

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN  
ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS  
*Directores*

## TEMAS ACTUALES DE DERECHO PRIVADO II

*Autores*

MARÍA PILAR ÁLVAREZ OLALLA    MARGARITA CASTILLA BAREA  
MARÍA PATRICIA REPRESA POLO    CARMEN JIMÉNEZ SALCEDO  
LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO    SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ  
COVADONGA LÓPEZ SUÁREZ    CARLOS VARELA GIL  
SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

III ARANZADI

Primera edición, 2023



Incluye soporte electrónico

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

© 2023 [Editorial Aranzadi, S.A.U. / María Dolores Cervilla Garzón y Ángel María Ballesteros Barros (Dirs.) y otros]

© Portada: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Editorial Aranzadi, S.A.U.  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)  
ISBN: 978-84-1163-867-8  
DL NA 1875-2022

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.  
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 – Pamplona

## Índice General

	<i>Página</i>
PRESENTACIÓN.....	13
<b>PARTE I ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL</b>	
<b>LOS ELEMENTOS “CLAVE” EN LA RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIA</b>	
MARÍA PILAR ÁLVAREZ OLALLA.....	17
<b>1. Introducción. Teoría clásica de los elementos de la responsabilidad civil .....</b>	<b>18</b>
<b>2. Nuevo enfoque de los elementos de la responsabilidad civil por culpa.....</b>	<b>21</b>
2.1. <i>Infracción del deber de cuidado. La diligencia exigible .....</i>	<i>22</i>
2.2. <i>Relación de causalidad: ha de ligar infracción del deber de cuidado y daño .....</i>	<i>29</i>
2.3. <i>El daño indemnizable. La previsibilidad como criterio para delimitarlo .....</i>	<i>34</i>
<b>3. Conclusión.....</b>	<b>38</b>
<b>WILL SUBSTITUTE O ATRIBUCIÓN POST MORTEM MEDIANTE INSTRUMENTOS EXTRATESTAMENTARIOS</b>	
MARÍA PATRICIA REPRESA POLO.....	41
<b>1. Introducción .....</b>	<b>42</b>
<b>2. Transmisiones <i>mortis causa</i> al margen de la herencia .....</b>	<b>44</b>

	<u>Página</u>
4.1. Los pilares del “nuevo” marco normativo armonizado de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial que propugna la PR2020 .....	133
4.2. Rasgos característicos del marco normativo armonizado que se propugna en la PR2020 .....	136
4.3. Consideración de algunos elementos esenciales de la relación de responsabilidad derivada de la producción de daños como consecuencia del funcionamiento de sistemas inteligentes ...	138
5. Algunas conclusiones a la vista de las iniciativas legislativas presentadas con posterioridad a la PR2020. ....	143

**PARTE II  
ESTUDIOS DE DERECHO ROMANO**

<b>ESTUDIO COMPARADO DEL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN CIVIL EN DERECHO ROMANO Y DERECHO VIGENTE</b> CARMEN JIMÉNEZ SALCEDO .....	147
1. <b>Introducción</b> .....	148
2. <b>La obligación: Concepto y evolución histórica</b> .....	151
3. <b>Contenido de la obligación: la prestación y sus caracteres</b> .	155
3.1. <i>Requisitos de la prestación</i> .....	155
3.2. <i>Lugar y tiempo de la prestación</i> .....	157
4. <b>Fuentes de las obligaciones</b> .....	157
5. <b>Extinción de una obligación ipso iure et ope exceptionis</b> ...	159
5.1. <i>Modos de extinción ipso iure</i> .....	160
5.2. <i>Modos de extinción ope exceptionis</i> .....	163
6. <b>Transmisión de las obligaciones</b> .....	164

<b>DESIGUALDAD SOCIAL Y EXCLUSIÓN DE DERECHOS EN LA ANTIGUA ROMA: LA PLEBE FRENTE A LA ARISTOCRACIA SENATORIAL</b> SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ. ....	167
---	-----

	<u>Página</u>
1. <b>Introducción</b> .....	168
2. <b>Diferencias de origen entre patricios y plebeyos</b> .....	171
3. <b>Las crecientes desigualdades sociales y económicas entre los dos estamentos</b> .....	176
4. <b>Ciudadanos plebeyos: ciudadanos, pero de desigual condición</b> .....	181
4.1. <i>Limitaciones del ius suffragii</i> .....	182
4.2. <i>Limitaciones del ius honorum</i> .....	187
4.3. <i>Desigualdad en la imposición de penas</i> .....	191
5. <b>Conclusiones</b> .....	196

**LA QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI**

CARLOS VARELA GIL .....	201
1. <b>Introducción</b> .....	202
2. <b>Concepto, orígenes y evolución</b> .....	203
3. <b>Legitimación</b> .....	206
4. <b>Efectos de la querella</b> .....	212
5. <b>Conclusiones</b> .....	214

**PARTE III  
ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

<b>EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS</b> SIXTO SÁNCHEZ LORENZO .....	219
1. <b>Introducción</b> .....	220
2. <b>Acreditación del régimen económico matrimonial conforme a la ley extranjera</b> .....	222
2.1. <i>El artículo 92 del Reglamento Hipotecario y la determinación diferida del régimen económico matrimonial</i> .....	222

## Estudio comparado del concepto de obligación civil en Derecho romano y Derecho vigente

CARMEN JIMÉNEZ SALCEDO  
*Profesora Titular de Derecho Romano*  
*Universidad de Córdoba*

### Resumen

Es objeto de esta aportación resumir el concepto de obligación, su evolución histórica y su régimen jurídico con fin instructivo y didáctico. Por otro lado, se pretende con cada uno de sus epígrafes evidenciar la importancia del Derecho Romano en los estudios de derecho por su influencia directa en nuestro ordenamiento jurídico vigente. A partir del siglo VI el Derecho Romano continúa vivo como referente directo del Derecho común de los pueblos germanos que dominaron Europa hasta que se institucionaliza como *Ius Commune* europeo a partir del siglo XII y se desarrolla a partir sobre todo del siglo XVI como base del Derecho de los estados europeos. En nuestro actual ordenamiento jurídico la vigencia indirecta del Derecho Romano se manifiesta en multiplicidad de principios y axiomas jurídicos recogidos legislativamente y mencionados en los considerandos de las sentencias de nuestro más alto tribunal. En materia de obligaciones, constatamos esta realidad y nos permitimos mostrar su regulación comparándola con los artículos correspondientes del Código Civil.

