*, SDHI 32 (1966) 63 ss. = *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1968, 90 ss.

La obligación de *dare* tiene un significado técnico muy preciso⁷ 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.⁸), lo que siguiendo una terminología cara a Betti⁹ nos permite encuadrarla entre las obligaciones de resultado¹⁰. 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 su causa 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*¹¹ que conocemos gracias a Paulo en su comentario a Plautio.

D. 45,1,91,3. *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, extinguatur superior mora.*

Este texto normalmente es estudiado por la doctrina siempre en relación con la mora¹², sustancialmente explicando la responsabilidad secundaria cuando no siendo eventualmente posible el cumplimiento en forma específica el deudor queda igualmente vinculado al acreedor, de manera que si ya no es posible la *satisfactio* específica del acreedor por perecimiento de la cosa que impide la obligación de *dare rem*, la regla expresada en la *constitutio veterum* no exonera de responsabilidad al

⁷ Que se puede decir es opinión unánime en la doctrina; vid. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, Leipzig 1908, 58 ss.; DE FRANCISCI, *Synallagma*, 2, Pavia 1916, 386 ss.; VAN OVEN, *Remarques sur Gai 3,91*, IVRA 1 (1950) 27 ss.; GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, 3ª ed. Torino 1966, 13 ss., dejando aparte la opinión aislada de SCHLOSSMANN, ZSS, 24 (1903) 160 ss.; 29 (1908) 288 ss.

⁸ 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, 22 ss.

⁹ BETTI, *La struttura della obbligazione romana e il problema della sua generi*, Milano, 1955, donde sintetiza múltiples estudios sectoriales anteriores sobre el Derecho romano de obligaciones.

¹⁰ Idea que comparte Cannata, pero que vuelve a la nervatura basada en el contenido de la prestación de Arangio-Ruiz, cuando dice (*op.cit.* 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.

¹¹ *Perpetuatio obligationis* que por tanto no tiene aplicación en todas las relaciones obligatorias; vid. sus límites en GENZMER, *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht*, ZSS, 44 (1924) 112 ss.; KASER, *Quanti ea res est*, München, 1935, 92 ss.

¹² Vid. entre otros GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, ZSS, 34 (1913) 255 ss.; MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis*, IVRA, 7 (1956) 6 ss.; FOSSATI VAN-ZETTI BIANCHI, *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979, 12-36; KASER, *Perpetuari obligationem*, SDHI, 46 (1980) 127-139; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, 783 ss.; FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn, 1990, 103 ss.; CANNATA, *Perpetuatio obligationis*, SC, 4 (1992) 49 ss.

deudor sino que le hace permanecer obligado como si la cosa continuara existiendo (y fuera aún posible dar la prestación en forma específica), expresando los *veteres* este rigorismo con la expresión rotundamente definidora *perpetuari obligationem* que en la práctica obliga al deudor a pagar una indemnización al acreedor, como señala el propio Paulo en otro lugar:

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

Antes de seguir avanzando conviene matizar la consideración de Luzzatto¹³ que sustancialmente me parece acertada, de que en el campo de la responsabilidad contractual resulta antihistórico hablar de responsabilidad objetiva y subjetiva, o de criterios de valoración más avanzados o más primitivos, o desde otro plano, de atenuación o agravación de la responsabilidad. Retomando lo que decía al principio de mi intervención, creo que la responsabilidad siempre es subjetiva; además en este campo la responsabilidad siempre es un problema unitario¹⁴, aunque en la secuencia histórica romana pueden advertirse dos etapas: una más 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 ensanchándose el campo a las *obligationes* de *incertum*, y especialmente de *facere*, se encauzan a través de *bonae fidei iudicia*. 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 exoneratorias, nunca dejados de lado por la Jurisprudencia clásica, pero que como dice De Robertis¹⁵ 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 dogmático del problema de la responsabilidad contractual, punto de partida de toda la construcción jurisprudencial romana de la materia¹⁶; en realidad el largo fragmento 91 es todo un tratado sobre la materia (ein Schultraktat) que según Kaser¹⁷ no es que recogiera temas puntuales de la praxis, sino un completo tratado abstracto con resultados didácticos que refleja cabalmente las raíces casuísticas de la Jurisprudencia romana, y que en su opinión es sustancialmente genuino¹⁸.

