

Francisco Cuenca Boy

Responsabilidad contractual y extracontractual en derecho romano (*)

La primera parte del libro de Ramón P. Rodríguez Montero (p. 15-152) se titula «Apunte histórico y de conjunto sobre la denominada responsabilidad contractual en derecho romano»¹. Introduce el tema un resumen de la evolución del concepto de ‘*obligatio*’ en el sentido de la patrimonialización y en el de la extensión a las *obligationes honorariae*, cuestiones ambas conectadas con la noción de *actio in personam*. Siguen algunas explicaciones sobre el contenido de la obligación, su exigibilidad y su incumplimiento, situado en el «centro de gravedad del derecho de obligaciones» en cuanto presupuesto necesario de la imputación de responsabilidad. Por último, una indicación de las causas de la dificultad de concebir en derecho romano dos sistemas de responsabilidad – contractual y extracontractual – del todo separados, a saber, el lento desarrollo del concepto y la categoría de ‘*contractus*’, la aparición inicial de los criterios de responsabilidad en el ámbito de los actos ilícitos y la cercanía de las *actiones ex delicto* y *ex contractu*, toda vez que la idea de *condemnatio pecuniaria* envuelve un cierto sentido punitivo también en las segundas.

La exposición en sí de la responsabilidad contractual comienza evocando la contextura causalística del derecho jurisprudencial romano y la necesidad de estudiar la materia desde el ángulo procesal. Se trata de un enfoque que viene impuesto por la continuidad lógica entre las figuras negociales típicas, las fórmulas procesales y los criterios de responsabilidad. Dicha continuidad se percibe ya en la correlación de los *iudicia stricti iuris* con la «responsabilidad objetiva» y de los *iudicia bonae fidei* con la valoración del comportamiento del deudor, pero no faltan asomos más concretos como, por ejemplo, la aplicación del criterio de la *custodia* en la *actio commodati in factum*. Entre los tipos de *obligatio* existen, por otro lado, diferencias de orden sustantivo vinculadas a la naturaleza de la prestación; por ejemplo, la *perpetuatio obligationis* – «el primer planteamiento dogmático del problema de la responsabilidad contractual», en frase del autor – la inventan los *veteres* para las obligaciones de *dare certam rem* nacidas de estipulación o legado. Y así como en ellas la cuestión del efecto liberatorio de la imposibilidad sobrevenida se decide aplicando la idea del *factum debitoris*², en las de buena fe, y en general en las de *facere*, cobran más relevancia los deberes subsidiarios de *praestare*, variables en función de los acuerdos de las partes y de los criterios aplicables en cada caso.

Respecto a los criterios de imputación de responsabilidad, lo menos que cabe decir es que el autor los expone con mucha claridad. Del dolo, conducta consciente, querida e inicua, traza la evolución que lleva del *dolus malus* como opuesto de la *bona fides* a un concepto más amplio que engloba

*) R.P. RODRÍGUEZ MONTERO, *Responsabilidad contractual y extracontractual en derecho romano. Una aproximación con perspectiva histórica*, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2015, p. 242.

¹) Con título ligeramente distinto, este estudio se había publicado en «Responsabilidad civil de profesionales y empresarios. Aspectos nacionales e internacionales» (cur. R. Rodríguez Montero), La Coruña, 2006, p. 3-52.

²) Remitiendo a D. 45.1.91 pr. (Paul. 17 *ad Plaut.*), el autor (p. 44) acoge la opinión común según la cual la expresión ‘*factum debitoris*’ indica un hecho positivo del deudor, no una omisión; un punto de vista diferente en F. CUENCA BOY, *Rerum natura e imposibilidad física de la prestación en el derecho romano*, Santiago de Compostela, 2010, p. 173 s.

toda conducta impropia de una persona honrada; el resultado es la idea de que en cualquier acto es exigible un cierto nivel de cuidado. Asimismo subraya la condición insuprimible de la responsabilidad por dolo (que se refleja en la nulidad del *pactum de non praestando dolo*), su carácter de nivel más leve de responsabilidad y su relación con la infamia.