### Palabras clave

Obligaciones, cumplimiento, fuentes, transmisión de las obligaciones. Derecho Romano y Código Civil.

**Abstract**

The purpose of this chapter is to summarize the concept of obligation, its historical evolution and its legal regime for instructive and educational purposes. On the other hand, it is intended with each of its headings to show the importance of Roman Law in law studies by its direct influence on our current legal system. From the sixth century on, Roman Law continued to be a direct reference point for the common law of the Germanic peoples who dominated Europe until it was institutionalized as the European *Ius Commune* from the twelfth century onwards and developed from the sixteenth century onwards as a basis for Law of European states. In our current legal order, the indirect validity of Roman law manifests itself in a multiplicity of legal principles and axioms, which have been incorporated into legislation and mentioned in the recitals of the judgments of our highest court. In terms of obligations, we confirm this reality and allow ourselves to show its regulation by comparing it with the corresponding articles of the Civil Code.

**Keywords**

Obligations, extinction, sources, transmission of obligations. Roman Law and Civil Code.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA OBLIGACIÓN: CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 3. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN: LA PRESTACIÓN Y SUS CARACTERES. 3.1. *Requisitos de la prestación*. 3.2. *Lugar y tiempo de la prestación*. 4. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. 5. EXTINCIÓN DE UNA OBLIGACIÓN *IPSO IURE ET OPE EXCEPTIONIS*. 5.1. *Modos de extinción ipso iure*. 5.2. *Modos de extinción ope exceptionis*. 6. TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

**1. INTRODUCCIÓN**

El título de esta obra en la que tenemos el honor de participar es "Temas actuales de Derecho Privado", por lo que a priori pudiera parecer poco adecuada la idea de incluir un capítulo de Derecho Romano. Sin embargo, como afirma el insigne romanista A. Fernández de Buján "Cuanto más se

limita el estudio del Derecho al Derecho positivo, más difícil se hace que el jurista formado de esa manera sea capaz de ver más allá del texto legal y sea capaz de reformarlo"<sup>1</sup>. En efecto, la ley siempre tiene un pasado que la

1. FERNANDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Derecho Romano*, Ed. Dykinson, 2022, 6ª pp. 337 y ss.; "Acciones populares romanas: Interés público y tradición democrática", *Homenaje Prof. Luis Cazorla Prieto*, TR Aranzadi, 2021; "Un apunte sobre legitimación popular", *RGDR* 29, 201; "Actio popularis y defensa del interés general en la experiencia Jurídica romana". Ponencia presentada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, el 22 de noviembre de 2018 en el X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica. Tomo I, BOE 2019, pp. 83-90, 2019; "La defensa y protección de los derechos de los ciudadanos desde Roma hasta nuestros días", *Collection of reports and papers presented at the international scientific conference in honour of acad. Antonio Fernández de Buján y Fernández, Doctor Honoris Causa of New Bulgarian University, held on 6 November 2018*, 2019, pp. 19-40. Sobre la importancia del estudio del Derecho Romano pueden verse también, ALBURQUERQUE Juan Miguel, Concentración y ordenación urbanística del territorio romano: colonias, conventos y municipios de la Bética, *RGDR* 13, 2009; Id. Reconocimiento pretorio y jurisprudencial de la función social de los bienes destinados al uso público -Res publicae in publico usu- *RDDA*, 17, pp. 141-161 (Universidad Externado de Colombia, Revista Digital de Derecho Administrativo) 2017; Id. Negocio jurídico: introducción, revisión científica y doctrinal. *ius romanum (commercium)*, 1, 2016, pp. 36-52; Id. Reflection on the irmitana iurisdiction, ISSN 2367-7007 *IUS ROMANUM*, 2015; Id. Algunos fundamentos y convergencias de la experiencia administrativa romana sobre el medio ambiente, los recursos naturales y res publicae. *Glossae, European Journal of Legal History* (<http://www.glossae.eu> 14, 2017, pp. 27 y ss.; Id. "El principio rector de las obligaciones jurídicas entre parientes: La reciprocidad en tema de alimenta et victus", en *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano IV*, Dir. Antonio Fernández de Buján, (Coeditor, Gabriel Gerez kreaemer), Dykinson, 2021, pp. 1089-1119; Id. Substantial differences between "De penu legata and De alimentis vel cibariis legatis", (English Language) *IUS ROMANUM, Revista de Derecho de la Universidad St. Kliment Ohridski de Sofia* (Bulgaria), <http://iusromanum.eu>, I, 2020, pp.188/207. Id. *Effects of ius Latii on the roman Betic*, (English Language) *IUS ROMANUM, Revista de Derecho de la Universidad St. Kliment Ohridski de Sofia* (Bulgaria), *IUS ROMANUM*, <http://iusromanum.eu>, 2017, 2 pp. 152-164. ISSN 2367-7007. Id. La inmanencia del pensamiento de Séneca en el método educativo de la institución universitaria, *Revista General de Derecho Romano, RGDR*, nº 36, 2021, pp. 1 -24; Id. *Acciones e interdictos populares i: legitimación popular y especial referencia al interdicto popular sobre la protección de las vías y caminos públicos*, Dykinson.2022. RUIZ PINO, Salvador Algunos precedentes históricos de protección o defensa de los recursos naturales y de la salubritas en Roma: hacia un derecho administrativo medioambiental romano. *Rev. Dig. de D. Administrativo*, n. 17, 2017, pp. 91-10, primer semestre, *Universidad Externado de Colombia*, The historical roman precedent of the legal protection of natural water resources", *IUS ROMANUM, II/2021* "Nuevas perspectivas en torno a la experiencia administrativa medioambiental romana", *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano IV*, Dykinson, 2021; OBARRIO, Alfredo. "La rúbrica de decreto ad alineanda universitatis bona en la tradición jurídica tardomedieval", *RGDR*, 24, 2015, pp. 1-50; GERERZ KRAEMER, Gabriel. *Usos y Derecho de las aguas en la Hispania Romana*, Ed. Civitas. Madrid. MALAVÉ OSUNA, B. (2018) A propósito del poder político y económico de las curias durante el bajo imperio, *RGDR* 31, 2020. PENDÓN MELENDEZ, E. Algunas consideraciones sobre las con-