¹³ LUZZATTO, *Spunti critici in tema de responsabilità contrattuale*, BIDR 63 (1960) 71.

¹⁴ CANNATA, "SC", 1992, 49.

¹⁵ DE ROBERTIS, *op.ult. cit.* 4; para los planteamientos más generales vid. del mismo DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, I, Bari, 1980.

¹⁶ En este sentido CANNATA, "SC", 4, 1992.

¹⁷ KASER, *Perpetuatio obligationis*, SDHI, 46 (1980) 90.

¹⁸ Por el contrario, MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis: D. 45,1,91*, IVRA, 7 (1956) 7 ss. lo relaciona con el método escolástico de las distinciones, y por tanto, lo entiende muy remanejado en época postclásica.

La *constitutio veterum* reclamada por Plautio-Paulo está en relación con la imposibilidad sobrevenida de la prestación¹⁹, 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) perece antes de haber sido entregado, perecimiento que si se hubiera producido antes de la entrega *sine culpa promissoris*, resolvería la obligación²⁰, pero para el caso de que el perecimiento fuera debido a un hecho atribuible al deudor, los *veteres* 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. 45,1,91,3²¹, regla que debió ser muy conocida y aplicada: Africano D. 30,108,11; Pomponio D. 12,1,5; D. 30,26,1; D. 45,1,23; D. 46,3,92 pr.; Paulo D. 22,1,24,2; D. 23,2,56 pr.; D. 46,1,58,1; Venuleyo D. 46,2,31 pr.

La regla expresada en el texto plautio-paulino plantea toda una serie de interrogantes que van desde la interrelación entre prestación imposible y mora²² que dejaremos de lado en este estudio; hasta la consideración de si es imputable al deudor en todo caso la imposibilidad del cumplimiento o si su responsabilidad sólo se deriva de un hecho que le sea imputable (*factum debitoris*); en definitiva saber qué concepto y qué alcance tiene la idea de *culpa* entre los *veteres*; también es discutible el mismo ámbito de la regla que al prescribir *perpetuari obligationem* implica exigir un cumplimiento cuando éste no puede realizarse 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 *perpetuatio obligationis*, como también si se admite la existencia de la ficción, determinar si ésta es sustantiva o meramente procesal dirigida a facilitar la sentencia (presumiblemente) condenatoria del juez.

El primer punto interrogativo que presenta la *perpetuatio obligationis* es su misma naturaleza, porque en realidad no puede sostenerse que subsiste la misma relación obligatoria en cuanto la cosa ha perecido. Tiene razón Cannata²³ al observar que la relación perpetuada es nula *ex parte debitoris*; el deudor no debe materialmente nada porque no puede dar nada en cuanto la prestación se ha hecho imposible; antes del cumplimiento del acreedor tampoco tiene nada sino su derecho a exigir la prestación, y esto es lo único que subsiste, sólo que habiendo devenido imposible la prestación su exigencia se transmuta en pedir el *quanti ea res est*. Por eso la *perpetuatio obligationis* significa que el deudor ya no está obligado a *dare rem*, sino que

¹⁹ Vid. a propósito MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, ZSS 86 (1969) 75 ss.

²⁰ Pomp. D. 46,3,107: *Verborum obligatio... naturaliter resolvitur... cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit*.

²¹ 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).

²² Sobre lo cual VOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970, 35 ss.

²³ CANNATA. "SC" 4, 55.

se encuentra en una situación diversa, una situación de responsabilidad, superando la regla *impossibilia nulla obligatio est*, y desde este punto de vista representando la *perpetuatio obligationis* una excepción a aquélla²⁴.

