

II. Clasificación de las obligaciones . . . . .	129
1. Según sus fuentes. Obligaciones nacidas de contrato, de delito o de otras varias figuras causales ( <i>variae causarum figurae</i> ) . . . . .	129
2. Clasificación de las obligaciones atendiendo a su eficacia . . . . .	131
A. Civiles y naturales . . . . .	131
B. Civiles y honorarias . . . . .	133
3. Las obligaciones según su objeto . . . . .	134
A. Dare . . . . .	134
B. Facere . . . . .	136
C. Praestare . . . . .	136
D. Otras divisiones según su objeto . . . . .	136
4. Clasificación de las obligaciones según si están o no sujetas a modalidad . . . . .	142
A. Otras modalidades distintas de la condición: el plazo y el modo . . . . .	143
5. Las obligaciones desde el punto de vista de los sujetos vinculados . . . . .	144
A. De sujeto variable o “ambulatorias” . . . . .	144
B. Obligaciones con pluralidad de sujetos . . . . .	144
C. Obligaciones contraídas en favor de terceros . . . . .	149
D. Obligaciones estipuladas a cargo de terceros . . . . .	149

## II. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

### 1. SEGÚN SUS FUENTES. OBLIGACIONES NACIDAS DE CONTRATO, DE DELITO O DE OTRAS VARIAS FIGURAS CAUSALES (VARIAE CAUSARUM FIGURAE)

Cuando estudiamos los derechos reales, observamos que éstos nacen a consecuencia de ciertos hechos que el ordenamiento romano considera idóneos para configurar una titularidad real, sea de dueño, de usufructuario, etcétera. La romanística moderna los denomina “modos de adquirir” aunque las fuentes romanas no utilizan dicho término, y sólo distinguen entre aquellos actos en cuya virtud “la propiedad se puede transferir, ya por el derecho natural, como sucede con la *traditio*, ya por el derecho civil, como en efecto ocurre con la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *usucapio*” según señala Gayo en *Institutas*, II, 65.

En el ámbito obligacional, también existen determinados hechos jurídicos a los cuales —específicamente— el ordenamiento romano atribuye la fuerza o eficacia de hacer nacer obligaciones. Se llaman causas de las obligaciones (*causae obligationes*) y en la terminología moderna “fuentes de las obligaciones”. La piedra angular en este punto se encuentra en *Institutas* de Gayo, III, 88, cuando, a modo de invitación al tema señala textualmente: “Y ahora, pasemos a las obligaciones, cuya división fundamental se reduce a dos especies, pues toda obligación, o nace de un contrato o nace de un delito” (“*obligatio ex contractu nascitur. . . ex delicto nascitur*”).

Ahora bien; en cuanto al desarrollo de esta idea fundamental digamos desde ya que su fase epigonal se encuentra en las *Instituciones* de Justiniano, que amplía la original y clásica bipartición gayana (contrato, delito) a una cuadripartición: “Las obligaciones o nacen de un contrato o de un cuasi contrato o de un delito o de un cuasi delito” (“*Sequens divisio in quator species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio*”) (*Instituciones*, 3, 13, 2).

En la doctrina romanística, no hay uniformidad acerca de los aspectos evolutivos que condujeron a la cuadripartición justiniana.

En sí, la clasificación bipartita de Gayo había resultado insuficiente porque marginaba una serie de hechos generadores de obligaciones que no podían encajar en la categoría de los contratos, sustancialmente por falta de acuerdo o *convenio* entre los sujetos que resultaban obligados; tampoco podían subsumirse en la categoría de los delitos aquellos hechos ilícitos que el tradicional *ius civile* no catalogaba como tales, aun cuando hubieren tenido en la era clásica sanción pretoria; para Gayo, en sus *Institutas*, esta circunstancia no fue suficiente para “ampliar” el catálogo.

Una parte de la doctrina romanista estima, no obstante, que el mismo Gayo, en una obra suya ulterior a las *Institutas* conocida como *Res cottidiane* le añade a su primera división bipartita una tercera fuente, compleja y difusa: las “varias figuras causales” (de obligaciones): “Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut *proprio quodam iure ex varii causarum figuris*”, recogido en *Digesto*, 44, 7, 1.

Si bien la investigación romanística de esta segunda mitad del siglo xx ha demostrado que este agregado no es atribuible a Gayo sino a un jurista (indeterminado) del periodo posclásico, autor de una nueva versión de sus *Institutas* denominadas *Res cottidiane*,<sup>21</sup> lo cierto es que de todos modos, quienquiera que fuere su autor, la división tripartita de las fuentes de las obligaciones (contrato, delito y varias figuras causales) influyó decididamente en la compilación de Justiniano. Los compiladores bizantinos en el ámbito de las *variae causarum figuris* insertaron todos aquellos actos y hechos *licitos* generadores de obligaciones que en común tenían el solo carácter negativo de no ser contratos por *no ser acuerdos de voluntades (conventiones)* y los denominaron en conjunto bajo el rótulo de “*quasi ex contractus*”, es decir, hechos productivos de obligaciones que nacen “como de contrato”.<sup>22</sup> Nuestro lenguaje jurídico los llama “cuasicontratos”.

También en el ámbito de las *variae causarum figuris*, los compiladores bizantinos insertaron todos aquellos hechos *illicitos* que por vía pretoriana habían sido sancionados con una *actio* que obligaba a su autor a pagar una pena pecuniaria; hechos ilícitos que hasta entonces no habían sido considerados en el tradicional catálogo de los “*delictos o maleficii*”.

Desde un punto de vista general, y considerando los caracteres esenciales del contrato y del delito perfilados en la fase posclásica justiniana, es del máximo interés anotar lo investigado por el insigne roma-

<sup>21</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 398.

<sup>22</sup> Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 294.

nista Emilio Albertario,<sup>23</sup> quien afirma que en esta etapa epigonal, se generalizó y distinguió en forma clara y separada el concepto del contrato y del delito “poniendo como elemento esencial del primero el acuerdo de los contratantes y como elemento esencial del segundo el dolo del culpable”.

Señala enseguida que en la referida etapa evolutiva, se colocó el “cuasicontrato” cerca del contrato “para indicar con la nueva terminología (que sustituye la compleja de ‘varias figuras causales’) los actos lícitos productivos de obligaciones en los cuales falta el consentimiento o acuerdo de las partes (*conventio*); y se colocó el ‘cuasidelito’ cerca del delito, para indicar con la nueva terminología los *actos ilícitos culpables*”.<sup>24</sup>

## 2. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES ATENDIENDO A SU EFICACIA

### A. Civiles y naturales

Obligación civil es aquella que está amparada por una acción, la que permite al acreedor reclamar judicialmente, en caso necesario, del eventual incumplimiento del deudor.

