



Capítulo 2

Editores

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

COLOQUIO DE IUSPRIVATISTAS DE ROMA Y AMÉRICA
CUARTA REUNIÓN DE TRABAJO



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

De las obligaciones en general
Coloquio de iusprivatistas de Roma y América
Cuarta reunión de trabajo

Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores

© Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores, 2012

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición: diciembre de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-15834

ISBN: 978-612-4146-24-4

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200977

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

RELECTURA DE LAS FUENTES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS DE LA OBLIGACIÓN*

Sandro Schipani

Universidad Sapienza de Roma

1. En la ponencia que desarrollamos en Bogotá hace dos años —profundizando temas ya presentes en la realizada en Rosario— establecimos sintéticamente la configuración originaria de la obligación en el derecho romano y su rol de instituto, pues ha contribuido en la sistemática del derecho privado de manera fundamental (Schipani, 2008, 2011; en general, Grosso, 1970, 2011).

En particular, hemos indicado cómo la obligación se ha configurado de modo diverso a las expresiones de la potestad del padre de familia, en los variados aspectos de ella: es decir, al culto, relaciones afectivas, protección y asistencia de las personas que forman parte de la familia, guía en las actividades que garantizan la conservación y el desarrollo de la misma familia en una economía predominantemente de autoconsumo, regulación al interior del grupo, etcétera.

Así, la obligación se separa de esta matriz y se refiere a formas de colaboración con personas externas a la familia, independientes. De esta cooperación se individualizan los caracteres esenciales.

La *posibilidad de la conducta de cooperación* es, evidentemente, un carácter conexo a todas las conductas humanas, ya sean las requeridas en relación con los institutos potestativos o las obligaciones. Ya que en la obligación la *posibilidad* se refiere a la conducta de una persona externa a las relaciones familiares, ella se elabora de modo explícito y profundo.

Seguidamente, el requisito que primero individualiza la obligación es la *determinación* de la prestación. Al interior de las relaciones potestativas, la prescripción y la evaluación de lo que debía ser o venía dado, o lo que estaba hecho o no hecho

* Traducción de Rómulo Morales Hervias.

por alguno, era confiado a la guía del padre de familia, auxiliado en ciertos casos por un tribunal doméstico y orientado por las costumbres familiares y comunes. Por el contrario, en el caso de una persona externa a la familia que colabora en ella, el primer y esencial carácter de esta colaboración es que es claramente *determinada*. La falta de determinación transformaría la relación obligatoria en un sometimiento a un poder. Por eso, la determinación distingue esta conducta debida respecto a la debida por el sometimiento a un poder en los más antiguos institutos que preceden a la obligación, como el *nexum* (persona vinculada), instituto según el cual una persona *ob-ligada* (*ligada ob / ligada en función* del cumplimiento de una conducta debida) estaba en prisión hasta que alguno cumpliera la conducta debida, liberándola, o en un periodo posterior, cuando la misma persona efectuaba una actividad laboral sustitutoria de la conducta incumplida (tal cambio preparó la etapa sucesiva).

Luego, la obligación asume el carácter definitivo con la *patrimonialidad*. Cuando ninguno más fue ligado ni con el propósito de obtener que la conducta, posible y determinada, se efectúe, ni para sustituir el incumplimiento con su trabajo personal, así como cuando el acreedor insatisfecho se pudo satisfacer solo sobre el patrimonio del deudor incumplidor y no sobre su persona y actividad, resulta plenamente clara la *patrimonialidad de la prestación*; esto es, la necesidad de que sea posible *expresar con una cantidad de dinero el valor de la conducta de la cooperación*, sin que aquello contravenga la conciencia social. Aquello no está en oposición con la primacía de la conducta de cooperación debida ni con el rol solo sustitutivo de la responsabilidad resarcitoria que surge del incumplimiento¹.

Con estos caracteres la obligación se individualiza como una relación extremadamente refinada que comporta una *cooperación debida* entre dos o más personas *independientes*. El vínculo del deudor en relación con el acreedor no comporta un poder de uno sobre el otro que limite la independencia de base del deudor. En ella, la independencia del deudor comporta siempre su *material posibilidad de incumplimiento* (él no puede ser forzado o ligado). Al mismo tiempo, está *vinculada* por una *necesidad jurídica*, pero, para inducir al deudor a tal cooperación, es posible solamente establecer garantías (reales o personales). Así pues, puede ser condonada, a veces novada, compensada o, de otro modo, cumplida. Y comporta, para el caso del incumplimiento, el resarcimiento de lo que le interesa al acreedor del cumplimiento, según una valoración monetaria, en las circunstancias concretas y específicas, de acuerdo con la consideración social, como lo hemos indicado.

¹ No entramos en aquellas discusiones que quieren reducir la obligación a la *responsabilidad* (*haftung*), pero ciertamente subrayamos que, en el sistema del derecho romano, a nuestro modo de entender, es indudable la preeminencia en ella de la prestación. Sobre tal tema volveremos en la última observación que desarrollaremos.

Por tanto, la obligación se distingue de las relaciones potestativas, así como de los diversos deberes, cargas, etcétera.

La relevancia de esta relación siempre crece mucho más, y la individualización generalizada de sus características es un problema que se presenta de modo prevalentemente técnico y que es de interés para los juristas. No obstante, estas características, como hemos descrito en la reconstrucción histórica referida, han sido el fruto del trabajo de la ciencia jurídica y también de las luchas sociales. Ambas conservan un fuerte significado de tutela de la libertad de la persona y de su dignidad, de la transparencia y de la equidad de las relaciones entre las personas, y de la funcionalidad de la obligación de estas. De este modo, la falta de elaboración profunda de la relación obligatoria en una sociedad que desarrolla siempre más la cooperación entre personas libres e iguales parece un problema puramente técnico, pero no es así; es un objetivo central del sistema del derecho romano como «parte integrante de la cultura de toda la humanidad» (Jiang, 1988).