supedita a una necesaria revisión de las experiencias jurídicas anteriores y más aún al estudio del origen de la institución que tiene por objeto. Es necesario conocer la fuente para poder analizar la evolución y finalmente darle el tratamiento legal óptimo a toda entidad de índole jurídica contextualizándola en el tiempo y en el espacio en el que se necesita su regulación. Se trata pues atender a una especie de estudio genealógico de la institución objeto de estudio para así constatar dos verdades: la primera y sin ánimo de hacer fetichismo del Derecho Romano, es que éste sigue vigente en nuestro ordenamiento jurídico con sorprendente identidad de términos y contenidos; la segunda que sigue y seguirá nutriendo el futuro iusprivatista e iuspublicista. Hablar en términos tan generales del Derecho Romano nos infunde cierto reparo, porque en los catorce siglos de su historia desde que surge en el siglo VIII a.C. hasta que finaliza en el siglo VI d. C. con el gran monumento jurídico del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, no nos ofrece un sistema estático, muy al contrario incluso en fuentes jurídicas prejustinianas contemporáneas, nos encontramos con diferentes soluciones concernientes a una misma cuestión. Nos centraremos por tanto en citar la Compilación Justiniana, sobre todo el Digesto, por ser el lugar donde se asienta todo el saber jurídico, pilar decisivo en la historia jurídica mundial. Sin embargo, con Justiniano no acaba la vigencia del Derecho Romano que a partir del siglo XII resurge de manera esplendorosa en lo que ha venido a llamarse el Renacimiento jurídico medieval y en el que glosadores y postglosadores (1100-1500) intervienen con sus comentarios influyendo de manera decisiva en los Códigos Civiles vigentes. Después vinieron los pandectistas alemanes como Savigny, Ihering, Mommsen, éste último y sus colaboradores nos proveyeron de magníficas ediciones de las fuentes, sobre todo del Digesto. Así las cosas, en Europa a partir de los siglos XVIII y XIX varios países comenzaron a replicar las bases del derecho romano para el ordenamiento jurídico de sus estados (Código Civil francés 1804, Código Civil alemán 1900 y nuestro Código civil español 1889) legislaciones que

tratas y subastas en el sector público en derecho romano y en la actualidad, *RGDR* 18, 2012; SALAZAR REVUELTA, María., HERRERA BRAVO, Ramón, Los principia iuris como medio de armonización y unificación del Derecho europeo a través de la metodología histórico-comparativa, *Glossae, European Journal of Legal History*, n.14, 2017, pp. 818 y ss. PONTE, V. Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano. Dykinson, 2007; id. "La defensa de las vías públicas romanas. Interdictos especiales para la protección del disfrute de las viae publicae". *RGDR*, 9, 2017. JOSÉ LUIS ZAMORA MANZANO, "La influencia del Derecho Romano en Estados Unidos en el ámbito académico y jurisprudencial" *Glossae, European Journal of Legal History*, n. 17, 2020, pp. 721 y ss.

continúan vigentes aunque han sufrido varias modificaciones a lo largo de los años.<sup>2</sup>

La institución objeto de estas líneas, es la obligación y nuestra pretensión no es otra que mostrar la comparativa entre el Derecho Romano y nuestro Código civil. Para ello, nos vamos a referir a su concepto, y a algunos aspectos de su régimen jurídico como los modos de extinción de las obligaciones, sus fuentes o la transmisión de créditos. En un principio *obligatio* es un concepto limitado al *Ius Civile* y por tanto, todas aquellas relaciones obligatorias que no estuviesen tipificadas por este Derecho Civil Romano, no eran consideradas como verdaderas obligaciones careciendo de sanción jurídica. Sin embargo con la evolución de la sociedad y el desarrollo del tráfico jurídico, fue creciendo el número de relaciones no contempladas por el *Ius Civile* y es el pretor quien ante la necesidad de regular determinadas situaciones, procura el amparo procesal de las mismas. De tal modo que cuando el pretor concede una acción para proteger una situación no prevista en el Derecho Civil, no creaba una verdadera obligación. Los juristas clásicos hablaban en estos casos de *actione teneri* frente a *obligatione teneri*, esto es, el vínculo que unía al deudor con el acreedor no surgía de la obligación propiamente dicha, sino de la concesión de la acción pretoria. En el momento en que la *cognitio extra ordinem* sustituye al procedimiento formulario, pierde sentido la existencia de esta doble concepción y es en este momento cuando tanto las relaciones jurídicas civiles como las protegidas por el Pretor, son consideradas bajo el mismo concepto de obligación. *Obligatio* alcanza su dimensión actual.

## 2. LA OBLIGACIÓN: CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La obligación es hoy en sentido general, una relación jurídica en virtud de la cual una persona llamada acreedor tiene la facultad de exigir de otra persona llamada deudor, un determinado comportamiento al que llamamos prestación. La responsabilidad de su cumplimiento afectará en última instancia a su patrimonio. En un sentido más restringido, se emplea también

2. CALASSO, Francesco *Il Medio-evo del Diritto*. Ed. Giuffrè, Milán, 1954; IGLESIAS SANTOS, Juan *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Edit. Sello editorial, Barcelona, 2010; KPSCHAKER, Paul *Europa y el Derecho Romano* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009; KUNKEL, Wolfgang *Historia del Derecho Romano*. Ed. Ariel, Barcelona, 2012. LOZANO CORBI, Enrique *Roma y su gran aportación al mundo: El Derecho Romano*. Ed. Mira, Zaragoza, 1993.

la palabra obligación para referirnos sólo al deber del deudor y no al conjunto de la relación.

El Derecho Romano nos ha legado dos definiciones de *obligatio* (*ob ligare*, ligar, anudar, atar recordándonos la idea de vínculo). Una de ellas la encontramos en las Instituciones de Justiniano 3,13, pr., es atribuida al jurista Florentino y se enuncia así: "*obligatio est iuris vinculum quod necessitate adstringimus alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*", esto es, la obligación es un vínculo jurídico por el que se nos compele a cumplir algo según los derechos de nuestra ciudad.

Otro concepto nos lo aporta Paulo y lo encontramos recogido en D. 44,7,3 (lib. II Institutionum). Más que una definición, se trata de una formulación de las características diferenciales de las obligaciones frente a los derechos reales: "*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*", es decir, la naturaleza de las obligaciones no consiste en hacernos adquirir una cosa corporal o una servidumbre sino que otra persona quede constreñida a darnos algo, a hacer algo o a responder por algo. En efecto, el derecho de obligación se contrapone al derecho real que recae siempre sobre una cosa y su titular puede defenderlo *erga omnes*, frente a todos y no solo frente al dueño de la cosa. En el derecho de obligación por el contrario, siempre hay una o varias personas específicamente obligadas y el acreedor solo puede dirigirse contra el deudor *in personam*, para exigirle que cumpla la prestación correspondiente. Por este motivo, las obligaciones son también llamadas derechos personales.

