

III. Efectos de las obligaciones	151
1. Cumplimiento de las obligaciones. El pago, efecto normal	151
2. Incumplimiento de las obligaciones	152
A. Caso fortuito (y fuerza mayor)	153
B. El dolo	154
C. La culpa	155
3. La mora	157
4. Efectos del incumplimiento por culpa o dolo del deudor. Modificación de la obligación. La indemnización por perjuicios	161
A. Proceso civil en que se reclama la prestación que to- davía es posible	162
B. Proceso civil en que se reclama la prestación que se ha hecho imposible	163

III. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

I. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. EL PAGO, EFECTO NORMAL

Concebida la *obligatio* como un compromiso o *deber* jurídico de dar, prestar o hacer alguna cosa en favor de otro, en el seno de una sociedad inspirada en los conceptos de la *bona fides*, su efecto normal y necesario será su cumplimiento, particularmente cuando la obligación proviene de un hecho lícito como un contrato. El desarrollo más acusado de esta parte del derecho de crédito, desde la era clásica romana hasta su culminación justiniana, incide precisamente, con mayor intensidad, en la esfera de las *relaciones contractuales*.

El cumplimiento o ejecución normal, es decir, congruente con el objeto que han previsto acreedor y deudor cuando constituyeron la obligación se denomina *pago*. En su origen y, de modo genérico, en el derecho romano se utilizó el término *solutio* (de *solvere*, disolver, desligar) para significar todo hecho que —constituyera o no un pago— tenía el efecto de liberar o desvincular al deudor (“*omnem liberationem*”, *Digesto*, 46, 3, 5, 4).

Con la evolución, *solutio* se entiende de manera más estricta como cumplimiento de la prestación exactamente prometida: “*solvere dicitur. . . quod facere promisit*”, *Digesto*, 50, 16, 176.

El fiel cumplimiento de la obligación importa variadas exigencias, destacando la *prestación íntegra*. Por lo menos ese es el principio que domina en la era clásica. Señala Albertario que “el objeto de la obligación debía ser prestado por entero. De otro modo no se habría cumplido la obligación. Así repiten los textos romanos genuinos *Digesto*, 22, 141, 1, y 19, 1, 13, 8. Conforme a ellos, se ha llegado a formular el moderno criterio de que el deudor no puede obligar al acreedor a recibir en parte el pago de una deuda aunque sea ésta divisible”.⁶⁷

En la era justiniana, el mismo Albertario precisa en su investigación que tal principio se mantiene, pero admite una excepción importante en *Digesto*, 12, 1, 2 (interpolado). Este precepto consagra un principio

⁶⁷ Albertario, *op. cit.*, p. 545.

tan genérico como significativo, propio de un ordenamiento donde ya no sólo se insertan los criterios de la buena fe sino que *también* los de la *humanitas*: "Opinaron algunos que ni el que pidiese diez ha de ser obligado a recibir cinco... ni el que dijese que un predio es suyo, a perseguir en juicio tan sólo una parte; *pero en uno y otro caso... se obrará con más humanidad...*" (*sed in utraque causa humanius facturus videtur*).

En su oportunidad, al tratar de la extinción de las obligaciones, desarrollaremos con mayor detenimiento el pago, las condiciones de cumplimiento que afectan a los sujetos, como lo referente al lugar y tiempo de la prestación. Pero era necesario poner en relieve que el efecto normal de las obligaciones no es su reclamación judicial sino su cumplimiento voluntario, y que en el evento de litigio, existen en el derecho justinianeo criterios de solución que mitigan el rigor de los conceptos clásicos. Precisado esto hablemos ahora del incumplimiento de las obligaciones.

2. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Si bien puede haber incumplimiento de una obligación contraída en virtud de cualquier fuente (contrato, delito), en este punto observaremos específicamente las obligaciones incumplidas provenientes de relaciones contractuales, desarrolladas con mayor precisión en el ordenamiento romano.

Así como el efecto normal de las obligaciones es su cumplimiento en la forma prevista por las partes, también podía ocurrir el efecto anormal de su no cumplimiento o inejecución. Esto sucedía cuando el deudor no daba cumplimiento a lo debido, ya fuera total o parcialmente.

Las razones por las cuales un deudor no daba ejecución a lo contratado o prometido podían ser muy variadas en el mundo de los hechos: insolvencia real; insolvencia aparente: porque no pudo conseguir la cosa específica que prometió dar, o bien porque ésta se perdió en un naufragio o terremoto, o bien porque es mal administrador de sus negocios, o simplemente porque no quiere cumplir con la directa intención de perjudicar al acreedor... En verdad, son muchas las razones objetivas y subjetivas en el mundo práctico que conducen a la inejecución de lo debido.