Obligación natural, en cambio, es aquella que no otorga acción alguna al acreedor para exigir su cumplimiento. No obstante, tiene un amparo jurídico que podría calificarse de limitado o parcial: en caso de cumplimiento voluntario de la obligación por el deudor natural, permite al acreedor de esta misma especie retener el pago o *solutio* en caso que después, el deudor, quisiere obtener restitución, alegando que no estaba civilmente obligado.

En términos procesales, ante la acción personal interpuesta por el deudor para obtener devolución alegando pago de lo no debido (*con-*

<sup>23</sup> Albertario, Emilio, *Studi di diritto romano*, volume terzo, “Obbligazioni”, Milano, Giuffrè, 1936, p. 98.

<sup>24</sup> La opinión de Albertario no coincide con la de Arangio-Ruiz particularmente en la distinción *delito-cuasidelito*. Señala que en el derecho justiniano, no se alcanzó a cualificar el delito como acto doloso (intencional) y al cuasidelito como acto culpable (derivante de negligencia), pues *v. gr.* el *damnum iniuria datum* está comprendido claramente entre los delitos y se funda en el daño causado culpablemente en una cosa ajena. Y todo ello, aun cuando —reconoce— existió una tendencia entre los compiladores justinianos orientada a la identificación delito-dolo y cuasidelito-culpa. Para Arangio-Ruiz, en esencia, el *quasi ex delicto* es el hecho ilícito tutelado por una acción pretoria y no por la antigua corriente del *ius civile*, es decir, su existencia se aferra a una cuestión de carácter histórico y no a una específica diferencia estructural con el *delicto*. *Cfr.*, Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 295.

*dictio indebiti*) el acreedor le opone una *excepción* o defensa que le permite retener el pago (*solutio retentio*).

El origen de esta institución se encuentra en la era romanoclásica, donde ciertas personas sometidas a potestad como los *filií familias* y los *servi*, no obstante su falta de capacidad para realizar por sí y para sí negocios jurídicos, solían de hecho hacerlo con terceras personas; por ejemplo un mutuo, una compraventa.<sup>25</sup>

En tal caso, el ordenamiento romano clásico entiende que estos contratos no generan precisamente *obligaciones*, sino tan sólo *deberes naturales* o morales, admitiendo el principio de que tal especie de relación crediticia no es tutelable por una *actio*.

Atendida la incapacidad de las personas sometidas a potestad, es nula toda acción dirigida en su contra ("*nulla actio est*")<sup>26</sup> lo cual puede interpretarse como una medida de protección dirigida en beneficio de quienes no están habilitados por el derecho para ser *debitores* atendida su sujeción a la potestad del *pater* o bien del *dominus*.

Lo expuesto, desde luego, atañe a la protección que dispensa el derecho romano clásico a la parte deudora en las referidas circunstancias. Pero todo esto exige, para la otra parte, o sea el *creditor*, una reciprocidad que restablezca el equilibrio del criterio de solución. Y tal equilibrio se obtiene permitiendo al acreedor retener lo que voluntariamente le hayan pagado las personas sometidas a potestad, oponiendo en caso necesario, la *solutio retentio* antes referida.

Además de las obligaciones contraídas por personas incapaces, en concepto del romanista Bonfante son también *naturales* las obligaciones del *ius civile* extinguidas por la prescripción, esto es, no reclamadas judicialmente, en caso de incumplimiento, dentro del plazo que el ordenamiento jurídico otorga al acreedor para hacerlo.<sup>27</sup>

También se incluyen en la categoría de obligaciones naturales, aquellas que proceden de negocios a los que faltan las solemnidades o formas del *ius civile*, esto es, en el concepto comúnmente entendido "cualquier acuerdo no formal".<sup>28</sup> "El acuerdo puro y simple es decir, el *pactum*, se caracteriza esencialmente por su eficacia procesal negativa, y bajo esta consideración es puesto de relieve, las más de las veces, por los juristas. Afirmase que '*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*'; también se dice que '*ex nudo pacto actio non nascitur*'.

<sup>25</sup> Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 411.

<sup>26</sup> Di Marzo, *op. cit.*, p. 227.

<sup>27</sup> Bonfante, *op. cit.*, p. 402.

<sup>28</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 457.

Justamente así, en estos términos, se contraponen el *nudum pactum*, incapaz de producir acción, a la *stipulatio*,<sup>29</sup> forma contractual típicamente productiva de obligaciones civiles provistas por tanto de *actio*.

Bajo Justiniano, se busca identificar la esencia de la obligación natural con el *ius naturale* (derecho natural), entendido como el conjunto de principios "siempre buenos y equitativos" (*ius semper aequum ac bonum*). Albertario, citando a Perozzi, explica que allí se encuentra la razón del tratamiento justiniano de la obligación natural, que resulta tutelada casi como *obligatio civilis*, salvo la carencia de acción: "Para Justiniano la obligación natural no era una *nulla obligatio* como era para los clásicos la obligación servil, sino una obligación que tenía existencia efectiva, si bien frente al ámbito natural.

"Es por ello que él creyó procedente atribuir a la obligación natural todos los efectos propios de una obligación civil, salvo... la *actio*. De allí entonces que Justiniano haya establecido que cualquier obligación natural puede ser *novada* (cambiarse a obligación civil por el acto de la 'novación' cuyos alcances generales luego observaremos); puede también oponerse en compensación a un crédito civil, o bien *garantizarse* con una fianza o con una prenda".<sup>30</sup>

También en el derecho de Justiniano se reconocen ciertos tipos de deberes identificados como "obligaciones naturales impropias" que no se fundan tanto en un "*ius naturale*" como en motivos religiosos. Tales obligaciones tienen un tratamiento similar a las propiamente naturales, pero su causa no tiene asidero en un *ius* (ni natural ni menos civil) sino en la piedad (*pietas*) u otro principio religioso: *v. gr.* la prestación de alimentos, cuando no se está jurídicamente obligado a prestarlos. Si son suministrados *pietatis causa* no se puede pedir después su devolución.<sup>31</sup>

## B. Civiles y honorarias

Se trata de obligaciones que están ambas provistas de acción. Su distinción se funda en atención a los órganos de que deriva su sanción o tutela. Así, las civiles "eran las obligaciones establecidas por los órganos legislativos del pueblo romano".<sup>32</sup> Las *honorarias* o *pretorias*" aque-

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Albertario, *op. cit.*, volume terzo, "Obbligazioni", y también, del mismo autor. *Corso di diritto romano*, "Le obbligazioni", Milano, Giuffrè, 1947, pp. 110-112.