El sentido originario de la obligación ha sido objeto de discusión en la romanística. Si bien parece indudable que desde la época clásica, la obligación viene considerada como un *vinculum iuris* entre acreedor y deudor, habría que remontarse a la República para descubrir su estado primigenio. En la época republicana, frente a la riqueza agraria surge la riqueza pecuniaria; aparece el dinero como unidad de valor intermediaria en los cambios. Parece aceptado que hasta entonces el comercio se basaba en la permuta en la que cada uno daba el exceso de su producción a cambio de lo que necesitaba. La economía y la riqueza agraria determinaban que todo beneficio que no proviniese de la tierra pareciese indigno, no se comprendía que quien cultiva su parcela tuviese que comprar nada que no pudiese obtener de su propiedad por lo que la economía era esencialmente domés-

tica, cerrada, sólo desvirtuada por los primeros intercambios de productos excedentes de la producción familiar. A partir de las XII Tablas sin embargo, se va a convertir en medio de pago el dinero convirtiéndose la permuta en venta, pues su valor hace que surja la idea de precio. En este contexto inicial, vamos a presenciar el surgimiento de la economía crediticia o concesión de préstamos por primera vez. En efecto, llega el momento en el que la compraventa deja de ser al contado para convertirse en venta a crédito<sup>3</sup> y es en ese preciso momento donde situamos el origen de la obligación porque cuando una persona exige que se le pague a otra un préstamo, está ejerciendo un derecho nacido de la relación que une a un acreedor y a un deudor, partes intervinientes en el mutuo o préstamo de consumo en el que una de ellas *debitor* tiene la obligación de devolver pasado un tiempo, otro tanto del mismo género y de la misma calidad al *creditor* (*tantumdem*)<sup>4</sup>.

La obligación consta de dos elementos fundamentales: el débito y la responsabilidad, es decir el deber de cumplir la prestación y la sujeción que deriva de su incumplimiento. Los pandectistas alemanes definieron ambos elementos con las palabras *schuld* y *haftung*. Conforme a la doctrina mayoritaria, la obligación en cuanto concepto unitario es la fusión de ambos elementos que surgieron de raíces diferentes y que se mantuvieron separados mucho tiempo: el deber de restituir la suma de dinero recibida en préstamo proviene del mismo mutuo mientras que la responsabilidad por incumplimiento hubo de establecerse en los primeros tiempos mediante un acto a parte denominado *nexum*<sup>5</sup> en virtud del cual una persona se somete a otra. Este antiguo y desconocido acto se relaciona con la *mancipatio* porque consiste en una especie de automancipación o sometimiento voluntario de una persona a otra para garantizar un crédito, una suerte de sujeción personal en la que el *obligatus* se encuentra en una situación de prisión redimible que acaba con la realización de la prestación. A este *nexum* solían recurrir en un principio quienes tenían una posición social y económica más vulnerable; llegó a pensarse que sólo era utilizado por deudor plebeyo y acreedor patri-

3. FERNANDEZ DE BUJÁN, Antonio, *El precio como elemento comercial en la emptio-venditio romana*, Madrid 1984. Derecho Romano cit. pp. 337 y ss.
4. Sobre el mutuo vid. SALAZAR REVUELTA, María. *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*. Ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1999. GOMEZ ROYO, Enrique. *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992. WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo. Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo. "Revista de Estudios Histórico-jurídicos", N°40, 2018, pp. 97-122.
5. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, Derecho Romano, cit. loc. cit.

cio. La condición de *nexi* en la que se vieron tantos plebeyos provocó un estado de agitación social que se suele relatar como uno de los episodios de la lucha entre patricios y plebeyos hasta la aprobación de la *lex Poetelia Papiria* en el 326 a.C. Esta ley abolió el *nexum* y se sustituyó la responsabilidad personal por deudas por la responsabilidad patrimonial prevista hoy del mismo modo en el 1911 de nuestro Código Civil (CC.) y a la que se le ha atribuido el calificativo de universal, responsabilidad patrimonial universal: "Del cumplimiento de la obligación responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros".<sup>6</sup>

Por otro lado, la noción de obligación como vínculo jurídico está directamente relacionada con el concepto de acción judicial. El deber jurídico que surge de una relación obligatoria se hace valer mediante el ejercicio de una acción, de ahí que el deudor se considere obligado *in personam*, sometido a una acción personal. Son por tanto acción y obligación conceptos inseparables en tanto que existe la obligación si el acreedor puede ejercer una acción contra el deudor para exigirle el cumplimiento de la prestación. El *debitum* de la obligación, el vínculo que supone la obligación, nace en principio en virtud del antiguo negocio de *sponsio* o juramento, declaración solemne por la cual una persona se obligaba para con otra, siendo a partir del Código Decemviral cuando deja de tener sanción religiosa como promesa juramentada y pasa a tener sanción jurídica: el promitente (*sponsor*) quedaba vinculado a un efecto jurídico, a la acción del receptor de la promesa quien podía demandar al obligado en caso de que lo prometido no se cumpliera.<sup>7</sup>

En definitiva, la obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas llamadas *creditor* (acreedor) y *debitor* (deudor), términos que se utilizaron en principio sólo para mencionar a las partes intervinientes en el contrato de mutuo pero que llegaron pronto a utilizarse para referirse al sujeto activo y pasivo de la obligación. Gayo en D. 50,16,11 (lib. I ad Edictum

6. El deudor, persona física tendría desde 2015 la posibilidad de excluir el principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el 1911 CC, acogiéndose a los preceptos de la llamada Ley de la segunda oportunidad aprobada por Real Decreto-Ley 1/2015 de 27 de febrero bajo el título "de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social".

7. MAGDELAÍN, André. *Essai sur les origines de la sponsio*. Ed. Tepas, París, 1943. D'ORS, Alvaro. "Creditum y contractus". *Anuario de Historia del Derecho Español*, Nº26, 1956. ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio. *Derecho Romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.

provinciale), nos señala que "*Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur*" es decir, no solamente son llamados acreedores los que prestaron dinero, sino también todos aquellos a los que por cualquier cosa se les debe.