Entre toda esa variada gama de motivos de incumplimiento observada en el mundo de *los hechos*, el ordenamiento romano aísla y precisa

tres razones de inejecución, y regula jurídicamente sus efectos: el caso fortuito, el dolo y la culpa.

A. Caso fortuito (y fuerza mayor)

Cuando la prestación que constituía el objeto de la obligación se hacía imposible de cumplir por algún hecho en el que no había participado en modo alguno el deudor, es decir, no había “hecho” del que prometió la prestación (*nulla facto promissoris*) estamos en presencia de un “*casus fortuitus*”.⁶⁸ Se trata de hechos naturales como un terremoto, una inundación; o bien de hechos jurídicos que sustraen la cosa del comercio humano y también, actos humanos realizados por terceros con empleo de fuerza irresistible, como una guerra.

Ahora bien, el caso fortuito “es un evento no imputable al deudor”.⁶⁹ “*El deudor se libera de toda responsabilidad cuando la prestación se hace imposible por un evento que no le es imputable.*”⁷⁰

Ulpiano denomina a estos acontecimientos con el calificativo de “*casus*” en los que en nada intervenía la conducta del deudor y “que ninguna humana inteligencia los podía prever”.⁷¹

La “*vis maior*” o fuerza mayor tiene igual poder liberatorio del “*casus*”. Las fuentes utilizan indistintamente ambos conceptos. Bonfante entiende que la *vis maior* es el *casus* absoluto (*damnum fatale*) evento imposible de prever, como un grave sismo.⁷² En verdad la distinción entre la *vis maior* y el *casus* tienen un mero valor teórico, “porque tanto los acontecimientos que no se pueden prever, como aquellos que previstos no se pueden evitar, liberan al deudor del vínculo obligatorio, salvo convención en contrario”.⁷³

Quedando el deudor, en tales circunstancias, libre de responder por la prestación prometida, el riesgo (*periculum*) de pérdida de la especie o cuerpo cierto lo sufre la otra parte, es decir, corre a cargo del acreedor, quien siempre queda obligado —siendo el contrato bilateral— a cumplir con la prestación por él contraída.⁷⁴ Así, el comprador (acreedor de la especie o cuerpo cierto) que se ha obligado a pagar el precio en un contrato de compraventa, si la cosa perece por caso fortuito,

⁶⁸ Di Marzo, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁹ Bonfante, *op. cit.*, p. 439.

⁷⁰ Iglesias, *op. cit.*, p. 393.

⁷¹ Argüello, *op. cit.*, p. 394. *Cfr.*, Digesto, 50, 8, 2, 7 (*quia fortuitos casus nullum humanum providere potest*).

⁷² Bonfante, *op. cit.*, p. 439.

⁷³ Argüello, *op. cit.*, p. 394.

⁷⁴ Bonfante, *op. cit.*, p. 440.

debe de todas maneras pagar el precio al vendedor aunque éste nada le dé, pues se ha liberado del cumplimiento. Son las consecuencias del riesgo o *periculum*, que incumbe al *creditor*. De aquí nació la regla de que las cosas se pierden o deterioran para el acreedor (*res perit creditori*).

Para equilibrar este criterio de solución, “cuando el objeto de la prestación recibe aumentos —fortuitos— de valor, esto redundará en beneficio de quien sufre el peligro” (“*commodum eius esse debet cuius et periculum*”).⁷⁵

El principio de que las cosas perecen para el acreedor tuvo aplicación tratándose de cosas individualizadas, es decir, de especies o cuerpos ciertos (“*corpora*”),⁷⁶ pues las cosas fungibles, debido a que son en esencia sustituibles por otras, se entiende que no perecen. De allí la norma de los comentaristas: “el género no perece”. Si alguien debe diez quintales de trigo y dicha *merx* se incendia por caso fortuito antes de entregarla, debe procurarse otros diez quintales para satisfacer al acreedor, pues lo que se ha extinguido son cosas que es posible sustituirlas por otras del mismo género. En síntesis, tratándose de cosas fungibles o de género, el riesgo o *periculum* no afecta al acreedor.