Ahora, comentaremos la lectura de los *Digestos* relativa a estos caracteres, los cuales son muy técnicos y, precisamente, nos referiremos a este tecnicismo sabiendo que ello tiene una esencial función respecto a lo que expresamos, especialmente en el rol que puede tener la unificación del derecho de las obligaciones en el contexto del sistema en su dinámica expansiva, que actualmente se confronta con la llamada *globalización*.

En consecuencia, examinaremos un texto de Gayo relativo a las obligaciones pecuniarias; así como otro referente al reenvío de la determinación de la prestación en un contrato sinalagmático y, finalmente, un aspecto de la patrimonialidad de la prestación.

2. Pero antes debemos analizar una premisa: el contenido de la prestación; es decir, en qué consiste la conducta debida (Grosso, 2011). Todos tenemos presente el notable texto del jurista Paulo, que dice, en D. 44,7,3 pr.: «Paulo, *libro segundo, De las Instituciones*.- La sustancia de las obligaciones no consiste en que alguno transfiera una cosa determinada o constituya una servidumbre, sino en que constriña a otro a darnos, a hacernos, o a prestarnos alguna cosa».

En este texto se señala la tripartición «dar», «hacer», «prestar» que también hayamos en las «Instituciones» de Gayo, 4,2, en las que se indica cuáles son las posibles conductas debidas ejecutadas con una acción personal y que, después, son individualizadas en la *fórmula* desde la cual se establecen las reglas para decidir el caso concreto controvertido.

Esta tripartición aísla un concepto específico (*dar*) al cual sigue un concepto genérico (*hacer*, que incluye el *no hacer* e indica toda otra conducta que no sea un *dar*), mientras que el *prestar* no consiste en una conducta sino en *garantizar* y tiene usos específicos.

El *dar* indica el hecho de «hacer adquirir la propiedad» o de «hacer adquirir un derecho real sobre cosa ajena»², y por eso también se subraya el efecto jurídico del *hacer* en la conducta que supone el cumplimiento de una actividad *negocial* constituyente («realizar la declaración y/o gestos necesarios para externalizar la voluntad en la forma requerida»). Sin embargo, esta acción produce, en un primer plano, tal efecto jurídico (transferir la propiedad o constituir un derecho real sobre cosa ajena) que induce a que se la considere diferente de los otros tipos de *hacer* que no constituyen una actividad *negocial*³. Junto a este significado específico, *dar* significa genéricamente «entregar» y, como tal, es a veces entendido como entrega de la posesión de la cosa transferida, accesorio al precedente (D. 19,1,3,1). El *dar*, la transferencia de la propiedad, no debe estar sujeto a condición pues el deudor está obligado por el efecto⁴. Y si este no se produce al momento de la actividad *negocial*, sino en un momento sucesivo (por ejemplo, la usucapión), los juristas admitirán que el *dar* se perfecciona cuando la usucapión se realiza (D. 17,1,47,1).

Como ya lo hemos mencionado, el *hacer* generalmente es así e incluye toda conducta que no produce un *dar*; es decir, una transferencia de la propiedad o una constitución de un derecho real sobre la cosa ajena⁵.

Ahora bien, la extensión del *hacer* parece no dejar espacio al *prestar*; pero, si leemos D. 21,2,31⁶, dicho término significa «garantizar», y toma dicha expresión del cumplimiento de la conducta debida aplicada a todas las obligaciones. Su uso

² Debe tenerse presente que en el derecho romano los actos que tienen eficacia real son distintos en relación con los que tienen una eficacia obligatoria.

³ Modernamente también se ha resaltado que el *hacer* *negocial* a veces no produce efectos reales sino obligatorios y, por ello, si se desarrolla esta categoría, se podría examinar la de *prestación negocial*, distinguiéndola de la *no negocial*.

⁴ D. 50,17,167 [127] pr.: «Paulo; *Comentarios al Edicto, libro XLIX*.- No se consideran dadas las cosas que al tiempo en que se dan no se hacen del que las recibe».

⁵ D. 45,1,75,7: «Ulpiano; *Comentarios al Edicto, libro XXII*.- El que estipula cosa que consiste en hacer o en no hacer, se considera que estipula cosa incierta; en hacer, como que “se cave una fosa, se edifique una casa, o se entregue la vacua posesión”; en no hacer, como que “por ti no se haga de modo que no me sea lícito pasar y conducir por un fundo tuyo; que por ti no se haga que no me sea lícito tener el esclavo Eros”».

⁶ «Ulpiano; *Comentarios a Sabino, libro XLII*.- Si alguno prometiera de esta manera al que estipula, “que el esclavo está sano, que no es ladrón, y que no es enterrador de pobres”, ni otras cosas, parece a algunos inútil la estipulación, porque si alguno se halla en este caso, es imposible lo que se promete, y si no se halla, es inútil; pero yo opino que es más verdadero, que esta estipulación, “que no es ladrón, que no es enterrador de pobres, y que está sano”, es útil; porque contiene lo que de estas cosas importa que sea, o que no sea. Pero si a alguna de estas cosas se hubiera añadido, “que de ello se responde”, mucho más válida será la estipulación; de otro modo, la estipulación que se propone por los Ediles será inútil, lo que ciertamente ninguna persona de sano juicio aprobará».

es, pues, tan general que de ella deriva la palabra *prestación*, que incluye todo tipo de conducta debida (Cardilli, 1995)⁷.

Aunque no están señaladas en las sistematizaciones generales, el derecho romano también individualizó otras categorías de prestaciones; en primer lugar, la que implica dar una suma de dinero. Piénsese en la *compraventa* que por ser el precio en dinero se distingue de la *permuta* o el *arrendamiento* [*locatio-conductio*] cuando una de las prestaciones es monetaria.