### 3. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN: LA PRESTACIÓN Y SUS CARACTERES

El contenido de la obligación es la actividad que el deudor debe realizar en favor del acreedor, prestación. El objeto de la prestación se resume en tres verbos en el Derecho Romano, *dare, facere et praestare*. El término *dare* indica que la prestación consiste en el traspaso de la propiedad de una cosa o de un derecho real al acreedor. *Facere* significa en sentido positivo la realización de un acto positivo, hacer algo, y en sentido negativo, un no hacer. *Praestare* suele emplearse para aludir al contenido de la obligación en general, ya consista en dar o hacer o en ninguna de las dos cosas como ocurre en el supuesto de asunción de una garantía por parte del deudor. Como nos indica su sentido etimológico *praestare* es responder por algo, de algo, hablándose entonces de *dolum, culpam, custodiam, diligentiam praestare*. En la misma línea, el art. 1088 del CC. se enuncia "Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa".

Respecto a las obligaciones de dar alguna cosa, el art. 1094 CC. establece que el deudor en estos casos está también obligado a conservar la cosa con la diligencia debida y el 1095, añade que el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla pero sin adquirir derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.

#### 3.1. REQUISITOS DE LA PRESTACIÓN

a) La prestación ha de ser en primer lugar posible así nos lo señala Celso en D. 50,17,185: "*impossibile nulla obligatio est*", esto es, la obligación imposible es nula. La imposibilidad puede ser física y jurídica. Sucede lo primero si por ejemplo el vendedor ejecuta la venta de una cosa que no existe en el momento de contratar y ocurre lo segundo, si la cosa objeto de la obligación está fuera del comercio de los hombres "*res extra commercium*". Por otro lado, cuando no se trata de imposibilidad objetiva, sino que atañe a la persona del deudor, la obligación surge válidamente de tal manera que la insolvencia, dificultad económica o de otra suerte en la que pudiera encontrarse el deudor, no impide el nacimiento



de la obligación. Respecto a los requisitos de la prestación el CC. no los incluye en materia de obligaciones en general sino en la regulación de los contratos (arts. 1271-1273) considerándose por extensión a todas las obligaciones. Respecto a la imposibilidad el art. 1272 CC establece que "No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles". Esto es, nadie puede considerarse vinculado a realizar actos imposibles<sup>8</sup>.

b) La prestación ha de ser lícita, es decir, no contraria a ley ni a la moral. Siendo en otro caso nula. Según el art. 1271.3 CC: "pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres". La licitud no se refiere sólo a que la prestación sea conforme con las leyes sino que ha de serlo también con los valores o principios del ordenamiento jurídico, que es un concepto jurídico indeterminado amplio e impreciso. Del mismo modo el art. 1255 CC. establece al respecto lo siguiente: los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

c) Ha de ser siempre determinada o determinable: debe reunir los elementos objetivos suficientes para su determinación. Así por ejemplo, el precio de la cosa será 300 sextercios (determinada) o será el que tenga la cosa objeto del contrato el día X en el mercado o será lo que un tercero ajeno a la relación jurídica fije en el supuesto de que se confíe la determinación a un árbitro, persona leal y justa. El art. 1273 CC declara que "El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes. sólo existe obligación cuando sabe a qué está obligado y el acreedor sobre lo que puede reclamar. En rigor por tanto y aunque referido sólo al contrato, el CC. recoge literalmente el postulado romano señalando que basta con que la prestación sea determinable.

d) La prestación ha de tener carácter patrimonial o lo que es lo mismo, debe ser evaluable en dinero. Ha de proporcionar un interés económico para el acreedor .

8. Del mismo modo, que en el Derecho Romano, La imposibilidad originaria conlleva el no nacimiento de la obligación, pero la imposibilidad sobrevenida no afecta al nacimiento sino al cumplimiento y cuando sea imputable al deudor éste deberá hacer frente a la indemnización por daños y perjuicios.

### 3.2. LUGAR Y TIEMPO DE LA PRESTACIÓN

En cuanto al lugar de la prestación será aquel que hayan determinado las partes y si no hay acuerdo al respecto, hay que distinguir entre cosas genéricamente o individualmente determinadas. En el primer caso, el lugar será aquel en el que se ha de entregar la prestación, esto es, se exigirá su cumplimiento en el domicilio del deudor, mientras que en el segundo caso, el lugar será siempre donde se encuentren las cosas. Refiriéndonos al tiempo del cumplimiento, del mismo modo nos atenderemos al que fijen las partes y solo si no hay acuerdo, habremos de estar a la naturaleza de la obligación. En nuestro CC. el art. 1171 expresa que el pago deberá efectuarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el domicilio del deudor. Respecto al momento del cumplimiento será también el pactado o en su defecto, desde el mismo instante de su nacimiento. Así recogen la norma romana los artículos 1113 CC. referido a la obligación pura y 1125 respecto a las obligaciones a plazo.

### 4. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Entendemos por fuentes de las obligaciones, aquellos hechos jurídicos que hacen nacer o surgir una obligación. Los juristas clásicos no dejaron una clasificación al respecto, sin embargo, Gayo, en sus Instituciones 3,88 nos dice "*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*" esto es, toda obligación nace de un contrato o de un delito. El mismo jurista en su obra *res cottidianae* añade una tercera categoría a las ya existentes al constatarse que supuestos como el pago de los indebido o la gestión de negocios ajenos no podían incluirse en la bipartición prevista y establece que las obligaciones pueden surgir también *ex variis causarum figuris*. Aún así la clasificación resultaba ambigua y esas otras diversas causas finalmente fueron determinadas por Justiniano quien es sus Instituciones 3,13,2: *aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*. Con el *quasi*, Justiniano indica dos figuras analógicas al contrato y al delito que más tarde los juristas medievales convirtieron en cuasicontratos y cuasidelitos.

Por último, Modestino en D. 44,7,52,pr. en relación con algunas obligaciones surgidas directamente de los preceptos normativos como las deri-

vadas de las relaciones de vecindad, habla de la ley como fuente de la obligación y en la misma línea se enuncia el art. 1089 del CC.<sup>9</sup>

Respecto al delito como fuente de la obligación debemos decir que aunque no siempre, la comisión de un delito puede hacer surgir una obligación para el delincuente. La pena tiene un carácter sancionador pero la víctima desde un punto de vista civil debe ser indemnizada, debe repararse el daño que ha sufrido como consecuencia de la actividad delictiva padecida, es la llamada responsabilidad civil independiente de la responsabilidad penal.