B. El dolo

En el ámbito contractual, el dolo surge como el concepto que se opone a la buena fe. “Es la conducta voluntaria y maliciosa del deudor tendente a impedir el cumplimiento de la obligación o a hacer totalmente imposible la prestación que constituye su objeto, con el propósito de provocar un perjuicio al acreedor.”⁷⁷

El deudor responde del dolo en todo caso, de modo que no es admisible la estipulación que lo libera anticipadamente del dolo que pudiere cometer para evitar el cumplimiento de las obligaciones provenientes del contrato. En otros términos: la convención por la cual las

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Según Schulz, la significación de esta regla es muy clara, dentro de la estructura del *corpus iuris*. Quiere decir que con la celebración del contrato de venta, el riesgo pasa al comprador y así, si la casa perece por caso fortuito, después de celebrado el contrato, el vendedor no incurrió en dolo o culpa, queda libre, pero el comprador viene obligado a pagar el precio convenido. De modo que la regla generalizada por los comentaristas “*res perit creditore*” tiene un origen específico en el contrato de venta clásico, confirmado en su estructura por el derecho justinianeo, siendo la expresión primaria del riesgo el principio “*periculum est emptoris*” esto es, “el riesgo es del comprador”. *Vide*, Schulz, *op. cit.*, p. 509.

⁷⁷ Argüello, *op. cit.*, p. 389.

partes acordaren eximirse de responsabilidad por causa de dolo futuro (*pactum de non petendo dolo*) no vale, es irrelevante en el plano jurídico.

No obstante, se admite liberar al deudor del dolo ya cometido, es decir, del dolo pasado.

El dolo no se presume, lo cual significa que el acreedor debe probar el dolo del deudor. En materia de prueba romana, el principio general lo establece Paulo, en *Digesto*, 22, 3, 2: “Incumbe la prueba al que afirma, no al que niega” (*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*).

C. La culpa

Incurría en culpa el deudor que no cumplía la prestación, no por mala intención o fraude sino por no actuar con la debida diligencia. Su conducta negligente acarrea consecuencias que se concretan en el incumplimiento de la obligación, lo que podía haber previsto y, por tanto, evitado.

Históricamente “es probable que el concepto de *culpa* surgiera en el campo de los delitos —en el curso de la aplicación de la *lex Aquilia*, precisamente—, y que de aquí pasara al campo contractual”.⁷⁸

En la última fase republicana, la jurisprudencia clásica observa en las relaciones contractuales un concepto de imputabilidad o responsabilidad civil diferente del dolo. En tanto que éste consiste en una intencionada inejecución del débito contractual, la culpa entraña una inejecución sin mala intención, pero sí con falta de prudencia, con desviación de un modelo de conducta ciudadana considerada como un ideal. “El modelo viene a veces representado por la *fides o bona fides*, y otras por la diligencia de un pater-familias cuidadoso —*diligens pater-familias*.”⁷⁹ Estos conceptos: *bona fides* y *diligentia pater familias*, son clásicos.

La compilación justiniana avanza en el manejo de la casuística clásica y ofrece un sistema de responsabilidad por culpa en forma articulada esto es, con gradaciones: culpa *lata* (o “grave”) y culpa *levis* (o “leve”).⁸⁰

⁷⁸ Iglesias, *op. cit.*, p. 494.

⁷⁹ Iglesias, *op. cit.*, p. 490.

⁸⁰ “Hablan todavía los intérpretes de una culpa *levissima* (“culpa levissima”) a raíz de un fragmento de Ulpiano en *Digesto* (0, 2, 44 pr.) que se refiere a la ley *Aquilia* (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*). Tal grado de culpa habría consistido en una falta de diligencia extremadamente cuidadosa sólo concebible en hombres demasiado inteligentes. Este tipo no habría estado referido a las relaciones

Insertando estos conceptos en el ámbito de la inexecución que ahora nos ocupa (ya observada bajo el prisma del *casus* y del *dolus*), la *culpa lata* o negligencia extrema, es la falta de mínimo cuidado puesto por el deudor en la relación contractual y que ha provocado la inexecución o incumplimiento de la prestación convenida. El deudor ha incurrido en el descuido mayúsculo, y por su gravedad se equipara al dolo.

En todas las categorías contractuales el deudor responde siempre de este mínimo grado de cuidado o diligencia.

Cuando la inexecución de la obligación se ha producido por *culpa levis* del deudor, significa que éste no ha puesto en la relación contractual la diligencia que pone —en el cumplimiento de sus deberes— el *bonus o diligens pater familias*. Ha incurrido en una negligencia menor que la *lata*, pero no excusable. Aunque *leve* haya sido su descuido, incurre en responsabilidad por la inexecución de la obligación. No será por tanto suficiente, probar que empleó un cuidado mínimo. Ello sólo lo liberaría en caso de responder nada más que de la culpa lata. Como su compromiso era poner un mayor grado de diligencia o cuidado, un descuido *leve* lo hace incurrir en responsabilidad.