Criterio de responsabilidad propio de los *iudicia bonae fidei*, la culpa supone un juicio de censura independiente del deseo de dañar. De origen más reciente que el dolo (hacia el siglo III o el II a.C.), la noción de culpa se extendió desde la inicial *iniuria* aquiliana, que excluía las conductas omisivas, hasta el ámbito de los contratos, donde ingresa con el significado muy general de responsabilidad no dolosa. A partir de ahí, su sentido inicial de negligencia o incuria se amplía durante la época clásica hasta abarcar incluso el deber de pericia en prestaciones de índole técnica. De esta ampliación se deriva una idea de culpa que implica la valoración del comportamiento del deudor según criterios objetivos, esto es, según modelos que indican aquello que debe *praestare* conforme a la buena fe objetiva: el patrón del *prudens et diligens paterfamilias* o el del *artifex* normalmente perito en función del carácter no técnico o técnico de la prestación. Un tercer tipo de culpa es la que nace de la infracción de algún acuerdo contractual específico. El derecho postclásico y justinianeo, con visión moralizante del tema, sitúa la culpa en la base de un pretendido «sistema» general de responsabilidad; de esta época data la distinción de grados en la culpa (*levis* y *lata*). Por lo demás, siendo siempre necesario algún modelo objetivo de medición, se habla ahora de *culpa in abstracto* cuando el patrón es el *diligens paterfamilias* y de *culpa in concreto* en referencia a la '*diligentia quam in suis rebus adhibere solet*'. Esta última supone una atenuación de responsabilidad aplicable en supuestos tales como la restitución de la dote, la gestión de la tutela o la *societas*. En cambio, el criterio de la *utilitas contrabentium* determina su agravación para la parte que obtiene mayor utilidad o beneficio de la relación (la otra responderá solamente por dolo).

La custodia, en fin, es criterio propio de relaciones en las que el deudor detenta en provecho propio un bien que el acreedor le ha confiado. Resumidas las opiniones doctrinales sobre la evolución y el significado del concepto, la exposición se centra en el sentido técnico del '*custodiam praestare*' como medida que excede de la culpa y agrava la responsabilidad por encima del deber de diligencia: «el deudor responde de los eventos que con la custodia se habrían podido – abstractamente – evitar»; esos eventos evitables en abstracto son el hurto y el daño causado por tercero. Sobre los supuestos típicos en los que se usa la custodia, el autor se detiene sobre todo en las razones de necesidad que podrían explicar su aplicación a *nautae, caupones* y *stabularii*. Por último, el derecho postclásico y justinianeo interpreta este criterio como culpa derivada de la falta de custodia (*diligentia in custodiendo*), lo que posiblemente implica un mero cambio de la construcción dogmática de base sin mayores consecuencias.

Vienen a continuación una corta referencia a los criterios negativos de responsabilidad – el *casus* y la *vis maior* – y la posible diferencia entre ellos y algunos comentarios, asimismo breves, sobre las reglas seguidas por los juristas para determinar el criterio de responsabilidad aplicable en cada caso y situación.

Más extensas – y sustentadas en un crecido número de fuentes – son las observaciones relativas al *periculum* y a la mora. En general, el *periculum* sirve como criterio de atribución a una de las partes del menoscabo resultante de la imposibilidad sobrevenida de la prestación causada por algún evento sobre el que dicha parte carece de control. Hay, no obstante, gran debate doctrinal acerca de la relación entre el riesgo y la responsabilidad contractual. Una opinión los considera problemas diferentes en el sentido de que los criterios de atribución del riesgo solamente se utilizan una vez se ha establecido que la imposibilidad no es imputable al deudor, sirviendo entonces para decidir la suerte de la obligación – aún posible o ya cumplida – de la contraparte. Para otra, en cambio, el *periculum* es un criterio suplementario que opera dentro de la lógica de la responsabilidad ampliando el objeto del *praestare* de aquella parte a la que se hace soportar el riesgo y disminuyendo en igual medida la responsabilidad de la otra; un ejemplo es la asunción por el vendedor del riesgo de perecimiento de la *merx* antes de la entrega, en contra de la regla '*periculum est emptoris*' aplicable con carácter general. Una tercera posición considera que toda hipótesis de responsabilidad puede ser

planteada como un problema de riesgo; así lo indicarían los textos que mencionan el *'periculum custodiae'* y los que aluden a eventos colocados «a riesgo» de una de las partes, bien porque son consecuencia directa de su comportamiento culpable o de la infracción de un límite contractual, bien por guardar relación con la impericia profesional³. La polivalencia del término consiente, incluso, concebir en términos de riesgo los problemas relativos a las cualidades de la cosa, y asimismo hablan los textos de *'periculum evictionis'* y del *periculum* del deudor moroso. Supuesto todo lo anterior, el autor distingue dos significados de *periculum* en las fuentes: uno económico para indicar sencillamente que una de las partes soporta el quebranto producido por un evento, cualquiera que sea la forma jurídica en que le es atribuido (por ejemplo en el *fenus nauticum*); y otro técnico de extensión, pactada o no, de la responsabilidad por culpa o por custodia. Por último, en cuanto a los criterios de atribución del riesgo, los juristas tienden a equilibrar el *periculum* endosado a un contratante concediéndole las ventajas (*commoda, emolumenta*) de la cosa.