En cuanto a la prestación como «dar una suma de dinero», reexaminaremos brevemente un texto sobre las consecuencias que el cambio de lugar del cumplimiento requerido por el acreedor comporta en relación con la prestación—inclusive cuando es monetaria— y resaltaremos el problema más general. Así, en D. 13,4,3:

Gayo; *libro nueve al edicto*.- La acción en palabras se reenvía a la valoración del juez, porque sabemos cuánto varían los precios de las mercaderías en las particulares ciudades y regiones, especialmente el vino, el aceite, trigo; e inclusive el dinero cuyo valor no obstante parece ser uno solo y el mismo, todavía en algunos lugares se encuentra más fácilmente y con intereses menos onerosos, en otros más difícilmente y con más gravosos intereses.

Aquí el jurista examina tres temas: la onerosidad, el valor de la cosa y el dinero. Respecto al primero, analiza el reequilibrio de la onerosidad del cumplimiento del deudor en una situación específica: cuando el acreedor requiere la ejecución de una prestación en un lugar diverso de aquel originalmente determinado. Así, la tutela del deudor se justificará sobre la base de la «acción relativa a aquello que era debido en un lugar determinado», pues la ejecución de la prestación es más onerosa para él.

⁷ A pesar de que el concepto de *prestar* ha evolucionado, el Código Civil francés (1804) todavía utiliza solo la distinción entre *dar* y *hacer/no hacer* (artículos 1136 y ss., 1142 y ss.). Incluso, el reciente proyecto de su reforma (2006) conserva la categoría del *dar*, incluyendo la *cesión del crédito*, que constituye una «prestación negocial» que no tiene efectos reales (ver nota a pie 6). Igualmente, dicho proyecto conserva el *hacer* e incluye categorías de prestaciones: *pecuniarias*, *de valor*, y la distinción—típicamente francesa— entre *obligación de resultado* y *de medios* (artículos 1144 y ss.). Asimismo, el Código Civil español (1889) utiliza la distinción entre *dar*, *hacer/no hacer* (artículos 1088 y ss.) e igual ocurre con el de Brasil, el italiano de 1917 (artículos 864 y ss., que además distingue entre el dar una cosa individualmente determinada y una cosa genéricamente determinada) y el más reciente de 2002 (artículos 233 y ss.). En cambio, los Códigos Civiles italianos de 1865 y 1942 no siguen esta distinción y tampoco la adopta el Código Civil alemán de 1900; empero algunas normas se refieren a tal distinción: el alemán coloca en primer nivel la categoría de las *obligaciones de dinero* (párrafos 244 y ss.), mientras que el italiano de 1942 le dedica un capítulo entero (artículos 1277-1284).

En segundo lugar, al analizar aquello que debe ser valorado en la onerosidad de la prestación, resalta las variaciones del costo y el valor⁸ de algunos bienes fungibles en los mercados de las diversas ciudades⁹. Allí únicamente parece presuponer situaciones en las que se entregan cosas fungibles en el lugar del cumplimiento, pues ni siquiera considera los viajes del deudor, los problemas de organización o crediticios que pueda tener. Por tanto, solo se refiere a organizaciones comerciales y financieras, complejas y eficientes (Di Porto, 1984, 1992; Petrucci, 1991), o se concentra en un aspecto específico del problema de las obligaciones pecuniarias.

Finalmente, cuando se refiere a las variaciones de precio de bienes como el vino, el aceite o el trigo, manifiesta una concepción del dinero que es digna de reflexión, pues es aceptada por gran parte del derecho romano: *un único e igual poder de adquisición/valor*. No obstante, una reflexión de Paulo sobre el dinero como objeto de la prestación del comprador que individualiza la *compraventa* conecta históricamente el surgimiento de dicho contrato con la invención del dinero: «Materia acuñada por parte de una autoridad pública»¹⁰. Por consiguiente,

⁸ Para una mirada más atenta a los aspectos históricos véase Schipani (1997). Sobre el tema en general, cfr. Lenel (1974, pp. 232 y ss.; Amarelli, 1984, pp. 105 y ss.). Si alguien debía dar cierta cantidad de dinero, la pretensión debía ser fijada por el pretor (Gayo, 4,41,50). Luego, si se debía otorgar un número de otras cosas fungibles, la indicación se establecía por mandato del juez de condena, quien valoraba *el valor del objeto de la litis*. Y, aunque dicha acción podía ser ejercida en la residencia del deudor —que aún es el lugar del cumplimiento común—, si se determinó contractualmente un lugar específico distinto y el acreedor ejerció la citación en la residencia del deudor, su demanda implicaría un esfuerzo superior al debido (Gayo, 4,53c) y, por tanto, perdería la lis (Provera, 1958, pp. 117 y ss.; Sacconi, 1977, pp. 130 y ss.). Consecuentemente, el demandante deberá apelar a la *acción relativa a aquello que es debido en un lugar determinado*, en, por ejemplo, los siguiente términos: *El juez declarará que el demandando dé al demandante en el lugar Y determinado el monto de X determinado [...]* (cfr. Ulpiano, D. 13,4,2,1 y ss.; Lenel, 1974, pp. 240 y ss.). Empero, el mandato se formula no para una suma determinada, sino para una forma indeterminada, en tanto el juez estimará el valor del objeto de la lis y, en consecuencia, el distinto valor que la prestación tendría por el cambio de lugar (Lenel, 1974, p. 246; Pugliese, 1991, p. 306).

⁹ Otros temas del interés de las partes para cumplir o para que la prestación sea ejecutada en el lugar acordado son analizados en otros pasos de Ulpiano, con mención de Labeón y Juliano, y de Africano (D. 13,4,2 pr.; D. 13,4,2,8; D. 13,4,8); así como en las *Instituciones* de Justiniano (J. 4,6,33c).