Según observaremos luego, dependerá de la naturaleza o tipo de relación contractual (o bien del convenio de las partes), el grado de culpa de que se hace cargo el deudor; pero de la culpa lata nunca está liberado: siempre deberá responder de un cuidado mínimo, pues es lo menos que se le puede pedir en cuanto a diligencia y prudencia; razones esencialmente éticas y morales, hacen imprescindible su exigencia en todos los contratos.

De la culpa leve, los comentaristas derivaron dos modalidades: "la culpa *in abstracto*, en la que como paradigma de la diligencia en la conducta, sirve la que es propia de un buen padre de familia (*diligens pater familias*); y la culpa *in concreto*, en la que al deudor le es impuesta la diligencia que suele emplear en sus propios asuntos".⁸¹

Los grados de culpa observados constituyen un desarrollo justiniano de preceptos existentes ya en la era clásica. "Así, por ejemplo, el criterio de la *utilitas contrahentium* que los juristas romanos no dejan de tomar en cuenta, es ahora objeto de desarrollo, hasta ser erigido en principio general. A tenor de tal criterio, la responsabilidad se limita a la *culpa lata* cuando la relación jurídica se constituye en único provecho —*utilitas*— del acreedor, en tanto se extiende hasta la *culpa levis*

contractuales, sino al daño causado por un hecho ilícito (*damnum iniuria datum*), regulado por la *lex Aquilia*". Cfr., Argüello, *op. cit.*, p. 39.

⁸¹ Argüello, *op. cit.*, p. 391.

cuando la relación mira al provecho exclusivo del deudor o al de ambos.”⁸²

Cabe tener presente, no obstante, que el libre acuerdo de las partes podía aumentar o disminuir la responsabilidad de los contratantes. A falta de convención, rigen los principios anteriormente expuestos desarrollados en las fuentes justinianas, los cuales tuvieron —inevitablemente— algunas excepciones: así, en el depósito *necesario*, contrato en que una persona encarga a otra bienes propios para que se los cuide porque ha sufrido un siniestro (naufragio, incendio): *la premura y falta de alternativa del depositante para elegir al depositario*, hacen que éste responda de la culpa leve en el cuidado de los bienes que ha recibido en depósito, aunque tal relación contractual no le reporta ninguna utilidad. Si el depósito no es “necesario”, entonces el depositario responde sólo de la culpa lata. También constituye una excepción el mandato, el mandatario respondía también de la culpa leve no obstante la gratuidad del contrato. Es que el mandato suponía una gran confianza de parte del mandante, y el mandatario no debía aceptarlo si no estaba dispuesto a poner en el cumplimiento de lo convenido la diligencia de un *bonus pater familias*.

Por último, en el ámbito de la culpa, se estudia el deber de *custodia* que se refiere concretamente al cuidado que deben poner ciertas personas *en las cosas* corporales que se les entregan para su conservación. En este punto, dentro de la casuística que lo integra, la omisión de los deberes de custodia hacía nacer responsabilidad, de modo similar a como ocurría con la culpa (*praestare custodiam*). Así, respondía de la culpa leve (*in abstracto*) el comodatario, pues obtenía un beneficio con la cosa recibida en préstamo para su uso. Pero habían otros supuestos, donde la responsabilidad por la custodia se hacía efectiva siempre, aunque no hubiera existido culpa. *Era una responsabilidad objetiva*. Ello ocurría por ejemplo con los navieros, que debían indemnizar el robo o daño de las cosas que se les había entregado en guarda, bien hubiese sido a ellos mismos o a sus dependientes.⁸³

3. LA MORA

Cuando el momento previsto para la *solutio* o pago de la prestación pasaba sin cumplirse, produciéndose con ello un retardo en su ejecu-

⁸² Iglesias, *op. cit.*, p. 497.

⁸³ Argüello, *op. cit.*, p. 393.

ción, se decía que había *mora* cuando dicho retardo era imputable al deudor.