A mi modo de ver la *constitutio veterum* referida a la *perpetuatio obligationis* significa la primera solución dada por la Jurisprudencia republicana sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones²⁵.

Es claro que esta *perpetuatio obligationis* no se produce siempre, sino *quotiens culpa intervenit debitoris*, 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 perpetuándose la obligación. Según Cardilli²⁶ esto obedece a una ficción que entiende procesal en cuanto sólo subiste a efectos de la condena. Por el contrario Jakobs²⁷ considera que la obligación subiste sin ficción (ohne alle Umschweife), con argumentos difícilmente admisibles que han sido criticados por Kaser²⁸ que piensa en una ficción procesal para fundamentar la sentencia judicial. Una visión distinta la ofrece Bianchi Fossati Vanzetti²⁹ que si por un lado considera la *perpetuatio obligationis* aplicable a todo tipo de obligaciones contractuales, incluidas las de un *incertum*; por otro entiende que hay en ella una ficción: la subsistencia de la cosa, pero no ve los orígenes de la regla en el proceso, sino en el Derecho sustantivo. Por su parte von Lübtow³⁰ ve esta ficción como una *fictio* exclusivamente de la fórmula³¹.

Contra la teoría de la ficción se pronuncia decididamente Cannata³², 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 *perpetuatio obligationis* 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: la obligación sólo puede subsistir mediante una operación dogmática de abstracción que aísla la obligación de los hechos congelándola a disposición del acreedor, es decir, de su acción; en definitiva la regla es una abstracción dogmática y no una ficción. Esta construcción de Cannata es muy inteligente, pero me parece que ha querido forzar demasiado el andamiaje histórico en que nació la regla, aparte de que desde el punto de vista del tratamiento dogmático que da al tema, une dos conceptos que estructuralmente son distintos: incumplimiento y responsabilidad; como dije al principio no basta el hecho del incumplimiento para generar la respon-

²⁴ MAYER-MALY, 6.

²⁵ En este sentido también CARDILLI, *l'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, 507.

²⁶ CARDILLI, 185.

²⁷ JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, 1969, 181.

²⁸ KASER, SDHI, 46, 131.

²⁹ BIANCHI, 15, 33 ss.

³⁰ VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der condictio nach römischen und geltenden Recht*, Belin, 1952, 81.

³¹ Tesis con razón criticada por KASER, *Das römische Privatrecht*, I, 2ª ed. München, 1971, 514 nt. 2.

³² Por ultimo en "SC", 4, 53-55.

sabilidad, sino que se hace necesario unir al deber de la prestación una suerte de segunda causa de la obligación de resarcimiento, y esta segunda causa es la culpa, y a estos efectos tanto da que se utilice culpa como criterio de imputabilidad que como negligencia en el cumplimiento³³. Aquellos dos momentos en el fondo coinciden con los que más o menos abiertamente distinguen entre débito y responsabilidad, base de la doctrina moderna sobre las consecuencias del incumplimiento; como bien dice Sargenti³⁴ 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 obligacional, 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 una satisfacción del acreedor en forma subrogada, como ha puesto Betti suficientemente de manifiesto³⁵. Además Cannata no apunta para nada al 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 expresado en las fuentes romanas que antes que apuntar a la garantía que supone este patrimonio para el cumplimiento, destacan ante todo el derecho a la prestación³⁶.

También Zimmermann³⁷ 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 antes de la entrega. En este caso el esclavo debido cuya entrega se requería seguía existiendo al tiempo de la *litis contestatio*; sigue habiendo una imposibilidad objetiva para la entrega. Según Zimmermann *si paret Pamphilum servum dare oportere* no es falso 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 eventualmente del deudor, por ejemplo), y 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 la subsistencia de la obligación. No puedo estar de acuerdo con Zimmermann, porque de cualquier modo que se hubiera producido la imposibilidad ésta era debida a la actuación (negligente) del deudor frustrando la finalidad de la obligación: *si per debitorem steterit quo minus daret, perpetuatur obligatio*, 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).