¹⁰ D. 18,1,1 pr.: «Paulo; *Comentarios al Edicto, libro XXXIII*.- El origen del comprar y del vender comenzó en las permutas; porque antiguamente no había moneda como ahora, ni una cosa se llamaba mercancía, y otra precio, sino que cada uno permutaba según la necesidad de los tiempos y de las cosas, las inútiles por las útiles, ya que muchas veces sucede, que lo que a uno le sobra, a otro le falta. Pero porque no siempre, ni fácilmente, ocurría que cuando tú tuvieses lo que yo deseara, yo a mi vez tuviera lo que tú quisieras recibir, se eligió una materia, cuya pública y perpetua estimación subviniere con la igualdad de cantidad a las dificultades de las permutas; y esta materia, acuñada con forma pública, da uso y dominio, no tanto por la sustancia, como por la cantidad, y después no se llama mercancía a ambas cosas, sino precio a una de ellas».

pareciera que la controversia entre sabinianos y proculleyanos sobre la diferencia entre *permuta* y *compraventa* acabaría con este texto¹¹.

Gayo, sabiniano, nos recuerda también en sus *Instituciones* los términos del debate (3,141). Él buscó precisar la diferencia entre las dos figuras, *compraventa* y *permuta*, así como determinar la diversidad de la consideración jurídica entre *mercaderías* y *precio*, utilizando otro criterio: la iniciativa negocial, que forma parte integrante de «tener una cosa en venta», y correspectivamente la diversa posición en el contrato de quien «adquiere una cosa que alguien tiene en venta»¹². Este criterio atenúa el rol de la moneda pues el precio es considerado el dato como contraprestación respecto a una cosa que alguien tiene en venta.

Si bien Gayo subrayó la necesidad de que la variedad de precios de las cosas sea considerada por el juez y no discutió el *poder/valor de adquisición* del dinero, sí dudó respecto de la «unidad e identidad» de tal poder y la relacionó con la diversidad de costos del dinero, en cuanto la adquisición cuesta ahora más y ahora menos de acuerdo con la variedad de los intereses aplicados sobre diversos mercados. Es decir, el cumplimiento se vuelve más o menos oneroso según las circunstancias. Así, en dicho razonamiento el autor asumió los intereses bancarios y demostró sus implicaciones.

¹¹ D. 18,1,1,1: «Paulo; *Comentarios al Edicto, libro XXXIII*.- Pero dúdase si pueda decirse hoy que hay alguna venta sea monedas, como si te di una toga, para que yo recibiera una túnica. Sabino y Cassio opinan que hay compra y venta; Nerva y Próculo, que esto es permuta, no compra [...] Pero es más verdadera la opinión de Nerva y de Próculo, porque como una cosa es vender, y otra comprar, uno el comprador, y otro el vendedor, así una cosa es el precio, y otra la mercancía, y en la permuta no puede discernirse cuál sea el comprador, y cuál el vendedor».

Cfr., también de Paulo, el texto utilizado en *De rerum permutatione*, D. 19,4,1 y cfr. J. 3,23,2, en comparación con Gayo, 3,141. En otro sentido, el rescripto de Gordiano (a. 238), conservado en C. 4,64,1, el cual es seguido por la Constitución de Dioclesiano, C. 4,64,2.

¹² Gayo 3,141: «Además, el precio ha de ser en dinero contante. Mucho se ha discutido si el precio puede consistir en otra cosa; por ejemplo, si un esclavo, una toga o un fundo pueden ser precio de otra cosa. Nuestros maestros creen que el precio puede consistir en otra cosa, de donde resulta que, conforme a la opinión vulgar, se contrae compraventa por medio de la permuta de cosas; esta sería, según ellos, la clase más primitiva de compraventa. Se fundan para ello en el poeta griego Homero, que dice en algún pasaje [*Ilíada*, 7.472-475]: “y allí los griegos de larga cabellera se procuraron vino, / unos por cobre, otros por brillante acero, / otro por cuero, otros por los mismos bueyes, / y otros por esclavos [...]». Los autores de la escuela contraria son de diverso parecer: estiman que la permuta de cosas es algo distinto de la compraventa, pues de lo contrario no se podría discernir en la permuta de cosas cuál se vendía y cuál se entregaba como precio, ya que era absurdo creer que ambas se vendían y se entregaban como precio a la vez. Sin embargo, dice Celio Sabino, que si tú tienes un objeto en venta, por ejemplo, un fundo, y lo que yo recibo entregado como precio es, por ejemplo, un esclavo, parece que se vende el fundo y que el esclavo, en cambio, se entrega como precio a cambio del fundo».

Sobre los aspectos particulares de la bilateralidad en Gayo que resaltan la iniciativa de una parte cfr. Grosso (1974, pp. 158 y ss.).

De este modo, en un ambiente unificado por una amplia red de fluidos movimientos, comerciales y financieros, y que evidentemente conservó las diferencias de «costo de dinero», Gayo, conocedor del dato empírico constituido en esta diferencia, afrontó el problema del *esfuerzo* que debe hacer el deudor para procurarse el dinero debido a los diversos costos de este y la posible mayor o menor onerosidad de la prestación a la cual el deudor está sometido. Y aunque no haya desarrollado este tema, sí puso en duda la afirmación del carácter general de la invariabilidad del poder/valor de adquisición del dinero, casi abriéndose a la posibilidad de considerar un *aumento/depreciación* de este.

Seguidamente, el nexo *dinero-costo*, individualizado en referencia a los intereses/onerosidad, es considerado en su variabilidad sin poner en discusión el rol del dinero sobre las otras cosas, así como su individualidad, pero subordinando las consecuencias jurídicas de su naturaleza y su papel teórico a la efectiva presencia de las características que debería tener. En el caso de las variaciones, el juez deberá examinarlas, sobre todo si la variación del *esfuerzo* que debe ejecutar el deudor depende directa o indirectamente del acreedor. A pesar de que Gayo haya demostrado esto en un ambiente de moneda única, su razonamiento se adapta a cualquier onerosidad, mayor o menor, de la prestación pecuniaria, incluso en el cambio de la relaciones entre las monedas.

Así, la reflexión de Gayo aún es sugestiva y materia de reflexión, sobre todo en cuanto a los pagos internacionales y las variaciones modernas de los valores; ella merece, creemos, utilizarse para reabrir una reflexión sobre la variación de la onerosidad de la obligación de dinero, así como acerca de la necesidad de instrumentos que, como el juez del texto, garanticen el constante nivel de onerosidad de la prestación para el deudor (Schipani, 2001 y 2003).