Los elementos que van perfilando los alcances de esta institución en el derecho romano, se fundan esencialmente en el propósito de precisar que la obligación no cumplida *por culpa del deudor* queda pendiente, continúa existiendo (*perpetuatio obligationis*) (*Digesto*, 45, 1, 91, 3) y, por tanto, puede todavía pedirse o exigirse al deudor que pague lo que debe si es posible aún prestar exactamente lo prometido o, cuando ello ya no se puede por haberse hecho imposible la prestación (digamos por perecimiento culpable de la cosa debida), puede exigírsele que pague el valor estimado (*estimatio*) del objeto debido.

En buena síntesis, el retardo culpable no libera al deudor y debe responder del objeto mismo debido o, en su defecto, de su valor, lo que no ocurre cuando el retardo no se produce por su culpa sino por un hecho que no le es imputable (como el *casus fortuitus*) pues entonces el deudor se libera del vínculo obligacional: la *obligatio* no se proyecta más allá del tiempo en que debió cumplirse. Y parece lógico que así sea, como principio de carácter general.

El criterio de que el no cumplimiento oportuno —por culpa del deudor— deja pendiente la obligación con su prístino y originario objeto si aún pervive o bien modificado o convertido en un débito pecuniario si ya no puede cumplirse “in natura” —criterio que resulta inseparable de la “*perpetuatio*” o desplazamiento de la obligación más allá del tiempo en que debió cumplirse— constituye el eje en que se mueve la *mora* como construcción jurídica, cuyo destino o teleologismo no es otro que el de ofrecer bases jurídicas claras para la procedencia de la *actio in personam*.

En efecto, es punto cardinal en derecho de obligaciones la circunstancia de que la *actio in personam* —en la época clásica evolucionada— puede dirigirse hacia el *patrimonio* del deudor cuando hay incumplimiento culpable, orientándose el ordenamiento jurídico a asegurar por lo menos el interés pecuniario que para el acreedor representa el dar, hacer o prestar incumplido, siempre que la ejecución originariamente prometida (“in natura”) no sea ya posible.

De modo que la construcción jurídica de la “*mora*” busca la ordenación (jurisprudencial) de los supuestos de procedencia de la *actio in personam* cuando la obligación no se cumple oportunamente, distinguiéndose *in substantia si cillo ha ocurrido con o sin culpa del deudor*.

La elaboración del concepto de *mora* se funda, en síntesis, en la proposición sustancial de la jurisprudencia romana expresada en el sentido

de que el no cumplimiento oportuno o retardo —interviniendo culpa del deudor (“mora”)— *perpetúa la obligación*. Es Paulo quien categóricamente afirma: “Corresponde ver respecto a lo que los antiguos establecieron, que siempre que interviene culpa del deudor, se perpetúa la obligación” (*Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem. . .*”).

De los conceptos cardinales de *culpa* y de *perpetuatio* derivan los criterios que fundamentan la reclamación del débito incumplido. Si pervive la *obligatio*, pervive también la *actio (in personam)*, y si ésta procede, es porque el deudor se ha hecho civilmente responsable del no cumplimiento oportuno. Y en la base de su responsabilidad está indudablemente el factor *culpa*.

A contrario, *sensu*, si la deuda no se pagó oportunamente, pero sin que haya intervenido culpa (ni dolo) del deudor, *la obligación no se perpetúa ni se configura por tanto mora alguna*, quedando liberado el deudor de toda responsabilidad civil, como cuando la ejecución del débito (sea *dare, facere o praestare oportere*) se hizo imposible por *casus fortuitus o vis maior*, ocurrido, desde luego, *antes del tiempo previsto para su cumplimiento (impossibilia nulla obligatio)*.

Si el caso fortuito que hace imposible la prestación ocurre después que el deudor ha incurrido en mora, no se libera de la obligación y debe responder; así sucede cuando perece la especie o cuerpo cierto debida, por *casus y post moram*. Ulpiano es muy claro al precisar que si después de la mora del que promete perece fortuitamente la especie debida, el que prometió está igualmente obligado como si todavía la cosa existiera (“*Si post moram promissoris. . . tenetur. . . ac si (res) viveret*”, *Digesto*, 45, 1, 82). De manera que el deudor, si bien pudo liberarse antes de la mora de pagar el valor del cuerpo o especie perdido fortuitamente, después de la mora ya no se libra: el riesgo se invierte, pasa del acreedor al deudor, y en tal caso, debe responder, esto es, *indemnizar* pagando una condena pecuniaria. Considerando este aspecto, no cabe duda que la mora agrava la responsabilidad del deudor.