Que la obligación subsiste aunque haya perecido el objeto de la misma por culpa *debitoris* es un principio jurídico alcanzado en época republicana que recuerdan los clásicos; Paulo D. 45,1,82,1 es muy claro al respecto: *si post mortem promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, perinde ac si homo viveret*. Aún con más colorido gráfico que el más abstracto *perpetuatio obligationis* de D. 45,1,91,3 en este texto se señala sin ningún rodeo que aunque el esclavo hubiera muerto después

³³ TORRENT, 495.

³⁴ SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, SDHI, 20 (1954) 163.

³⁵ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 2, Milano, 1953, 28 ss.

³⁶ Vid. PUGLIESE, *Actio e diritto subbiettivo*, Milano, 1939, 284 ss.

³⁷ ZIMMERMANN, 785.

de la mora es igualmente tenido el deudor como si aquél estuviera vivo. 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, indudablemente la *culpa debitoris* que los *veteres* ponen a la base de la *perpetuatio obligationis* sancionando la conducta del obligado a *dare rem* que no ejecuta su prestación, no sólo contiene un elemento de reprobación del deudor en el sentido que su conducta ha defraudado lo que se esperaba de él según los preceptos de *ius* y (*boni*) *mores* como piensa Zimmermann³⁸, que por supuesto puede ser cierto sobre el plano de una valoración moral, pero creo más bien que los *veteres* tenían claramente en mente las consecuencias jurídicas de la *culpa debitoris* al frustrar el cumplimiento de una obligación tan rigurosa como *dare rem*, y 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 que a su vez implica una conducta tipificada del deudor que los propios *veteres* llamaban *culpa*, y que yo entiendo como decía al principio, que es siempre subjetiva, en cuanto considero la responsabilidad siempre subjetiva.

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 stipulatione deducta*. La *culpa promissoris* indica claramente un criterio de imputabilidad en cuanto hecho positivo del deudor que frustra la obligación suministrando la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento; a la base de la *constitutio veterum* está la idea de que es el *factum debitoris* el que provoca la destrucción de la cosa obligada a *dare*. 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 ante 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 *perpetuatio obligationis*, sea que se la entienda como recuerdo de Plautio-Paulo de una regla textual de los *veteres* (solución por la que me siento más inclinado a defenderla), fuera una formulación propia de Paulo, o como piensan algunos, fuera el fruto de una alteración justiniana. Que la regla hubiera sido expresada entre los *veteres* en palabras como *quotiens per debitorem steterit, quo minus daret, perpetuari obligationem* como piensan Gradenwitz, Genzmer, Kaser y Sargenti³⁹ entre otros, no invalida su primera formulación por los juristas tardo-republicanos, porque sustancialmente es identificable con la *perpetuatio obligationis*⁴⁰, y si Cannata⁴¹ considera esta formulación como una precisa construcción dogmática basada sobre la abstracción, no puede negarse esta capacidad a los juristas de los dos últimos siglos

³⁸ ZIMMERMANN, 786.

³⁹ GRADENWITZ, 259 ss.; GENZMER, 99 ss.; KASER, *Mora*, PW, 16,1 (1933) 260; SARGENTI, 166, 172.

⁴⁰ Por ello creo rechazable la explicación de NIEDERMEYER, *Studien zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der mora seit Sabinus*, Festschrift Schulz, I, Weimar (1951) 399 ss. que considera errónea y hasta espúrea la regla de la *p. o.* por no encontrarla en armonía con otros supuestos particulares.

⁴¹ CANNATA, "SC", 4, 54.

de la República. Lo que no creo es que esta formulación se deba a una alteración postclásica como cree Mayer-Maly⁴², 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.

⁴² MAYER-MALY, 17 ss.