<sup>31</sup> Bonfante, *op. cit.*, p. 404. e Iglesias, *op. cit.*, p. 396.

<sup>32</sup> Bonfante, *op. cit.*, p. 397.

llas introducidas poco a poco por el pretor”.<sup>33</sup> Si bien este distinguido tuvo significativa trascendencia en la era clásica, bajo Justiniano sólo tiene una mera importancia histórica.

### 3. LAS OBLIGACIONES SEGÚN SU OBJETO

El contenido de la obligación, entendido como el compromiso o deber del deudor de realizar un hecho en favor del acreedor (a consecuencia de haberse configurado una causa o “fuente” de obligación como un contrato o un delito), podía tener diferentes objetivos.

Así, contenido u objeto de la obligación podía ser un “*dare*”, un “*facere*” o un “*praestare*” (Gayo, *Institutas*, IV, 2).

#### A. *Dare*

Con este término, *dare*, la jurisprudencia romanoclásica identifica una especie muy particular de obligación: aquella que tiene por objeto transferir al acreedor *la propiedad civil* de una cosa corporal u otro derecho real reconocido también por el *ius civile*, como un usufructo.

Así, el donante se obliga a *dar* en propiedad la cosa al donatario; también se obliga así quien debe *dar* una cosa por causa de dote, etcétera. La donación, la dote —entre otras— constituyen actos lícitos de naturaleza contractual, que la doctrina moderna ha denominado “*titulos traslaticios*”,<sup>34</sup> pues causan o generan la obligación de transferir la propiedad de una cosa, obligación que al ser *cumplida*, configura el modo de transferir (o de “adquirir”) denominado “*traditio*”.

En estas especies contractuales orientadas a la transferencia de derechos reales, y que según hemos observado se denominan “justas causas” por la jurisprudencia clásica y, modernamente, “justos títulos”,<sup>35</sup> la pretensión u objetivo jurídico de las partes es transferir, adquirir, correlativamente, la cosa corporal. Y teniendo presente a ese fin, el ordenamiento jurídico le atribuye a tales actos la fuerza de servir de *causa* o fundamento a una transferencia, negocios en cuya esencia, el acuerdo

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Vid., supra*, pp. 46-47. *Vid.*, también el opúsculo “*Contrato y titularidad real*” del mismo autor, expuesto en el curso de posgrado “La contratación”, en octubre-noviembre de 1983 en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

de voluntades lleva implícito el *animus* de transferir (y de adquirir) el que encontrará su concreción en la *consecuencial* entrega de la cosa hecha por el *debitor* (digamos un donante), al acreedor donativo. (Para obligarse a dar alguna cosa a título de donación, en el derecho clásico era menester recurrir a la formalidad de la *stipulatio*. En el derecho justiniano bastaba el simple pacto.) De modo que el acto de cumplimiento de la deuda contraída, si se ha generado en un negocio “*tratlaticio*”, se identifica con la *traditio*.

En esencia y en ese caso son, pues, una misma cosa, la *traditio* y el cumplimiento de la obligación de “*dare*” nacida de “*justa causa*”.<sup>36</sup>

De modo que quien *da* lo que se obligó a “*dare*” transfiere el dominio de la cosa (u otro derecho real según sea el negocio jurídico de que se trata, *v. gr.*, un usufructo) y además, con ello se libera de su condición de deudor. Este efecto normal del cumplimiento de la obligación de dar sólo se frustrará cuando el deudor *da* una cosa que no le pertenece, pues “nadie puede transferir a otro más derechos que los que tiene” (“*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”) Ulpiano, *Digesto*, 50, 17, 54.

Deliberadamente, no hemos ejemplificado como “*dare*” la obligación contraída en la compraventa por el vendedor. A todas luces aparece como una omisión. Pero en verdad, los jurisconsultos insisten en la Roma clásica, con singular energía, en excluir al vendedor como obligado a transferir la propiedad de la cosa. Incluso niegan el carácter de venta a una convención en la cual se haya obligado expresamente el vendedor a transferirla (*Cfr.*, Celso, *Digesto*, 12, 4, 16). La obligación del vendedor es más bien la de conferirle al comprador la *posesión*, y de asumir con un *contrato aparte* (“*estipulación*”) la obligación de asistirlo y eventualmente indemnizarlo en caso que un tercero extraño a la compraventa reivindique con éxito la cosa de manos del comprador (“*evicción*”). En consecuencia la venta de cosa ajena *vale* en derecho romano.<sup>37</sup>

Por singular que parezca, la explicación de este régimen no es difícil. La venta es un contrato del *ius gentium*, nacido de relaciones entre comerciantes romanos y peregrinos; ahora bien, a estos últimos no eran accesibles los actos solemnes requeridos en Roma para la transferencia de la propiedad sobre las *res mancipi*, y habían de contentarse entonces con recibir la *pacífica posesión de la cosa*. Y cuando el nuevo contrato fue acogido en las relaciones entre ciudadanos romanos, nada imponía

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 349-340.



mudar su estructura. En efecto, ellos, si querían, podían recurrir a sus actos solemnes (mancipatio, etcétera) con los cuales se transfería la propiedad y respondían si ello no ocurría (recordemos la *actio auctoritatis*),<sup>38</sup> no obstante, si recurrían a la compraventa consensual del *ius gentium* y a la sucesiva *traditio*, la usucapión servía para la rápida adquisición de la propiedad”.<sup>39</sup>

En síntesis, la obligación del vendedor en la compraventa romano-clásica no tiene por objeto transferir el dominio; por tanto, *strictu sensu* su obligación no es un “*dare*”.

### B. *Facere*

Las obligaciones cuyo contenido es *facere*, tienen por objeto cualquier conducta distinta del *dare*, como es el caso de quien se obliga a entregar una cosa pero sin el deber de transferir el dominio.<sup>40</sup> Caso típico es el del arrendador que entrega la cosa al arrendatario sin transferirle derecho real alguno sobre la cosa. Considerando lo expuesto sobre la estructura de la compraventa consensual romanoclásica, la obligación del vendedor también cabe en la categoría de “*facere*”.