Concurren también a integrar el instituto de la mora los siguientes criterios jurisprudenciales clásicos: Paulo, en *Digesto*, 12, 1, 40, explica que “no es moroso aquel a quien por causa de excepción no puede pedirse una cantidad” (“*non enim in mora est, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest*”). Y Scévola, en *Digesto*, 50, 17, 88: “No se entiende que se causa mora alguna allí donde no hay petición alguna” (“*Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*”).

Estos pasajes del *Digesto* explican que, para que hubiese mora (además del no cumplimiento imputable al deudor) se requería que la obligación fuese *exigible*, esto es, no sujeta a condición ni a plazo. Si el deudor se puede excepcionar alegando plazo pendiente, la mora no ha podido configurarse. La obligación también debe ser *válida*, en el sentido de que debía *tener acción* (*actio in personam*) por ello, no había mora si se trataba de obligaciones naturales. La expresión de Scévola debe entenderse en este último sentido —es decir, en la posibilidad de “pedir” judicialmente o “accionar” y no en el de “requerimiento” o intimación al deudor que pague. Conforme explica Arangio-Ruiz, los clásicos no desarrollaron como criterio general el concepto de “interpelación” o requerimiento de pago que el acreedor —*sin forma prefijada*— hace al deudor para que éste se entienda constituido en mora.⁸⁴

Fue Justiniano quien exigió la “*interpellatio*” como requisito para precisar el concepto de “deudor moroso”.

En efecto, en el derecho justinianeo se exigió que el acreedor intimara de pago al deudor (interpelación) —sin forma prescrita alguna— una vez transcurrida la oportunidad de pagar lo debido sin que éste lo hiciera.

En determinadas circunstancias, no se exige la interpelación para entender al deudor constituido en mora. Entre estos pueden estar las obligaciones a plazo; la especial regulación de estas últimas, es expresada por los juristas medievales con la máxima “*dies interpellat pro homine*” (los días interpelan por el hombre).⁸⁵ Tampoco se requería interpelación cuando el retardo en el cumplimiento de la prestación equivalía a la total inejecución de la obligación, como cuando el *dare, facere o praestare oportere* sólo podía realizarse en un cierto espacio de tiempo y el deudor lo dejaba pasar sin darle cumplimiento.

Mora del acreedor. No sólo el deudor podía encontrarse en mora. También el acreedor lo estaba cuando —sustancialmente— se negaba en forma injustificada a recibir *el pago íntegro y oportuno* que le ofrecía el deudor según lo convenido. Efecto relevante de la mora del acreedor es que disminuye la responsabilidad del deudor. Obligado a quedarse éste con la *specie* por el injustificado rechazo que le ha hecho el acreedor, en caso de perecimiento de la cosa, sólo responde por su *dolo* y no por su culpa. Si la obligación es de dinero desde el mismo momento del rechazo cesa, al menos en los casos en que la oferta ha sido hecha con particulares solemnidades (en público o en lugar sacro),

⁸⁴ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 387.

⁸⁵ *Ibidem.*

la obligación eventual de pagar intereses. Esto, en cuanto a los principios propiamente clásicos.

Por derecho justinianeo, la oferta solemne y el relativo depósito de la suma de dinero debida parecen producir, sin más, la extinción de la obligación.⁸⁶

Si se debía una cosa genérica (como diez sacos de trigo) y la pérdida se producía por causa no dolosa (digamos, sólo por culpa), después de haberse efectuado la oferta real de entrega, y el acreedor accionaba pidiendo la referida *merx*, el deudor podía oponer a su *actio in personam* la *exceptio doli*.

Cesación de la mora. Tanto la mora del deudor cuanto aquella del acreedor, pueden cesar o “purgarse” (*enmendatio o purgatio morae*), esto es, *terminar con sus efectos*. En cuanto a la mora del deudor, la cesación se verifica cuando hace al acreedor la oferta de pago íntegro, sin que el acreedor pueda invocar una justa razón o causa de rechazo. Ahora bien, en cuanto a la mora del acreedor, ésta cesa cuando él mismo se ofrece a aceptar el pago que había rechazado, y a resarcir los daños y gastos que ese rechazo le significó al deudor.⁸⁷

4. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO POR CULPA O DOLO DEL DEUDOR. MODIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Cuando la obligación no se cumplía por haber incurrido el deudor en culpa o dolo, hemos observado que aquélla se perpetuaba (*perpetuatio obligationis*), es decir, se proyectaba más allá del tiempo previsto para su cumplimiento, precisamente porque no había excusa alguna que liberara al deudor de cumplir con lo prometido. Había incurrido en el no cumplimiento culpable de la obligación en el tiempo previsto, y ello lo configuraba como *deudor en mora*. Y *por efecto de la mora el deudor queda obligado, aun cuando más adelante la obligación se haga imposible (obligatio mora perpetuatur)*.⁸⁸ Quedaba sin duda obligado al resarcimiento del daño (“indemnización de perjuicios”).