En otra ocasión hemos reflexionado sobre este texto en relación con la «deuda internacional» y he resaltado cómo algunas áreas evitan o circunscriben el cambio de la onerosidad de las prestaciones de dar una suma de dinero, y/o del equilibrio de ella a través de la institución de «monedas únicas»; este instrumento se refleja sobre las relaciones internas de tal área, pero no sobre las externas (Schipani, 1988, 2004, 2007). Consecuentemente, en un área como América Latina, en la cual todavía no se ha instaurado una moneda única supranacional, que podría estar fuertemente abierta a los intercambios con países externos a ella, la búsqueda y la fijación de una solución idónea parece indispensable¹³.

¹³ Quizá pueda definirse y limitarse el número de variaciones que constituyen el riesgo y el peligro usual para luego efectuar las correcciones pertinentes. En la actualidad, probablemente sería difícil determinar un árbitro, como lo sugiere Gayo; no obstante, podría constituirse una comisión permanente en América Latina para que haga los ajustes necesarios, pero de todas maneras debe haber una

3. He dicho que la *determinación* de la prestación es una fundamental línea de demarcación entre las relaciones potestativas y la obligación dentro de las relaciones entre personas.

Dejando el problema histórico y general, debemos observar que la determinación puede hacerse de diversos modos, concernientes, también, al objeto de la prestación, según el cual podrán resaltarse la individualidad, la cantidad, la cualidad, así como la individualidad del autor, y si se trata de un hacer, la cualidad de este. Así, es nula la promesa de cosas fungibles sin la determinación de la cantidad y la calidad (D. 45,1,94), y a veces estas determinaciones pueden ser ambiguas o consideradas como tales por algún jurista en la búsqueda de lo que las partes han considerado. A menudo la determinación es hecha directamente; en algunos casos, con referencia a otras determinaciones, como «lo que el vendedor a su vez ha pagado», «lo que él tiene en caja», según las cuales la cantidad así indicada puede ser ignorada por una o ambas partes, pero es objetivamente cierta y definida¹⁴; por el contrario, cuando la determinación es objetivamente incierta y referida a un evento futuro, la obligación se considera sujeta a condición, como en el caso de la compraventa de cosa futura¹⁵.

Además de otras discusiones interesantes que se hallan en las fuentes¹⁶, indico otra: la determinación de una de las prestaciones derivadas de un acuerdo «sinalagmático», es decir, un contrato sucesivo al cumplimiento de una de las partes cuya prestación es determinada.

El precio o la retribución son elementos esenciales del contrato de compraventa o de locación de servicios (*locatio*), y la falta de determinación de ellos produce su nulidad; por tanto, nunca serían eficaces. Sin embargo, el sistema del derecho romano profundizó el tema y conoció los contratos innominados. En D. 19,5,22:

Gayo; *libro décimo al edicto provincial*.- Si yo te he entregado vestidos para limpiar o arreglarlos, [hay que distinguir]: si se ha asumido gratuitamente el servicio, hay obligación de mandato; si, viceversa, se ha entregado una retribución,

solución que tenga claridad de referencia y certeza, tal y como las actuales relaciones lo requieren, mediante la individualización de un conjunto de monedas de referencias.

¹⁴ D. 18,1,7,1: «Ulpiano; *Comentarios a Sabino, libro XXVIII*.- La compra de este modo: “por cuanto tú lo compraste, o por el precio que tengo en caja”, es válida; porque no es incierto el precio en venta tan evidente, porque más bien se ignora en cuánto se haya comprado, que no que es incierto en realidad».

¹⁵ D. 18,1,8 pr.: «Pomponio; *Comentarios a Sabino, libro IX*.- No se puede entender ni compra, ni venta, sin cosa que se venda; y sin embargo, se comprarán perfectamente los frutos y los partos futuros, de suerte que cuando el parto hubiese sido dado a luz, ya entonces, habiéndose contratado el negocio, se entienda hecha la venta; pero si el vendedor hubiere hecho que no nazca, o se hagan, puede ejercitarse la acción de compra».

¹⁶ Hemos tratado de modo más general este argumento en Schipani (2006, pp. 217 y ss.).

se ha constituido una prestación de servicios [*locatio conductio*]. Por el contrario, si ni se ha asumido el servicio a título gratuito, ni se ha establecido contextualmente o acordado una retribución, pero el negocio ha sido celebrado en el entendimiento que luego yo entregaría, a título de retribución, tanto cuanto lo acordemos, parece mejor que deba ser concedida una acción modelada sobre el hecho, es decir, con una previa descripción de la relación, como si se tratase de un negocio nuevo.

Luego, el contrato de obra (*locatio*) en el que las partes no determinan la retribución es nulo. Empero, puede ser necesario ver concretamente la onerosidad del cumplimiento de la obra para determinar la retribución. Así, puede darse el caso de que exista voluntad de las partes por celebrar un contrato y que el contratista haga la obra, pero que después de hecho el trabajo no se llegue a un acuerdo en relación con la retribución. En este caso, hay que precisar que la obra realizada no puede ser considerada objeto de una restitución, como en el caso de que se entregue una cosa y, por ello, se ofrezca a quien ha ejecutado la prestación un medio para obtener una compensación; es decir, la contraprestación convenida aunque no determinada. Al respecto, Gayo admitía una acción sobre la base de la descripción del hecho, considerándolo un «nuevo negocio»: el «hago para que me des», según el cual, el cumplimiento de la obra acordada de una de las partes hace que tal acuerdo adquiera eficacia; es decir, a pesar de que es nulo lo hace vinculante y, consecuentemente, la contraparte está obligada. No obstante, cabe destacar que no hay un válido «para que me des», si expresamente no se ha determinado cuánto *se debe dar* y si el modo para determinarlo no alcanza el resultado de la determinación. A pesar de ello, se otorga tutela jurídica a este acuerdo.