Se discute sobre cual fue la primera fuente de la obligación, si el delito o el contrato y aunque tradicionalmente se mantuvo la idea de que el delito tuvo lugar en primer lugar, finalmente parece que es el contrato el que ocupa ese lugar. En efecto, cuando se cometía un delito en la etapa primitiva, la regla general era el sometimiento del delincuente a la víctima o a su familia pero esta situación no perduró mucho en tanto que cuando se implantó la administración de justicia pública, se impuso la necesidad de que ofendido y ofensor lleguen a un acuerdo, a una composición pecuniaria, por lo que podemos decir entonces que la fuente primigenia de la obligación no es el delito sino el contrato o pacto en el que las partes llegan al acuerdo de la compensación económica. La ecuación sería que el delito es la causa del contrato y el contrato de la obligación.

De los componentes de la tradicional clasificación cuatripartita de las fuentes de las obligaciones, el más discutido por la doctrina romanista y civilista es el cuasidelito. Basta recordar que Kunkel<sup>10</sup> le negaba el valor científico y que D'ors<sup>11</sup>, lo califica de monstruo jurídico, estando en la mente de la mayoría de los autores la idea de que es imposible explicar la diferencia entre el delito y el cuasidelito. En las *Res cottidianae* de Gayo aparece por primera vez este concepto cuando el jurista se refiere a ellos como *quasi ex maleficio teneri* entendiendo el término *maleficiium* como sinónimo de *delictum*. Justiniano después reproducirá esta clasificación de manera definitiva y finalmente podemos decir que se entiende por cuasidelito aquel hecho ilícito que no se tipifica como delito pero que engendra obligaciones del mismo modo por causar un daño.

9. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, "Derecho Privado Romano", 2ª Ed. 2007, pp. 251 y 253.

10. KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, Trad. Esp. Barcelona 1937, pp. 275 y 276.

11. D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, Pamplona 1960, 5ª Ed. pp. 189.

Finalmente, en la misma línea, el cuasicontrato hace referencia a aquella situación jurídica que sin ser contrato por faltar el elemento esencial del acuerdo genera aún así obligación.

## 5. EXTINCIÓN DE UNA OBLIGACIÓN *IPSO IURE ET OPE EXCEPTIONIS*

La obligación se extingue cuando tiene lugar uno de los hechos jurídicos a los que la ley atribuye la virtud de hacer desaparecer el vínculo que existe entre deudor y acreedor. A estos hechos los conocemos como modo de extinción de las obligaciones y a la extinción en sí misma, los romanos la designaron con el término *solutio* que del mismo modo que *solvere*, implica la idea de desatar, desligar, soltar.

En el Derecho Romano primitivo, el concepto de disolución de la obligación tenía un marcado cariz formal en consonancia con el espíritu de solemnidad presente en todas las instituciones jurídicas de ese momento. Inspirada en el principio de *contrarius actus*, la disolución opera reproduciendo la misma formalidad por la que se contrajo la obligación pero en sentido contrario, es decir, si la obligación resultaba de un acto formal consistente en frases y ceremonias solemnes, para que se considerase disuelta se requería de la celebración del mismo acto formal, solemnidad simétrica en sentido contrario a la que originó la obligación.

Esta rigidez inicial en origen, resultó más tarde modificada por dos motivos fundamentalmente: la aparición de los contratos y convenciones no formales y la sustitución del proceso de acciones de ley por el procedimiento formulario. En efecto, los contratos consensuales limitaban la forma de resolución al pago o a actuaciones por él asimiladas sin más formalidad. En relación con la aparición del proceso formulario, el motivo viene a ser que el pretor concedió en supuestos de obligaciones civilmente vivas, *una exceptio* con la que el demandado podía analizar la reclamación de su cumplimiento, por lo que la subsistencia civil quedaba desprovista de efectos y por tanto, se empezó a considerar como un modo de extinción de la obligación. A ello, habría que añadir el hecho de que la intransmisibilidad de algunas obligaciones a los herederos, colocaba a la muerte entre las formas de extinción y de que ya en época clásica se admitieron más formas de extinción, distinguiendo las siguientes categorías:

- a) Modos sustanciales y modos meramente formales: los primeros hacen referencia a las actuaciones efectivas de aquellas conductas que constituían la pretensión del acreedor o que resultaban equivalentes (pago o similares). Los segundos paralizan la obligación sin atender a la satisfacción del acreedor, es decir a si ha sido pagado o no. De ellos, unos requieren solemnidad como la *nexi liberatio* o la *acceptilatio* y otros no, como el *pactum de non petendo*.
- b) Modos de extinción *ipso iure* y *ope exceptionis*: El punto de partida de esta distinción radica en la diferencia entre el *ius civile* y el *ius honorarium*. Los primeros destruyen el vínculo y la acción que protege el derecho de crédito desaparece automáticamente. En los modos de extinción *ope exceptionis*, ocurre que a pesar de que la obligación subsiste, el deudor puede paralizar la acción del acreedor mediante la excepción concedida por el pretor.
- c) Modos voluntarios e involuntarios: Los primeros se dan por acuerdo de ambas partes o por voluntad de una de ellas (pago). Los segundos, no dependen de la voluntad de los intervinientes, como la muerte o el transcurso del tiempo.

### 5.1. MODOS DE EXTINCIÓN IPSO IURE

a) El pago o *solutio*: el modo natural de finalizar una relación obligatoria es el pago, esto es, el cumplimiento de la prestación sea cual sea su naturaleza, no solamente la entrega de dinero. Para que el pago sea válido, en el supuesto en el que la obligación es personalísima, es decir, cuando se han tenido en cuenta las características concretas de la persona del deudor, éste es el único que puede realizar la prestación, por ejemplo cuando se ha contratado a un retratista para un cuadro, del mismo modo se expresa el art. 1161 CC. En otro caso, la prestación puede ser realizada por otra persona distinta del deudor aún sin él saberlo e incluso en contra de su voluntad y este postulado romano se repite en el 1158 CC. Del mismo modo, el art. 1162 se enuncia en términos romanos cuando establece que el acreedor es el que normalmente recibe la prestación pero para que el pago sea válido puede recibirla también su representante legal (tutor, curador, etc.) o voluntario (*procurator*), en definitiva, cualquier persona que haya sido autorizada por el acreedor para recibir el pago.