Ello no ocurría cuando la obligación no se cumplía por caso fortuito: en tal caso el vínculo se extinguía, liberándose el deudor de la

⁸⁶ Guarneri-Citato, *Contributi alla dottrina della mora*, Palermo, 1923, p. 161 y ss. *Cfr.*, Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 388.

⁸⁷ Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 388.

⁸⁸ Bonfante, *op. cit.*, p. 438.

prestación contraída. No había allí *perpetuatio obligationis* ni, por tanto, procedencia de la *actio in personam*: si ya no había obligación, tampoco había acción que interponer. En esencia, el deudor no se había constituido en mora por ausencia de culpa y no había por tanto lugar a indemnización.

De modo que los efectos del incumplimiento dependían de las causas que lo motivaban: si había sido por dolo o por culpa, era procedente la *actio in personam* destinada a reclamar la prestación debida o el resarcimiento del daño. Si el cumplimiento en cambio, se debió a caso fortuito o fuerza mayor, el deudor quedaba liberado de responsabilidad civil por lo que no era procedente en su contra la *actio in personam* (por ejemplo, en caso de pérdida de la especie o cuerpo cierto que se debe por caso fortuito, lo cual extingue la *obligatio*).

En buena síntesis, y siguiendo en esto de cerca a Bonfante, la reclamación de la obligación incumplida sólo es procedente si el deudor ha incurrido en mora, esto es si el no cumplimiento —que naturalmente ha provocado retardo en la ejecución de la obligación— le es imputable, y concurren por supuesto los otros requisitos que integran el concepto de mora: obligación válida, civil, actualmente exigible más la “interpellatio” justiniana.

Ahora bien, en caso que el acreedor iniciara un proceso civil en contra del deudor (lo demande) por incumplimiento imputable (podría ser por culpa), es preciso distinguir dos situaciones fundamentales:

- a) El cumplimiento de la prestación originalmente convenida *es todavía posible*.
- b) El cumplimiento o ejecución de la prestación originariamente convenida *se ha hecho imposible*.

A. Proceso civil en que se reclama la prestación que todavía es posible

En caso que el acreedor inicie un proceso civil en contra del deudor en razón de su incumplimiento imputable, reclamando con la *actio in personam*, y el acreedor tiene interés en que se verifique la prestación pendiente, originariamente convenida, pareciera que en principio, el órgano jurisdiccional debía acceder a ello, esto es, obligar al deudor a prestar exactamente el objeto debido, desde el momento en que ello todavía era posible. Pero ello no fue así en el proceso *civil* clásico, pues la obligación incumplida, llegado el proceso al trámite de la contestación de la demanda (*litis contestatio*) y, tratándose precisamente

de derechos personales u *obligationes*, la primitiva prestación variaba de objeto o contenido (había allí una “novación” o cambio, y en la situación de la *litis contestatio*, el cambio era de objeto) lo que se traducía en una condena que no obligaba al objeto mismo que se debía, sino a su valor. Era una *condemnatio pecuniaria*.⁸⁹

De modo que la condena se concretaba siempre en una “estimatio” o cantidad pecuniaria. Así, si se reclamaba un predio, o cosas muebles, el juez no condenaba al demandado vencido a dar el objeto mismo, sino su valor en dinero, previa evaluación (*estimativa*) (Gayo, *Institutas*, IV, 48). Los graves inconvenientes que ofrecía este régimen de condena se advierten fácilmente. A un comodante o a un depositante, por ejemplo tanto más podía interesarles la restitución de la cosa que no el pago de su valor en dinero. Consecuencia de ello fue que el pretor, atento en todo momento a los principios de equidad, antepusiese a las fórmulas tendentes a una restitución, así como a las dirigidas a una exhibición, una cláusula por virtud de la cual el juez condenaría a pagar en dinero tan sólo cuando no prosperase la orden que él hiciera al demandado de “*exhibir*” o de “*restituir*”. Las acciones a las que acompaña semejante cláusula se llaman arbitrarias (*actiones arbitrarias*), y en el ámbito de los derechos de crédito se intentan y conceden normalmente por razón de dolo o de culpa.⁹⁰