### C. *Praestare*

Con el término *praestare* se suele significar el contenido u objeto de la obligación *de modo general*. Para De Francisci, “con *praestare* se indican tanto el *dare* cuanto el *facere*”.<sup>41</sup> Tiene también este término “el significado de constituir una garantía (inclusive en el lenguaje moderno: *prestar una fianza*)”.<sup>42</sup>

### D. Otras divisiones según su objeto

#### a) Posibles o imposibles

En el momento mismo en que la obligación era contraída, la prestación debía ser *posible*. “Si era imposible física o jurídicamente, la obli-

<sup>38</sup> *Vid., supra*, p. 52.

<sup>39</sup> Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 340.

<sup>40</sup> Samper, *op. cit.*, p. 268.

<sup>41</sup> De Francisci, *op. cit.*, p. 338.

<sup>42</sup> Samper, *op. cit.*, p. 268.

gación era nula, como en el caso de la compraventa de una casa ya destruida o de una cosa sagrada”.<sup>43</sup> Paulo, en *Comentarios a Plaucio*, libro V, expresa: “Compré una casa, ignorando tanto yo como el vendedor que se había quemado; dicen Nerva, Sabino y Cassio, que no se vendió nada...” (recogido en *Digesto*, 18, 1, 57). Gayo, en *Institutas*, III, 97, indica: “Si la cosa que hemos estipulado dar es de tal naturaleza que no pueda ser dada, la ‘*stipulatio*’ es inútil, como si por ejemplo alguno estipulase dar... un lugar sagrado o religioso del cual pensaba que era de derecho humano (*humani iuris*)”.<sup>44</sup>

La prestación, además, no debía ser prohibida por el derecho ni ser contra las buenas costumbres (*contra bonos mores*). Dice Paulo: “respecto a lo que las leyes prohíben que se haga... deja de haber obligación”, en *Digesto*, 45, 135, 1. Ahora bien, contraria a las buenas costumbres no es la prestación en sí, sino el fin por el cual ella se prometía; así lo señala Paulo, con relación a la obligación contraída por uno de propugnar el matrimonio entre dos personas bajo pena pecuniaria si no lo lograba. Respondió Paulo “que al que ejercita la acción en virtud de una tal estipulación se exponía, como quiera que no habría sido interpuesta conforme a las buenas costumbres, y le habría de obstar la excepción de dolo malo, porque se consideró deshonesto que los matrimonios, o futuros, o ya contraídos, fuesen ligados con el vínculo de una pena” (*Digesto*, 45, 1, 134).

#### b) Determinantes e indeterminadas

El objeto de la obligación debía ser determinado o al menos, establecer los elementos objetivos para su determinación. Esto no sólo podían hacerlo las partes vinculadas; también se consentía que la determinación del objeto o prestación fuese dejada a la decisión de un tercero. No se permitía, eso sí, dejar la determinación del objeto a la sola voluntad del deudor o del acreedor (*Digesto*, 45, 1, 108, 1), aunque, excepcionalmente se admitía que una sola de las partes lo hiciera invocando criterios de equidad o “arbitrios de hombre bueno”, como señala Pomponio en *Digesto*, 17, 2, 6.

<sup>43</sup> Di Marzo, *op. cit.*, p. 192.

<sup>44</sup> Si la imposibilidad era relativa a la *persona* del deudor, la obligación se contraía válidamente, como en el caso que alguno hubiere prometido una cosa, de la cual él no tenía el *commercium*, mientras el *creditor* lo tenía... si alguno prometerá aquella (cosa) cuyo comercio no tiene, esto le perjudica a él y no a mí” (Ulpiano, en *Digesto*, 45, 1, 34).

c) Carácter patrimonial de la prestación

Normalmente se entiende que el objeto de la obligación debe tener un contenido pecuniario, en particular si se considera que el ordenamiento jurídico —en caso de incumplimiento— busca asegurar al *creditor* el *interés pecuniario* que para él representaba la obligación si se hubiere cumplido íntegra y oportunamente.<sup>45</sup>

d) Obligaciones divisibles e indivisibles

Una obligación es divisible cuando puede ser *cumplida por partes iguales*, mediante la división o fraccionamiento del objeto o prestación total en varias porciones o fracciones menores, pero de igual contenido y valor proporcional.

Será indivisible cuando tal cumplimiento por partes iguales no sea posible.

La clasificación de las obligaciones en divisibles o indivisibles tuvo especial trascendencia en caso que hubiere varios acreedores o deudores de una misma obligación, lo que ordinariamente ocurría en caso de herencia y en relación a la posibilidad de fraccionar los créditos y las deudas entre varios coherederos.

Así, en caso de que tres herederos debían pagar una deuda hereditaria consistente en una suma de dinero como, *v. gr.*, 600 sextercios, la obligación era divisible, y cada uno de ellos se liberaba cumpliendo *pro parte* la prestación, es decir, pagando 200 sextercios; y en caso de que los *creditores* también fuesen varios, ninguno de ellos podía exigir al heredero más allá de su cuota en la deuda. Pero si la obligación era indivisible, como cuando los tres herederos debían pagar un legado consistente en constituir una servidumbre de paso en beneficio del predio vecino cualquiera de ellos podía ser requerido para el cumplimiento del total de la prestación debida: *la actio*,<sup>46</sup> se intenta “*in solidum*” en contra de cualquiera de los herederos, a raíz de que la servidumbre es un derecho que no puede dividirse: no puede fraccionarse la cosa (la parte del predio) sobre la que recae la servidumbre que tiene un destino considerado en su integridad (de paso, de acueducto); tampoco podría frag-

<sup>45</sup> Di Marzo, *op. cit.*, p. 191.

<sup>46</sup> El legado en cuestión es *per damnationem*, en que se lega una cosa incorporal que sólo existirá si se cumple con la obligación de constituirla. Confiere al legatario un derecho de crédito, por virtud del cual en este caso puede pretender el “*dare*”. Para ello dispone de una *actio in personam*: *la actio ex testamento*. *Vid.*, Iglesias, *op. cit.*, p. 682.

mentarse en cuotas ideales el derecho mismo de servidumbre. En caso de reclamación, Arangio-Ruiz explica que “el proceso no podría encauzarse acerca de la existencia de un cuarto o de un tercio de la servidumbre, sino siempre, sobre toda ella entera”.<sup>47</sup>

Como principio de carácter general, se puede afirmar que las obligaciones de “*dare*” son divisibles, salvo el caso de las servidumbres. Si la obligación consiste en transferir el dominio de una cosa, siempre existe la posibilidad de ceder en favor del acreedor una cuota de condominio, aunque la cosa corporal sea indivisible, como es el caso de una escultura en mármol. Y si la obligación consiste en transferir el dominio de cantidades fungibles, no hay obstáculo en dar fracciones de la cantidad total debida.