De esta decisión positiva, surge otro problema.

¿Si la determinación es suficiente, cómo se llega a cuantiarla? ¿Cuál es la entidad de la prestación?

Por otros textos sabemos que la determinación de la prestación puede ser confiada a un tercero elegido por las partes. De este modo, surgen algunas interpretaciones si el tercero no cumple con la determinación: la primera considera que el contrato es nulo y la otra admite la sustitución del tercero sobre la base de la distinción. Es decir, se distingue entre *valoración meramente personal* y *valoración conforme a aquella del hombre honesto*. La primera ciertamente no puede ser sustituida por la valoración de un tercero, mientras que la segunda se apoya sobre un criterio objetivo y admite que el tercero pueda ser sustituido¹⁷. Esta distinción también la encontramos en otros ámbitos: un ejemplo es aquel de la aprobación

¹⁷ En cuanto a la determinación del precio en la compraventa o la retribución en un contrato de prestación de servicios (*locatio*), otorgada a un tercero, es relevante la centralidad de los textos como

otorgada al comitente de la obra determinada (D. 19,2,24 pr.), que —obsérvese con miras a los posibles desarrollos— se refiere a la determinación de la prestación por el acreedor:

Paulo; *Comentarios al Edicto, libro XXXIV*.- Si en un pacto de la locación se hubiera expresado, que se apruebe la obra a arbitrio del dueño, se considera lo mismo que si se hubiese expresado el arbitrio de buen varón. Y lo mismo se observa, si se hubiera consignado el arbitrio de otro cualquiera; porque exige la buena fe, que se de tal arbitraje, cual conviene a un buen varón [...].

Ciertamente en la aprobación de la obra realizada, el acreedor, debido a su condición, solamente participa en su determinación, pero de modo relevante. Esta valoración de la parte es admisible porque dicho juicio debe hacerse objetivamente. Y esta distinción (que la valoración se haga sobre un plano objetivo) abre el camino a una valoración por parte de un tercero no elegido por las partes: el juez¹⁸. Por tanto, la determinación de la prestación se efectuaría como lo haría «un hombre honesto» y, para ello, se tendrá en cuenta parámetros de carácter general (por ejemplo, precio de mercado) que sean objetivos y verificables. Además, en relación con la cita anterior, queremos subrayar la operatividad del *synallagma* entendido en el modo de Aristón (D. 2,14,7,2) como necesidad de reequilibrio económico según la buena fe entre los patrimonios de las dos partes, en tanto una de ellas ha cumplido y, por ende, demanda el cumplimiento de la otra parte como obligatorio¹⁹.

C. 4,38,15; D. 19,2,25 pr.; J. 3,23,1, cuya lectura es necesaria para la correcta interpretación de algunos artículos del Código Civil italiano de 1942. Cfr. Gallo (1966; 1999).

¹⁸ Esta observación prescinde del caso sobre la elección realizada por las partes del juez-árbitro del proceso romano formulario, según el cual concurre también la voluntad de las partes. La elección sucesiva a la celebración del contrato de una persona que determine la prestación también fue prevista en el Código Civil de 1838 del Piemonte-Cerdeña, artículo 1598: «a pesar que se haya previsto en la convención, si no hay acuerdo de las partes la elección se efectúa por el juez», y, sin la previsión de la elección al juez, pero con la individualización de un modo para realizar la determinación. Cfr. el Código Civil italiano de 1865, artículo 1454; Código Civil de Venezuela de 1942, artículo 1479. Sobre las diversas soluciones presentes en los Códigos Civiles y los de Comercio, cfr. Schipani (2006, p. 222 y notas). Problemas interpretativos de cierta relevancia suscitan los artículos 61 y 62 de la ley de la RPC sobre los contratos de 1999 (Schipani, 2002).

¹⁹ D. 2,14,7,2: «Ulpiano; *Comentarios al Edicto, libro IV*.- Pero si la cosa no pasare a otro contrato, y subsistiere, sin embargo, la causa, respondió acertadamente Aristón a Celso, que había obligación; por ejemplo, te di una cosa, para que me dieras otra: di, para que hagas algo; esto es *συνάλλαγμα* [synallagma], y de aquí nace una obligación civil. Y por ello opino que con razón fue Juliano reprendido por Mauriciano en esto: te di a Stico, para que manumitas a Pánfilo; lo manumitiste; Stico fue vindicado. Juliano escribe que se ha de dar por el Pretor la acción del hecho; aquel dice, que basta la acción civil de cosa incierta, esto es, la *praescriptis verbis*; pues hay un contrato, que Aristón llama *συνάλλαγμα* [synallagma], de donde nace esta acción».

Las fuentes ofrecen materia para ulteriores reflexiones ya discutidas prudentemente por los juristas romanos y que ahora también exigen seriedad. En efecto, si se entiende el *synallagma* no como «reequilibrio» entre dos patrimonios sino, siguiendo a Labeón, como «obligación recíproca»²⁰ (según la cual una obligación es causa de la otra y, por ende, su «medida» —el mayor o el menor valor de una respecto de la otra comportaría que la diferencia sea «sin causa»—), el acuerdo, que sería inválido por falta de suficiente determinación, por el contrario, sería válido en cuanto la determinación se realizaría indirectamente en la otra obligación. Si bien este razonamiento puede resultar abstracto, porque concurren una variedad de factores que inducen a las partes al acuerdo contractual —de hecho, esto hizo que Justiniano rechazara radicalmente este tipo de admisiones—²¹, en algunas circunstancias, que se difunden siempre más seguido (como la distribución de masa) este podría ser un dato suficiente para atenuar el rol de la valoración subjetiva.