En términos generales respecto al modo en que ha de llevarse a cabo el pago, la exigencia es que se haga realizando la plena y exacta realización de la prestación debida (art. 1166 CC.) Sin embargo, podemos señalar algunas excepciones como cuando el deudor, aunque solvente, carece de aquellos objetos con los que debe pagar y se le permite pagar con otros diferentes, es la llamada *datio in solutum* que extingue la obligación de forma automática según el pensamiento de la escuela proculeyana mientras que los sabianianos postulaban que la extinción en este caso no puede ser otra que a través de excepción. En el 1175 del CC. se establece una institución parecida llamada pago por cesión de bienes, de tal modo que se le permite al deudor ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. El texto legal aclara que salvo pacto en contrario, sólo se libera de este modo el deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos.

Sobre cómo ha de realizarse del pago, debemos hacer referencia también a la institución de la imputación de pagos: Si el deudor tuviese varias deudas respecto al mismo acreedor, cuando el deudor realiza un pago parcial, si ninguno de los dos lo declaran, las fuentes señalan las reglas de preferencia, declarando imputable el pago a los intereses primero y luego al capital, el crédito vencido antes que el más moderno y al crédito más oneroso antes que al de menos valor. Así lo recogen literalmente los arts. 1172 a 1174 de nuestro Código.

El *locus solutionis* o lugar del pago, siempre se ha de atender al acuerdo de las partes en el momento de constitución de la obligación, si no hay acuerdo, el lugar del cumplimiento será el domicilio del deudor salvo que estemos ante una obligación de entrega de cosas en cuyo caso, se exigirá la prestación en el lugar donde esas cosas se hallen. El Derecho Justiniano, el deudor, en las obligaciones de entregar una cosa podría liberarse de la obligación realizando un depósito en *publicum* de dicha cosa cuando el acreedor no se presenta donde debiera para recibirla. Otra vez el Código Civil reproduce el Derecho romano en sus arts. 1176 al 1181.

El momento del pago también debe ser fijado por los interesados en el inicio de la obligación, aunque siempre que se le haya dado un plazo benéfico para el deudor, éste puede adelantarse al momento establecido. Si no se señaló ningún plazo, ni se puede deducir de la naturaleza de la obligación, deberá efectuarse de manera inmediata al surgimiento de la obligación. Del mismo modo el 1169 CC. establece que a menos que en el con-

trato expresamente se autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en las que consista la obligación.

b) *Solutio per aes libram* o lo que es igual, liberación de la obligación por la celebración del ritual del bronce y la balanza, propio de los primeros tiempos y pensado para destruir el *nexum* creado por la *mancipatio*. Digamos que el ritual de la *nexi liberatio* era necesaria para desvincular a las partes.

c) *Acceptilatio*: Es un sencillo ritual que consiste en una pregunta y una respuesta verbal contrario a la *stipulatio* pero con la misma forma.

d) *Contrarius consensus*: En este caso, las obligaciones surgidas por el consentimiento de las partes pueden disolver el vínculo prestando un consentimiento contrario.

e) *Novatio*: Cuando se sustituye una obligación por otra en la que resulta algo diferente de la anterior, hablamos de novación. Los romanos solían realizar la *novatio* a través de un contrato verbal (*stipulatio*) o escrito (*transcriptio*). La novación exige el cumplimiento de una serie de requisitos: El primero de ellos es que exista una obligación perfectamente constituida, ya sea obligación civil, natural o pretoria que una vez novada desaparece con todos sus accesorios (prendas e hipotecas). En segundo lugar, obviamente se requiere que se cree una nueva obligación para sustituir a la precedente que como hemos avanzado, debe surgir de una *stipulatio* o una *transcriptio*; aunque no se conoce la fórmula es evidente que las estipulaciones deben producir efectos diferentes a los de la obligación original, el *aliquid novi*, algo nuevo, que deje clara la diferencia entre una obligación y otra que pretende ser novada. Puede ser que el cambio se produzca en la persona del deudor o acreedor (novación subjetiva) o en la naturaleza de la obligación (novación objetiva). Es frecuente la novación subjetiva cuando un acreedor que es deudor de alguien, pide a su deudor que se obligue para con su acreedor (*delegatio*).

Por otro lado, es necesario para que la novación sea válida que el objeto de la nueva y antigua obligación sea idéntico, *idem debitum*, de tal modo que si no cambiasen acreedor ni deudor o demás elementos pero sí el objeto de la obligación, la novación no se realiza con efectos extintivos. En el Derecho Justiniano, la estipulación deja de ser contrato formal y la intención de las partes cobra ahora más protagonismo, por lo que se va a añadir un requisito

más, el *animus novandi*, o intención de novar de las partes que es la que determina el efecto novatorio o no con independencia de que cambie o no el objeto de la obligación por lo que el *idem debitum* desaparece en Derecho Justiniano que sólo exige la obligación original, la nueva, la estipulación novatoria, algo nuevo y la intención de novar. La novación la incluye nuestro código civil como forma de extinción de la obligación en sus arts. 1203 a 1213.

f) *Concursus duarum causarum lucretivum*: El concurso de causas es un modo de extinción de las obligaciones que consisten en dar una cosa cierta o determinada y se produce cuando el objeto pasa a ser propiedad del acreedor con anterioridad al cumplimiento de la prestación. Es por tanto la imposibilidad sobrevenida la que determina la extinción.

g) *Confusio*<sup>12</sup>: En los supuestos en los que se reúne en una misma persona las cualidades de deudor y acreedor, se dice que la obligación se extingue por confusión. El Código Civil en sus art. 1192 establece que quedará extinguida la deuda de este modo a excepción del caso en el que la confusión tenga lugar en virtud de título de herencia, si ésta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario.

## 5.2. MODOS DE EXTINCIÓN OPE EXCEPTIONIS

Entre los modos de extinción de las obligaciones que suponen la paralización de la acción judicial del acreedor a través del ejercicio de la excepción concedida por el pretor, nos encontramos la compensación de créditos y el *pactum de non petendo*.

- a) *Compensatio*: Esta forma de extinción consiste en oponer los créditos que tienen de forma recíproca el acreedor y el deudor y saldarlos hasta la cantidad concurrente. Para ellos, los créditos deben ser en dinero o en cosas fungibles de la misma especie, ambas obligaciones han de estar vencidas y ser válidas ya sean naturales o civiles y por último debe aparecer con absoluta claridad lo que se opone. Idéntico régimen el de la compensación regulada en los arts. 1195 a 1202.

12. Sobre la confusión de las obligaciones, puede verse JIMENEZ SALCEDO, Carmen "Efectos extintivos de la confusión en las relaciones jurídicas en Derecho Romano", Dykinson 2017.