Las obligaciones de *facere* podían ser divisibles o indivisibles: si se trataba de una actividad uniforme, la obligación era divisible (como una labor ejecutada por días): pero la construcción de un *opus* (obra) por ejemplo un teatro, no era una prestación ejecutable por partes.<sup>48</sup>

También las obligaciones de *non facere* podían ser divisibles o indivisibles según que la abstención parcial producía o no —proporcionalmente— su efecto.

Por último, cabe tener presente que el incumplimiento de lo debido —en el orden lícito civil— convertía en divisible la obligación, atendido que en tal caso el acreedor podía pedir *pro parte* a cada uno de los deudores el resarcimiento del daño expresado *pecuniariamente*.<sup>49</sup>

#### e) De género y de especie o cuerpo cierto

Cuando el objeto de una obligación no se especifica en sus cualidades singulares o individuales para distinguirlo de otros de su misma categoría, la obligación es de género (*genus*). No obstante, aun así, debía determinarse a lo menos su cantidad, su número o bien su peso y —desde luego— su pertenencia en la vida práctica a una cierta categoría o *género*. Así a vía de ejemplo, dos arrobas de vino.

<sup>47</sup> Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 228.

<sup>48</sup> Di Marzo, *op. cit.*, p. 195.

<sup>49</sup> Ulpiano, en *Comentarios al edicto*, libro XX, señala el principio de la *división por incumplimiento*: “. . . cuando estipulamos que se haga una cosa, conviene que se dé cierta cantidad (indemnizatoria), si no hubiere sido hecha, y que por lo tanto, también en este caso se dividía la estipulación (entiéndase prestación debida); y conforme con él dice Celso que se puede decir, que se ha de conceder la petición por la justa estimación del hecho (del hecho debido y no cumplido)”, (*Digesto*, 10, 2, 25, 9, interpolado, *Digesto*, 45, 1, 72 pr. interpolado).

En el derecho clásico la elección del objeto entre los varios del género, y su calidad, si nada se determinaba, pertenecía al deudor, quien podía cumplir dando cualquiera de las cosas comprendidas en el género. Si la elección se ha convenido la haga el acreedor, puede elegir que se le dé la calidad óptima. Bajo Justiniano el objeto elegido debe ser de calidad mediana (*mediae estimationis*) de modo que si nada se ha acordado al respecto, el deudor no se libera dando cosas pésimas del género previsto, ni el acreedor puede pretender la calidad óptima.<sup>50</sup>

La extinción de las obligaciones genéricas por perecimiento fortuito fue concebida como imposible por los intérpretes, que formularon la regla "*la especie perece para quien se debe, el género no se concibe que perezca* (*species perit ei cui debetur, genus perire non consetur*). Pero esta regla no es en verdad aplicable para el caso de un género muy limitado, en el cual podía en realidad tener lugar la extinción de la obligación por perecimiento de todas las cosas comprendidas en el género".<sup>51</sup>

Cuando las obligaciones tenían por objeto una prestación que consistía en dar una cosa individualmente determinada, como tal inmueble, que tiene una señalada ubicación y deslindes, o tal objeto mueble, singularizado de manera que no exista duda alguna acerca de su identidad específica, se denominaban en las fuentes obligaciones de especies (*specie*) o también de cuerpo cierto (*corpora*).<sup>52</sup> Esta clase de relaciones obligacionales tenían la característica de que si la cosa que constituía la prestación llegaba a perecer por caso fortuito, la obligación se extinguía por aplicación del principio la "*especie perece para quien se debe*" ("*species perit ei cui debetur*", *Instituciones* de Justiniano, 3, 23, 3).

#### f) Obligaciones alternativas y facultativas

Los juriconsultos romanos no expresaron con un nombre determinado la obligación cuyo objeto no es único, sino varias cosas o prestaciones, de modo que dando o cumpliendo con cualquiera de ellas el deudor se libera. Fueron los intérpretes medievales del derecho romano que las llamaron "alternativas". En esta especie de obligación, la elección del objeto corresponde al deudor, quien podía cambiar su decisión

<sup>50</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 380.

<sup>51</sup> Di Marzo, *op. cit.*, p. 193.

<sup>52</sup> Ulpiano, *Digesto*, 30, 30. "...ad corpora pertinent... non ad quae pondere, numero, mensura continentur...".

antes de indicarla al acreedor. Ahora bien, el acreedor en virtud de disposición expresa, también podía elegir, pudiendo cambiar su decisión en el derecho clásico hasta antes de la contestación de la demanda, si se hubiere suscitado *litis*. En el derecho justinianeo hasta antes de pedir judicialmente una de las cosas objeto de la obligación alternativa.

Si perecía por caso fortuito una de dos cosas alternativamente debidas o se hacía imposible una prestación, el deudor se liberaba dando la cosa que quedaba.

Diferentes de las alternativas eran las obligaciones “facultativas” pues en ellas *hay un objeto determinado que se debe*, aun cuando se confiere al deudor, la *facultad de pagar con otra cosa*, que no se entiende “*in obligatione*”, es decir, no está en el contenido mismo de la obligación, sino en la sola esfera del cumplimiento o *solutio*. Por esta razón, si la cosa determinada “*in obligatione*” peca por caso fortuito, el deudor se libera de toda obligación (*Digesto*, 36, 2, 19).

#### g) Obligaciones con cláusula penal

La cláusula penal constituye una obligación accesoria a otra principal y su objeto es por lo general una suma de dinero. Nace a consecuencia de una promesa formal (*stipulatio penae*) de pagar la suma estipulada en concepto de pena para el caso de incumplimiento de la obligación principal. Puede también nacer de un simple pacto, cuando se añade a un contrato de buena fe.

Cabe precisar que normalmente se estableció la cláusula penal en las obligaciones de *hacer* y que la transformación de la obligación de realizar una determinada conducta, en obligación de pagar una suma de dinero a causa del incumplimiento tenía siempre lugar, por efecto del mecanismo procesal de la *condemnatio* pecuniaria. Pero la cláusula penal ofrecía la ventaja de eliminar, desde el momento de la formación del contrato, la incertidumbre acerca del monto de la indemnización que fijaría el juez (*litis estimatio*).<sup>53</sup> Por la obligación accesoria “*stipulatio penae*”, eran las mismas partes las que fijaban de antemano la indemnización pecuniaria, procedente en caso de incumplimiento.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 404-405.

<sup>54</sup> En las *Instituciones* de Justiniano, 3, 15, 7: “y en tales estipulaciones será lo mejor agregar una pena, a fin de que no quede incierta la cuantía de la estipulación, y sea necesario al actor probar en cuanto le interese...”.