4. En cuanto a la patrimonialidad reflexionaremos sobre algunas de las consecuencias que sugieren las fuentes.

En las fuentes está presente una preocupación fundamental: salvaguardar la posibilidad concreta del acreedor de satisfacerse sobre el patrimonio del deudor incumplidor. En efecto, el derecho romano individualizó los instrumentos importantes para tal propósito, estableciendo los límites de corrección sobre los actos de disposición del deudor que incumple en relación con su patrimonio. Pero, con mucho realismo, se señaló también que «muchas veces los hombres esperan de sus sustancias más de lo que contienen» y, por eso, pueden realizar actos de disposición sin la intención de perjudicar el patrimonio e, indirectamente, la satisfacción de los acreedores cuando los deudores incumplen²². Aclarado esto,

²⁰ D. 50,16,19: «Ulpiano; *Comentarios al Edicto, libro XI*.- Labeón define en el libro primero del Pretor urbano, que unas cosas se “hace[n]”, otras se “gestionan”, y otras se “contraen”. Y ciertamente que la palabra “acto” es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero “contrato” significa obligación de una y de la otra parte, lo que los griegos llaman *συνάλλαγμα* [synallagma], como la compra, venta, locación, conducción y sociedad; “gestionado” significa cosa hecha sin palabras».

²¹ Cfr. J. 3,23,1: «Es preciso que haya un precio convenido porque no puede haber venta sin precio. Además, el precio debe ser determinado. Pero si las partes han convenido que la cosa sea vendida al precio que estime Ticio, era para los antiguos una duda grave y frecuentemente debatida saber si en este caso hay o no venta. Hemos decidido, por nuestra constitución, que siempre que la venta fuese concebida en estos términos: al precio que tal persona estime, el contrato existirá bajo esta condición: que si la persona nombrada determina el precio en absoluta conformidad a su estimación, el precio deberá ser pagado, la cosa entregada y la venta llevada a efecto, teniendo el comprador la acción de compra, y la vendedora, la acción de venta. Si al contrario, el que ha sido nombrado no quiere o no puede determinar el precio, la venta será nula, por faltar la constitución de precio. Y aprobado por nos este derecho para las ventas, es conforme a razón extenderlo a los arrendamientos».

²² Cfr. D. 40,9,10; J. 1,6,3.

si los actos de disposición (incluidas las omisiones al ejercicio de sus propios derechos patrimoniales) se celebran a título gratuito y con el conocimiento de la propia insolvencia, son revocables. Luego, algunos, como las concesiones de libertad a los siervos, estaban prohibidos por una ley, mientras que los actos a título oneroso eran revocables si causaban un daño a los acreedores y si el tercero adquirente tenía conocimiento de ello²³.

Ahora bien, existe otro nivel de la patrimonialidad considerado por el derecho romano. Hay un sutil límite entre patrimonialidad de las relaciones obligatorias (así como de los otros bienes que forman parte del caudal y que sirven para la formación de buenos ciudadanos), y los bienes y las relaciones obligatorias que son esenciales para la sobrevivencia y dignidad del hombre. El patrimonio, en la doctrina romana, tiene naturalmente la función de satisfacer las necesidades de la persona, pero tal funcionalidad cambia parcialmente cuando hay requerimientos esenciales que satisfacer (como afirma, con imaginativa terminología, Ulpiano, tomar «la única lámpara y los escasos utensilios» de un pobre es como intervenir sobre su persona)²⁴.

Seguidamente, respecto a las necesidades esenciales de la persona, el derecho romano construyó las estructuras de la obligación y la responsabilidad en relación con el patrimonio, según los fines de la satisfacción del acreedor, pero previendo un «beneficio» para el deudor. De este modo, el magistrado puede pedir al juez que el pago que debe hacer el demandado no constituya una suma tal que implique su miseria; es decir, que el cumplimiento de la deuda no comporte la violación de sus necesidades esenciales²⁵.

Esta posibilidad se extendió, en la doctrina romana, a favor de los cónyuges, los ascendientes (también aquellos del cónyuge), el socio (porque con él hay una relación *casi de hermandad*), el donante y algunas otras personas como el constituyente de la dote o los militares²⁶. Así, la línea de apertura de estas categorías, en razón de gratitud, solidaridad y funciones, muestra cómo dicha reflexión extendió significativamente este tema²⁷.

²³ Cfr. D. 42,8 sobre la acción pauliana.

²⁴ D. 1,18,6,5, texto que habla de «vejar injuriosamente», mostrando de este modo tal conducta como un acto injusto contra la persona, más que como un acto relativo al patrimonio.

²⁵ Para el *beneficium competentiae* las fuentes hablan de «condena según los límites de lo que puede hacer» (cfr. D. 42,1,17; 18.19,1; 20; 21; etcétera; D. 50,17,28); y de «tenerlo cuenta, para que no carezca de lo necesario» (D. 42,1,19,1; 30).

²⁶ Cfr. D. 42,1,16 y ss.

²⁷ En Roma se ha desarrollado una interesante tesis de doctorado sobre este argumento (Abelenda, 2009).

Actualmente podemos observar que los modernos sistemas de seguridad social prevén o deben prever, según una lógica diferente, garantías para el cumplimiento de los deberes de solidaridad y satisfacción de las necesidades esenciales de las personas. Sin embargo, es útil reflexionar sobre la permanencia de estas formas de solidaridad directa entre las personas, las cuales se concretan en el derecho civil con su fundamental adecuación a los hombres concretos, sobre todo cuando otras formas de solidaridad son inadecuadas²⁸.

Consecuentemente, este límite, que se aplica entre las formas de solidaridad directa, no se puede considerar como algo del pasado²⁹ o restringirlo al área de las donaciones³⁰. Es más, puede ser generalizado, toda vez que la base estructural está constituida por la mencionada *hermandad* existente entre los miembros de una sociedad. Y ello se adecua espontáneamente a la eficacia de otras formas de solidaridad que, suministrando lo necesario, excluyen el presupuesto de su aplicación. Asimismo, dicho límite solo se aplica sobre la responsabilidad del deudor suspendiéndola temporalmente, pero no sobre la deuda, que permanece y se aplica, en tanto la ausencia del requisito es temporal, dada la variabilidad de la consistencia de los patrimonios³¹.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abelenda, Virginia (2009). *Beneficio de competencia: fuentes romanas, derecho intermedio y latinoamericano. Ejemplos y propuestas de extensión en su proyección contemporánea*. Buenos Aires: La Ley.