- b) *Pactum de non petendo*: Es el pacto en el que el acreedor promete al deudor no exigir el pago por lo que si bien no extingue la acción sí que es posible oponer la *exceptio pacti conventi*. El pacto es *in personam* cuando la promesa del acreedor se refiere al deudor en concreto y sólo con respecto a él se considera extinguida la obligación, pero también cabe la posibilidad del pacto *in rem* cuando el acreedor se compromete a no exigir el cumplimiento de modo general respecto a todos sus deudores, sus herederos y fiadores. Respecto del *pactum de non petendo*, se encuentran opiniones diversas en la doctrina. Así según algunos autores no se puede decir que el 1188 CC. referente a la condonación de la deuda pueda reflejar el *pactum de non petendo* romano, son figuras distintas ya que éste no extingue la obligación o la deuda. Otros autores han querido ver un reflejo de este pacto de no exigir romano en el concurso de acreedores y en la quita y espera<sup>13</sup>.
- c) Por último se extinguen ope exceptionis también las obligaciones en las que se ha dejado transcurrir el tiempo en el que el acreedor podía haber ejercitado la acción correspondiente fijado finalmente en una constitución de Honorio y Teodosio en una constitución del 324 d.C. y para todo tipo de acciones en 30 años. La *exceptio temporis* otorgada al deudor es la que procedería en estos casos. El artículo 1964.2 del Código Civil dispone que el ejercicio de las acciones personales que no tengan señalado expresamente un plazo de prescripción específico para su ejercicio, prescribirá a los cinco años desde que se pudiera exigir el cumplimiento de la obligación.

## 6. TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Los ordenamientos jurídicos actuales conciben el derecho de crédito como un valor económico que su titular puede vender, donar y en general traspasar a otra persona, del mismo modo que se transfiere la propiedad de una cosa. En el Derecho Romano la primitiva concepción de la obligación como un vínculo puramente personal que unía al deudor y acreedor, chocaba con la idea de que éste pudiera ceder a otro las facultades de las que dispone respecto al primero. Con el tiempo y con el desarrollo del comercio en Roma y una economía cada

13. FUENTESECA, Cristina, El *pactum de non petendo*. El concurso de acreedores, El contenido de los artículos 1919 y 1920 del Código Civil. La quita y la espera. Breve alusión al convenio de suspensión de pagos. *V. Lex*, 2015.

vez más compleja, aparece la necesidad de intercambiar créditos pero el concepto de obligación estaba tan arraigado que los procedimientos utilizados para la cesión presentaban una difícil estructura. Gayo pone de manifiesto que la obligación no es susceptible de transmisión por *mancipatio*, por *in iure cesio* o por *traditio*. Si alguien quisiese que otra persona fuese acreedora de lo que le es debido, no puede conseguirlo por ninguno de los modos de transmisión de las cosas corporales, sino que precisa de una novación subjetiva en la persona del acreedor; así puestos de acuerdo el acreedor cedente, deudor y cesionario, estipulan extinguir la obligación existente entre los dos primeros, creando otra nueva que la sustituye y en la que el cesionario pasa a ser el acreedor siendo requerido el consentimiento del deudor en las formas exigidas por el procedimiento de *legis actiones*. Sin embargo, con la aparición del proceso formulario, surge una nueva forma de ceder los créditos a través de la representación procesal. El acreedor cedente otorga mandato al acreedor cesionario para que actúe judicialmente contra el deudor. Al acreedor cesionario se le llama procesalmente *cognitor* o *procurator* y actúa en nombre del mandante pero en beneficio propio: *procurator in rem suam*. El problema que plantea esta forma de transmisión es que antes de la *litis contestatio*, el mandante siempre podría revocar el mandato y exigir el crédito, pero sobre todo lo que ocurre es que en caso de fallecimiento, la autorización para la representación judicial quedaría extinguida. En Derecho imperial, estos inconvenientes se van a ver corregidos con la medida de prohibición al deudor de pago al acreedor cedente en vez de al procurador. El acreedor que reclamase el pago una vez efectuado el mandato al procurador o acreedor cesionario, era rechazado en sede judicial con la *exceptio doli*. Además, en caso de fallecimiento del mandante, el mandatario cesionario tendría a su disposición una acción con carácter útil (*actio utilis*) en virtud de un rescripto de Antonino Pio. Por otro lado, una disposición atribuida a Gordiano, establece que el cesionario podrá asegurarse el cobro del crédito, incluso sin haber tenido lugar la *litis contestatio*, notificando al deudor la existencia de la cesión y manifestándole su voluntad de tenerlo como deudor. Con tales reformas, ya no estamos tanto ante un mandato para reclamar judicialmente el crédito transmitido, sino más bien ante una verdadera cesión en la que el nuevo acreedor tiene derecho a hacer efectivo su crédito en nombre propio<sup>14</sup>. Sobre la transmisión de créditos y demás derechos incorporales, dedica el Código Civil el capítulo VII del título IV del libro IV relativo al contrato de

14. FERNANDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Romano*, cit. p 370. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Derecho Privado*, cit. pp. 242 y ss.

compraventa en el que se refiere a la cesión como venta de créditos. Por otro lado, el art. 1112 establece que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario.

## Desigualdad social y exclusión de derechos en la antigua Roma: la plebe frente a la aristocracia senatorial

SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ  
*Profesor Titular de Derecho Romano*  
*Universidad Rey Juan Carlos*

### Resumen

En el amplio catálogo de desigualdades que conoció el Mundo Antiguo, el artículo se centra en la separación social que existió, desde los orígenes de Roma, entre dos colectivos humanos, los patricios y los plebeyos. Excluidos de muchos derechos desde los primeros tiempos, los plebeyos fueron conquistando espacios de igualdad jurídica, aunque siempre con limitaciones. Criterios sociológicos antiguos como el linaje y la riqueza fueron muy difíciles de derribar. Partiendo de los orígenes de ambos estamentos y la separación de clases, se estudian especialmente los limitados derechos políticos de los plebeyos (durante la República) y las desigualdades en la aplicación del Derecho Penal (durante el Imperio).

### Palabras clave

Desigualdad, Discriminación, Patricios, Plebeyos, Derechos Políticos, Derecho Penal Romano

### Abstract

In the vast catalogue of inequalities that the Ancient World knew, the article focuses on the social separation that existed, from the origins of Rome, between two human groups, patricians and plebeians. Excluded