#### 4. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES SEGÚN SI ESTÁN O NO SUJETAS A MODALIDAD

Como principio de carácter general la obligación nacida de contrato genera de inmediato sus efectos. La voluntad de los contratantes es obtener de inmediato el beneficio que se persigue con su realización. Así, en una compraventa, el vendedor quiere normalmente el inmediato pago del precio. Se dice entonces que la obligación es pura y simple.

No obstante, estos efectos normales pueden no producirse pues las partes tienen autonomía para introducir al contrato determinadas cláusulas que modifican el efecto inmediato de la obligación. Así, pueden suspender el nacimiento de una determinada obligación mientras no suceda un hecho futuro e incierto. Así, si se conviene: “Te donaré cien si viene una nave de Asia”, la obligación de donar queda en suspenso mientras no se verifica el hecho descrito. Verificado, *se cumple la condición* o hecho futuro e incierto considerado y se genera entonces la obligación de donar cien.

Hay otro tipo de condición que modernamente se denomina “resolutoria” y que produce la cesación o extinción de la obligación. Es la situación inversa de la suspensiva: “Te daré cien al mes hasta que llegue una nave de Asia”. Verificado el hecho cesa o se extingue la obligación de dar cien al mes; se ha cumplido la condición que esta vez es “resolutoria” en el sentido que disuelve el negocio jurídico y extingue la obligación que generó desde un comienzo. Como podemos apreciar, en la suspensiva la obligación no nace hasta que se produce el hecho futuro e incierto considerado como condición (*condicio*). En la resolutoria, en cambio, la situación es precisamente inversa: la obligación, nacida desde que se formó la relación contractual, se extingue con el cumplimiento de la condición. Es preciso advertir que “el concepto romano de condición sólo se acerca al concepto moderno de condición suspensiva. Cuando se sentía la necesidad de establecer una condición resolutoria, el efecto práctico de la misma podía alcanzarse añadiendo al negocio principal, concebido puro —*pure*—, un pacto “*pactum adiectum*” (pacto agregado, unido a un contrato).<sup>55</sup>

Particular interés tiene la “*lege-commisoria*” o “pacto comisorio” propio del contrato de compraventa del que trata el libro 18, título 3 del *Digesto*. Constituye en esencia una condición resolutoria, establecida

<sup>55</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 174.

en el contrato de compraventa cuando se estipula que “si no se hubiere pagado el precio hasta tal día” (“... *si ad diem pecunia solutum non sit*”, *Digesto*, 18, 3, 2) quedará como no realizada la venta, esto es, se resolverá el contrato. Tratándose de un predio, el mismo texto indica “*ut fundus inemptus sit*” (“quede como no comprado el fundo”).

Obsérvese que el pacto comisorio a diferencia de la condición resolutoria ordinaria, depende de un hecho futuro e incierto que es el *incumplimiento de la obligación* del comprador de pagar precio en la forma convenida. En la condición resolutoria ordinaria la condición no es el hecho futuro e incierto del incumplimiento sino otro cualquiera “externo” al cumplimiento del contrato.

El efecto del pacto comisorio es que, sucedido el incumplimiento, el vendedor dispone de una *actio in personam* para disolver o “resolver” la venta, aun cuando esta acción no tiene específicamente en derecho romano el calificativo de “resolutoria”.

De modo genérico, Ulpiano en *Digesto* 18, 3, 4 explica que en tal caso procede la genérica acción de venta: “*Et quidem, finita est emptio... ex vendito actione competere*” (“Y verdaderamente se disolvió la compra... y compete la acción de venta”).

#### A. Otras modalidades distintas de la condición: el plazo y el modo

Pueden también las partes introducir cláusulas que suspendan la ejecución de la obligación perfectamente nacida como sucede con el establecimiento de un *plazo o término*. En tal caso la obligación se “dilata o retrasa” mirando a su ejecución o cumplimiento. “A diferencia de la condición, el plazo o término presupone un hecho cierto, es decir un hecho que ocurrirá”.<sup>56</sup>

Otra variedad de cláusula accidental es el modo. Así, puede un testador establecer una carga o gravamen a la persona beneficiada con un legado, obligándolo a cumplir con una determinada prestación, *v. gr.*: dar una parte de lo recibido en beneficio de un tercero; *nace* así una *obligación modal*, que en el caso propuesto no surge de contrato sino de *quasi ex contractu* (“como de contrato” o, como se dice modernamente, de “cuasicontrato”) como lo es la aceptación de una herencia o legado.

Todas estas cláusulas, contengan ya una condición, un plazo o un modo, reciben el nombre de “elementos accidentales del acto jurídico,

<sup>56</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 178.



pero es preciso tener muy en cuenta que, *una vez acordadas*, pasan a formar parte de su estructura esencial.

## 5. LAS OBLIGACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS SUJETOS VINCULADOS

### A. De sujeto variable o “ambulatorias”

En el ámbito obligacional, la situación corriente es que el vínculo se establezca entre dos sujetos (acreedor y deudor) que se determinan desde un comienzo; son sujetos *fijos*. Sin embargo, las fuentes recogen algunas situaciones donde el obligado o bien el acreedor o ambos al mismo tiempo no figuran determinados en origen, siendo individualizados *a posteriori* atendidos ciertos hechos o circunstancias. Especialmente expresiva es la obligación que pesa sobre un heredero de dar o prestar algo en beneficio de personas (que serán los acreedores) cuya determinación el testador ha encomendado a un tercero (*Instituciones de Justiniano*, 2, 20, 25, 27). En cuanto a deudor indeterminado es ejemplo típico el del actual dueño de un animal que ha causado daño antes que lo adquiriera y que —no obstante— debe resarcir el daño. La regla es que la obligación atañe al *dominus* que tiene la propiedad del animal en el momento de intentar la *actio* el perjudicado (Gayo, *Institutas*, IV, 75-77).

Es precisamente en el ámbito del resarcimiento de daños por razones extracontractuales donde la terminología romana a este tipo de obligaciones las denomina “ambulatorias”, “*cum capite ambulans*” (*Digesto*, 4, 5, 7, 1).

### B. Obligaciones con pluralidad de sujetos

#### a) Obligaciones parciarias o pro parte

Si en una relación obligatoria intervienen *varios acreedores*, como cuando Mevio *debe* a Ticio, Flavio y Claudio 6 000 sextercios, *precio* de una finca que estos tres —coherederos de la misma— le vendieron; o bien cuando en la relación obligatoria intervienen *varios deudores* como si, en el caso anterior, Mevio es el vendedor y Ticio, Flavio y Claudio los compradores; en ambas situaciones estamos frente a *obligaciones con pluralidad de sujetos*, activa en el primer ejemplo, pasiva en el segundo.