²⁸ Además, quizá es útil reflexionar sobre la prudencia y la diligencia que el acreedor debe tener cuando existe una relación de cooperación constituida por la obligación. En efecto, la imprudencia del acreedor es sancionada con la falta de satisfacción de su crédito, pero no se puede olvidar que la falta, o solo la satisfacción parcial, se acompaña del estado de necesidad que afecta al deudor (además, no hay que olvidar que a veces el acreedor también es parte débil de la relación y que la falta de satisfacción del crédito puede generarle a él consecuencias difíciles de sostener).

²⁹ Cfr., por ejemplo, los Códigos Civiles chileno, colombiano, ecuatoriano (artículos 1625 y ss.; 1684 y ss.; 1668 y ss.) y el argentino (artículos 799 y ss.).

³⁰ Cfr. Código Civil peruano de 1984, artículo 1633.

³¹ En relación con la obligación se distingue frecuentemente entre *débito* y *responsabilidad*. Así, el débito permanece y debe ser cumplido plenamente, y es la responsabilidad del deudor con el propio patrimonio que se limita, temporalmente suspendida, hasta el momento en que la satisfacción por parte del deudor no pondría en riesgo la satisfacción de sus necesidades esenciales. Aquella que falta temporalmente no es la patrimonialidad de la relación sino la del efecto de la responsabilidad para tal relación sobre el deudor, seguida de una condición temporal subjetiva del deudor. Esta ausencia no perjudica la relación, pero incide sobre la responsabilidad, que parece tener una función subalterna sobre la relación. No obstante, debe tener las mismas características, en el caso de la patrimonialidad (en otras palabras, no puede ser patrimonial la relación y trascender lo patrimonial de la responsabilidad que es funcional y subalterna a la relación misma).

- Amarelli, Francesco (1984). *Locus solutionis. Contributo alla teoria del luogo dell'adempimento in diritto romano*. Milán: Giuffrè.
- Cardilli, Riccardo (1995). *L'obbligazione di praestare, e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*. Milán: Giuffrè.
- Di Porto, Andrea (1984). *Impresa collettiva e schiavo «manager» in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*. Milán: Giuffrè.
- Di Porto, Andrea (1992). Filius, servus e libertus, strumenti dell'imprenditore romano, en Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica. En Marrone, M. (ed.), *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica* (pp. 231-260). Palermo: Sociedad Italiana de la Historia del Derecho.
- Gallo, Filippo (1966). *Giusto corrispettivo e corrispettivo presunto nella vendita e nella locazione*. Pavia: s.e.
- Gallo, Filippo (1999). *Opuscula selecta*. Padua: CEDAM.
- Grosso, Giuseppe (1970). *Schemi giuridici e società nella storia del diritto romano: dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica. Diritti reali e obbligazioni*. Turín: Giappichelli.
- Grosso, Giuseppe (1974). *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose, contratti*. Turín: Giappichelli.
- Grosso, Giuseppe (2011). *Las obligaciones: contenido y requisitos de la prestación* (3ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jiang, Ping (1988). Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese. *Index*, 16, 367 y ss.
- Lenel, Otto (1974). *Das edictum perpetuum*. Aalen: Scientia.
- Petrucci, Aldo (1991). *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C.-metà del III secolo d.C.)*. Nápoles: Jovene.
- Provera, Giuseppe (1958). *La pluris petitio nel processo romano*. Vol. I. Turín: Giappichelli.
- Pugliese, Giovanni (1991). *Istituzioni di diritto romano* (3ª ed.). Turín: Giappichelli.
- Sacconi, Giuseppina (1977). *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*. Milán: Giuffrè.
- Schipani, Sandro (1988). Principios, institutos y normas a tutela del deudor. *Mundo Nuevo*, 11(4), 328 y ss.
- Schipani, Sandro (1997). Intervento conclusivo. Livio 35,7; Gaio D. 13,4,3 e il problema del debito internazionale. En Tafaro, S. (ed.), *L'usura ieri ed oggi* (pp. 271 y ss.). Congreso de Foggia, 7-8 de abril de 1995. Bari: Cacucci.
- Schipani, Sandro (2001). Principi e regole per il debito internazionale dei Paesi in via di sviluppo. La prospettiva romanistico-civilistica. *Iustitia*, 54(3), 361 y ss.

- Schipani, Sandro (2002). *Diritto romano in Cina*. Turín: Giappichelli.
- Schipani, Sandro (2003). Principi e regole per il debito internazionale dei Paesi in via di sviluppo. La prospettiva romanistico-civilistica. En Garofalo, L. (ed.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* (pp. 417 y ss.). Padua: CEDAM.
- Schipani, Sandro (2004). *Principios y reglas relativas a la deuda externa*. Buenos Aires: La Ley.
- Schipani, Sandro (2006). Los principios Unidroit y el derecho romano (algunas anotaciones sobre el favor debitoris y las asimetrías del comercio internacional). En Esborraz, F. (coord.), *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos* (pp. 205 y ss.). México DF: Porrúa.
- Schipani, Sandro (2007). Debito indebito? Debito sostenibile? Investimenti volatili? Censure e continuità? Bassi tassi di interesse, per chi? Integrazione indispensabile. «Legge modello» per la unificazione del diritto delle obbligazioni in America Latina. *Roma e America. Diritto romano comune*, 23, 273 y ss.
- Schipani, Sandro (2008). Actas del Coloquio de iusprivatistas. *Roma e America. Diritto romano comune*, 26, 49 y ss.
- Schipani, Sandro (2011). Problemas sistemáticos en el derecho romano. La obligatio. En Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano, *Obligaciones. Contratos. Responsabilidad* (pp. 19 y ss.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.