Los efectos de la *mora debitoris* dependen de la situación que se presenta a raíz de ella. Si la prestación se hace imposible de cumplir o pierde interés para el acreedor, tiene lugar la *perpetuatio obligationis*; en otro caso, la cuestión es resarcir el daño causado por el retraso, con la consabida diferencia entre *iudicia stricti iuris* y *iudicia bonae fidei*. El autor explica con cierto detalle los requisitos de la mora: los que atañen a la propia obligación, al deudor y a su comportamiento y, sobre todo, la *interpellatio* del acreedor. La necesidad de *interpellatio*, acotada en función del tipo de obligación, plantea una problemática específica en caso de haberse introducido un término suspensivo. De cualquier modo, para los juristas la mora es una cuestión de hecho cuya determinación se remite al juez. El deudor evita caer en mora no tanto cumpliendo la prestación cuanto ofreciendo al acreedor cumplirla en tiempo y forma adecuados; para el deudor que se encuentra ya en tal situación, la oferta extingue los efectos de la mora (*purgatio morae*), salvo la necesidad de pagar los intereses generados hasta ese momento. Por su parte, la *mora creditoris* o *mora accipiendi* se produce objetivamente cuando el acreedor rechaza de forma arbitraria la oferta del deudor o niega a éste la cooperación necesaria para el cumplimiento. Su principal efecto es el traslado del riesgo del objeto debido al acreedor y la limitación de la responsabilidad del deudor al dolo; más dudoso es si el rechazo o la negativa del acreedor elimina la mora del deudor que ya hubiera incurrido en ella.

El tratamiento de la responsabilidad contractual incluye la cuestión del resarcimiento. Antes de la época postclásica, en la que el deber de indemnizar es consecuencia directa de cualquier violación de la *obligatio*, el camino hacia el resarcimiento pasaba por la *perpetuatio obligationis* y por la sustitución del vínculo original, que la *litis contestatio* extinguía, por el de pagar la pena pecuniaria fijada en la sentencia. En derecho clásico, por tanto, la prestación inicialmente debida y el resarcimiento se encuentran en planos diferentes, no siendo posible, excepto en los *iudicia arbitraria* o en los de buena fe, la consecución de aquélla por vía procesal, cuya meta no es sino el resarcimiento pecuniario. Como de costumbre, los criterios de resarcimiento dependen del tipo de acción ejercitada y de las clases de fórmulas. En ciertos casos, el monto de la *condemnatio* se establece mediante la *aestimatio rei*, o sea, calculando el valor objetivo de la cosa en el momento de la *litis contestatio* (*quanti ea res est*) o en el de la sentencia (*quanti ea res erit*). En otros se sigue el criterio subjetivo del *id quod interest* – «lo que le falta» al acreedor –, que permite tener en cuenta el daño emergente y el lucro cesante. En general, el criterio depende de si la *intentio* es *certa* o *incerta*, y aunque no equiparables, tanto las fórmulas con cláusula arbitraria como las de *intentio incerta* referida a *quidquid dare facere oportet* dan al juez más libertad para efectuar la estimación. En los *iudicia bonae fidei* su libertad es aún mayor y no se limita a la estimación de la condena sino que se extiende sobre el conjunto de la relación obligatoria. En época imperial prevalecerá el principio de reparar exclusivamente los daños causados de forma directa por el incumplimiento. Dentro de esta misma tendencia, el derecho justinianeo fija la cuantía

³) No hay referencias en las fuentes al «riesgo del dolo» ni las puede haber por ser el dolo un criterio puramente subjetivo.

máxima del resarcimiento en el doble del valor real de la prestación⁴. Tema interesante es por último el de la *stipulatio poenae*, que permite fijar con anticipación la suma que el deudor deberá pagar en caso de incumplimiento o defectuoso cumplimiento. El sistema, cuya utilidad sobresale en supuestos de especial dificultad para la valoración del objeto de la *obligatio*, cumple alternativamente la función de reforzar la seguridad del crédito (pena convencional en sentido propio) o la de preparar la reparación del eventual incumplimiento⁵. La acumulación del resarcimiento convencional al judicial no era posible en principio.