Ahora bien, se dice en las fuentes romanas que hay *obligatio plurium, pro parte* o, como se les calificó después, “obligaciones parciarias” cuando cada deudor debe y cada acreedor puede exigir sólo una parte —proporcional a su cuota— de la prestación total. Por tal razón se puede afirmar que en tales situaciones hay, en realidad, varias obligaciones autónomas que recaen sobre un objeto consistente en una fracción de la prestación total. En el primer ejemplo, Mevio debe a cada uno de sus tres acreedores, separadamente considerados la suma de 2 000 sextercios, de modo que cualquiera de ellos puede, independientemente de los demás, accionar en contra de Mevio para exigir la referida suma parcial.

Y en el segundo ejemplo, Ticio, Flavio y Claudio —ahora deudores del precio— pueden ser separadamente requeridos por Mevio por la suma parcial de 2 000 sextercios.

#### b) Obligaciones solidarias

Cuando existe siempre pluralidad de sujetos, acreedores o deudores como en los ejemplos puestos para el tipo de obligaciones parciarias, puede suceder, no obstante, que cualquiera de los acreedores o deudores puedan exigir o deban realizar la prestación íntegra, *el pago total*. En tal caso la obligación deja de ser *pro parte* y se habla entonces de *solidaridad*.

“Característica esencial de la obligación solidaria es la unidad de la relación: la obligación es *única*, porque única es la prestación. La pluralidad de los sujetos no niega en lo más mínimo tal concepto de unidad”,<sup>57</sup> Además, tal característica tiene claro fundamento en las fuentes. Dice Ulpiano en *Digesto*, 45, 2, 3, 1: “Cuando se constituyeron dos obligados, aun a uno de ellos *se puede pedir la totalidad* (in solidum sid obligatus), y se le puede pedir al uno o al otro... porque ciertamente siendo una la obligación es también *una la suma* (*una sit obligatio, una et summa est*), de suerte que si uno pagara se libren todos”.

Importante es destacar entonces que en este tipo de relación obligacional, el pago hecho a uno de los acreedores libera el deudor respecto de los restantes acreedores, y que el pago hecho por el deudor solidario libera —además— a los otros codeudores. Es decir, ejecutada una vez la obligación, ésta *se extingue*.

Motivos de variada índole van perfilando desde la era clásica el instituto de obligación solidaria, destacando en el ámbito contractual el propósito del acreedor de asegurar el cumplimiento de la deuda obli-

<sup>57</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 385.

gando a más de un deudor, indistintamente, por el total. Si bien en el frecuente contrato de mutuo la solidaridad no fue admitida en la era clásica, terminó siendo aceptada bajo Justiniano. Por su propia naturaleza, cuando se pacta solidaridad en el mutuo será, por lo común, *pasiva*, esto es, de una parte un acreedor y de otra, varios deudores solidarizando cada uno por el entero de la deuda.

En la era clásica, en los contratos en que se admitía el modo normal de establecer la solidaridad era mediante la formalidad de la *stipulatio*; no obstante, se admitió *pactarla* —sin *stipulatio*— en los contratos consensuales, como en la compraventa (ejemplo: varios compradores de una cosa se constituyen deudores solidarios del precio). Atendida la naturaleza del contrato de venta se dan en él normalmente tanto la solidaridad pasiva como la activa: la activa se compone de varios acreedores y un deudor, como cuando varios comuneros venden la cosa común a un solo comprador, estipulándose que éste puede pagar a cualquiera de los vendedores el precio total; habrá solidaridad pasiva en la compraventa cuando un solo vendedor, vende una cosa a varios compradores los cuales —aparte del hecho de formar un condominio o comunidad— acuerdan que serán codeudores solidarios para los efectos del pago del precio. En consecuencia, el vendedor podrá exigir el total del precio a cualquiera de los compradores. Sin el pacto de solidaridad, la obligación habría sido simplemente parciaria o “*pro parte*”.

La solidaridad, además de activa y pasiva, también puede ser *mixta*. Existe cuando hay pluralidad de sujetos tanto activos como pasivos. Por ejemplo, cuando una cosa que se tiene en copropiedad por tres condueños se vende por éstos a dos compradores y se pacta que cualquiera de los condueños vendedores (acreedores del precio) puede exigir, independientemente, el pago a cualquiera de los compradores (deudores del precio). Tal acuerdo implica constituir una solidaridad *mixta* pues la pluralidad de sujetos está tanto en la parte acreedora como deudora.

Además de los contratos, son también fuente de solidaridad el testamento y la ley.

El testamento es, a vía de ejemplo, fuente de solidaridad pasiva, cuando el testador ordena un legado *per damnationem*<sup>58</sup> imponiendo

<sup>58</sup> Tal tipo de disposición testamentaria *damna* (daña o disminuye) la porción del heredero, pues el legatario es sujeto distinto de los “*heres*”. Ahora bien, este legado es, además de aquellos que no transferían por el solo efecto del testamento, la propiedad de lo que se legaba. Sólo originaba un crédito contra los herederos que permitía interponer en contra de cualquiera de ellas la *actio in personam* “*ex testamento*” por el total de lo legado.

a varios coherederos el deber de dar una única y misma prestación en favor de un legatario.

La ley es fuente de solidaridad en el ámbito de los delitos. Bajo Justiniano, surge de los delitos cometidos por varios (solidaridad pasiva) o en caso que los ofendidos o dañados sean también varios (solidaridad activa).

En síntesis, las fuentes de la solidaridad en el ordenamiento romano son: el contrato, el testamento y la ley.

### c) Relaciones internas entre codeudores

Si son varios los codeudores y, conforme los principios de la solidaridad pasiva, uno solo es exigido por el entero de la prestación y paga efectivamente el total de la deuda, es justo que pida a los demás reembolso en la parte que les corresponda. En otros términos, en la *relación interna* entre los codeudores solidarios, se forma una relación obligacional similar a la *pro parte*.