B. *Proceso civil en que se reclama la prestación que se ha hecho imposible*

En todas aquellas situaciones en que la prestación *se ha hecho imposible* por hechos que resultan imputables al deudor, corresponde aplicar desde luego el principio de la *perpetuatio obligationis*. La obligación subsiste, pero el acreedor naturalmente no podrá pretender en el proceso civil pertinente el objeto debido “*in natura*”, esto es pedir exac-

⁸⁹ “Desde el punto de vista del derecho material, la *litis contestatio* tenía un efecto creativo, porque a la vez que extinguía la relación de derecho sustancial (contrato) que había dado origen a la acción interpuesta, por virtud del acuerdo procesal de sujetarse a la condena del juez, hacía nacer una nueva que reemplazaba a la anterior, modificando la situación y llegando, en cuanto se refería a las acciones *in personam*, a producir una *novación necesaria*. Al extinguirse la pretensión del *dare facere praestare oportere*, propio de las acciones personales, para ser reemplazada por un *condemnari oportere*, o sea, la sumisión del demandado a la condena futura, se presentaban las notas características de la novación, instituto en el que al nacimiento de una antigua obligación, se seguía el de una nueva. Cfr., Argüello, *op. cit.*, pp. 606-607.

⁹⁰ Iglesias, *op. cit.*, pp. 200-201.

tamente la originaria prestación convenida pues ello se ha hecho imposible como cuando la especie o cuerpo cierto ha perecido por culpa del deudor si la obligación es un “*dare*”, o como cuando el artífice obligado a realizar una obra (*opus*) le sobreviene un impedimento físico por imprudencia suya (culpa) si la obligación es un “*facere*”. En toda hipótesis semejante operará necesariamente “una sustitución del primitivo objeto por una indemnización pecuniaria que represente el interés patrimonial que el acreedor tenía en la obligación”.⁹¹

El derecho romano ofrece un sistema de resarcimiento del daño que no se resuelve en un solo tipo de condena. Ello varía según la estructura de la fórmula pretoriana. Así, en la *condictio certae rei (actio in personam)* en que se reclama una cosa cierta o específica, la condena se atiene al puro y simple valor de la cosa perdida o destruida por culpa del deudor, a “cuanto la cosa es” (*quanti ea res est*). Como principio muy restrictivo y nunca de carácter general, en este tipo de “*condictio*” se hizo típicamente extensiva la valoración del daño a otros perjuicios patrimoniales sufridos por el acreedor a causa del incumplimiento o inejecución, como también la ventaja patrimonial de que se había visto privado; en otros términos, una valoración más íntegra de los perjuicios sufridos por el acreedor a consecuencia de la inejecución del contrato.⁹² Lo expuesto corre para los juicios de derecho estricto (*iudicia stricta iuris*) que provienen de contratos de derecho estricto, *v. gr.*, la *stipulatio*, regidos por el antiguo *ius civile*, y donde el juez tiene facultades limitadas por el rigor del antiguo derecho.

En cambio, en los *iudicia bona fidei* —juicios de buena fe, originados por contratos de buena fe (“contractus provenientes del *ius gentium* como la compraventa clásica”)— “el juez puede valorar con más amplias facultades las particulares circunstancias del caso, teniendo en cuenta todo aquello que es dable exigir entre personas justas y leales”.⁹³

Es en estos juicios donde se tiene en cuenta el real interés del acreedor (*id quod interest*) en la prestación incumplida, y los daños y perjuicios abarcaban un doble aspecto: “la pérdida realmente sufrida, es decir la disminución que experimentara el acreedor en su patrimonio o *damnum emergens*, según la terminología moderna, y la utilidad o ganancia que el acreedor hubiera dejado de percibir por el incumplimiento de la obligación o *lucrum cessans*”.⁹⁴ Se buscaba entonces, con

⁹¹ Arias Ramos, J., *op. cit.*, p. 582. En el mismo sentido, Di Marzo, *op. cit.*, p. 191.

⁹² Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 389.

⁹³ Iglesias, *op. cit.*, p. 404.

⁹⁴ Argüello, *op. cit.*, p. 395.

la indemnización, compensar tanto el perjuicio patrimonial efectivamente sufrido, cuanto la utilidad que el acreedor esperaba obtener con su cumplimiento.

En la época de Justiniano, con el objetivo de zanjar de modo práctico las dificultades que ofrecía establecer la medida exacta de la indemnización y de limitar, a su vez, el resarcimiento a una cantidad que no excediera los límites impuestos por la prudencia y por la *humanitas* imperante en la época, se estableció un monto fijo consistente en el doble del valor real del objeto o prestación.