Pero este principio no se desarrolló en la era clásica con carácter general. Sólo se admitió acción de reembolso siempre y cuando existiera entre los codeudores una vinculación jurídica por causa de *sociedad, de comunidad o de mandato*. “Si, por ejemplo, los coobligados están unidos en sociedad, o tienen una herencia en común, o una propiedad indivisa, y contraen una deuda o responsabilidad por razón de tales situaciones, el deudor que pagó dispondrá de la *actio pro socio*, la *actio familiae erciscundae*, la *actio communi dividundo*”.<sup>59</sup>

Y si el deudor que pagaba era nada más que un mandatario de los codeudores para que realizara precisamente el pago, el mandatario podía ejercer contra los coobligados la *actio mandati contraria* para el reembolso de lo pagado.<sup>60</sup>

No obstante, para aquellos casos en que no existen esas relaciones entre los sujetos coobligados se admitió, antes de extinguir la acción con el pago, desde luego, el *beneficio de la cesión de acciones (beneficium cedendarum actionum)* hecha por el acreedor al deudor que paga.<sup>61</sup>

En el derecho justiniano, existen claros fundamentos en las fuentes para estimar que el derecho de reembolso (o “acción de regreso”) es admitida con carácter general.

<sup>59</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 387.

<sup>60</sup> Argüello, *op. cit.*, p. 306.

<sup>61</sup> Bonfante, *op. cit.*, p. 392.

#### d) Relaciones internas entre coacreedores

Para el caso de coacreedores solidarios se aplican los mismos principios; esto es, cuando uno solo de ellos ha recibido la totalidad del pago, en la era clásica y en principio, los demás no tienen derecho a exigirle participación a menos que existan relaciones por causa de sociedad, comunidad o mandato.

Para los coacreedores la acción de reembolso adquiere también carácter general en el derecho de Justiniano.<sup>62</sup>

#### e) Efectos del incumplimiento por los codeudores solidarios

Es preciso distinguir si alguno de los deudores por su culpa ha retardado nada más el cumplimiento o, en cambio, ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación. Pues bien, la mora o retardo en el pago imputable al deudor de uno solo de los coobligados no producía responsabilidad para el resto, pues se entiende que la mora perjudica a cada uno de ellos en forma independiente. En consecuencia, los demás que no han incurrido en mora no están obligados a indemnizarla.

Ahora bien, en caso que no sólo haya habido un retardo sino que además se haya hecho imposible el cumplimiento en la obligación y por culpa de uno solo de los codeudores solidarios, todos los coobligados responden, pues la responsabilidad individual sólo alcanza a la mora y en este caso, se trata de una prestación cuyo cumplimiento se ha hecho imposible.

Por último, en lo relativo a la extinción de las obligaciones solidarias, es preciso diferenciar los motivos que se relacionaban con el *objeto* de la prestación, de aquellas causas que atañen en forma exclusiva sólo a algunos sujetos. En la primera situación, ocurrida con ocasión del *pago* o de otra causa extintiva relacionada *con el objeto o prestación debida* (novación, pacto de no pedir la cosa, etcétera), desde luego que la obligación se extinguía para todos los deudores solidarios, pues resulta lógico que en la solidaridad las causas extintivas vinculadas con el objeto, liberen de la obligación a la totalidad de los codeudores.

Si en cambio, se presentaba alguna causa de extinción que es posible hacer valer solamente por la persona a quien beneficia, como el pacto de no pedir la prestación a determinada persona (*pactum de non petendo in personam*), sólo beneficiaba la extinción de la deuda al coobligado pertinente.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Bonfante, *op. cit.*, p. 393.

<sup>63</sup> Argüello, *op. cit.*, p. 307.

### C. *Obligaciones contraídas en favor de terceros*

Entendida la *obligatio* como un vínculo entre dos sujetos (acreedor y deudor), en el ámbito contractual no se concibe —en la era clásica— estipular a favor de un tercero, es decir, a favor de un sujeto que es extraño al negocio jurídico que se está realizando entre sujetos presentes y cuya declaración de voluntad es concurrente y expresa. El objeto o prestación debida, no puede ser, por tanto, más que para el sujeto activo (acreedor) estipulante. La fórmula clásica es irredarguible: *inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur* [entre estipulante (acreedor) y prominente (deudor) se contrae el negocio (jurídico)].

Dice Schulz: “Los autores modernos, acostumbrados largamente al concepto de ‘contrato en favor (en beneficio) de una tercera persona’, se preguntaban si tal contrato fue válido en derecho romano y, en caso afirmativo, con qué extensión lo fue. El concepto general de estos contratos comprensivos de casos muy heterogéneos fue desconocido de los juristas clásicos.”<sup>64</sup>

Bonfante confirma: “Los contratos a favor de terceros son en principio nulos. *Alteri stipulari nemo potest* (No se puede estipular para otros). El fundamento de la obligatoriedad del *contractus* era más bien el *negotium* o la *causa* (la forma externa) más que la voluntad.”<sup>65</sup>

Pero el derecho romano es un ordenamiento en evolución, y en la época de Justiniano, aun cuando restrictivamente referida a situaciones específicas, se admite la estipulación en favor de terceras personas. Entre estos casos puede mencionarse el del arrendador que, habiendo dado en arrendamiento un predio, después lo vende pero pacta con el comprador que respetará al arrendatario (*Código de Justiniano*, 4, 65, 9). También el caso del comodante (en que presta una especie o cuerpo cierto) ajeno; en estipulación a favor de otro, se hace prometer del comodatorio que le restituirá la cosa al propietario (*Código*, 3, 42, 8, 1).

Lo esencial de todo esto es que, en su caso, el reconocimiento de la estipulación en favor de otro le confiere al tercero *acción* para pedir el cumplimiento de la prestación estipulada en su favor.

### D. *Obligaciones estipuladas a cargo de terceros*

El principio clásico dominante respecto de la estipulación en favor de otro, es igualmente válido respecto de una estipulación a cargo de

<sup>64</sup> Schulz, *op. cit.*, p. 465.

<sup>65</sup> Bonfante, *op. cit.*, p. 465.

tercera persona. Los términos del contrato verbal —*stipulatio*— sólo permiten prometer un hecho propio, y no el hecho de una persona extraña: Ticio promete a Flavio que otra persona (Mevio) le dará cien áureos; tal estipulación es nula.

Igualmente, se observa una evolución positiva hacia la admisión de este pacto en la legislación de Justiniano. En sus *Instituciones* (3, 19, 3) se establece que si el promitente hubiera ofrecido que otro dará o hará alguna cosa, no quedará obligado; no obstante se obligará el tercero si el promitente estipula que él personalmente procurará que aquél cumpla. Particularmente en las obligaciones de buena fe (no formales) se entiende que hay “un acto querido por un contratante, quien es, por último, el que *promete un hecho propio de procurar que otro haga*”.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 391