«Aspectos generales de la regulación jurídica y el desarrollo jurisprudencial del ‘daño aquiliano’ en Roma. Una experiencia histórica» es el título de la segunda parte del libro (p. 155-210)⁶. El alcance de la ley Aquilia se mide sobre el fondo de la inorgánica regulación anterior en materia de daños. El contenido de los capítulos I y III⁷ se resume en los puntos siguientes: el *damnum* que se toma en consideración es, en el cap. I, la *occisio* de esclavos y *pecudes*, bienes de especial importancia económica, y en el cap. III, la destrucción total o parcial de cualquier cosa a consecuencia de alguno de los actos que su texto concreta: *urere*, *frangere* y *rumpere*; el cap. III cubre cualquier daño distinto de la *occisio* causado a los bienes del cap. I; en ambos capítulos, la sanción, al considerar el valor más alto que la cosa dañada hubiera tenido en determinado período anterior, incluye la *reipersecutio* sin limitarse a ella. Esta posición intermedia entre la pena y el resarcimiento podría expresar el compromiso entre las aspiraciones de los plebeyos, partidarios de la pena como régimen más general, y las de los patricios inclinados hacia el tratamiento singular de cada caso. Por otro lado, frente a los eventos materiales típicos contemplados por la normativa anterior (combustión de la casa, tala de árboles, lesión física del esclavo, etc.), la tutela generalizada de la propiedad introducida por el cap. III pudo responder al interés de la plebe menuda y de la clase de comerciantes y artesanos que empezaba a surgir en el siglo III a.C.; la superación del esquema de la pena fija pudo deberse también a su demasiada rigidez ante el fenómeno de la devaluación monetaria.

Sin sobrepasar el límite impuesto por los *verba* legales, la *interpretatio* jurisprudencial exploró a fondo las posibilidades de la regulación aquiliana. Preciso las modalidades de la *occisio* y apreció su existencia en ciertos casos de muerte procurada, siempre bajo el riguroso presupuesto de que el *damnum* fuera *corpori illatum*, lo que no exigía el contacto físico con la cosa dañada pero dejaba sin sanción toda hipótesis de conducta omisiva. En coherencia con la tendencia generalizadora del cap. III, el verbo ‘*rumpere*’ adquirió muy pronto el sentido de ‘*corrumpere*’, palabra que expresa la extensión máxima de la tutela concedida por dicho capítulo; fuera de ella quedaban aquellos casos en los que el daño no resultaba de una acción material directa sobre el objeto o en los que el perjuicio patrimonial sufrido no se concretaba en una *mutatio rei*. En cuanto al requisito de la ‘*iniuria*’, este concepto no equivale a la ‘*contumelia*’ de la *actio iniuriarum*, sino que tiene el sentido de ‘*non iure*’ o ‘*contra ius*’ y se dirige, por tanto, a calificar las acciones relevantes por su falta de fundamento en el *ius*. En relación con esto, la jurisprudencia consideró como causas de justificación la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio lícito de una actividad o un derecho propio, de tal modo que la valoración de una acción cualquiera como lesiva en el sentido de la ley dependía de la concurrencia de dos circunstancias: la positiva de que fuera causa cierta del daño producido y la negativa de la ausencia de justificación. De gran interés a este respecto es la emersión de la *culpa* en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, que alguna doctrina detecta ya en la *interpretatio* de época republicana tardía a modo de profundización del concepto de *iniuria*. La exploración del mencionado ele-

⁴) C.I. 7.47.1 (a. 531) y D. 19.1.44 (Afric. 8 *quaest.*), itp.

⁵) Cada una de ellas perseguida con una *conceptio verborum* diferente: ‘*Sticho dari spondes? Si non dederis centum dari spondesne?*’ y ‘*Si fundum non dederis, centum dari spondesne?*’.

⁶) Publicado anteriormente, con título ligeramente distinto, en «Antropología jurídica de la responsabilidad» (*cur.* I. Terradas Saborit), Santiago de Compostela, 2011, p. 659-699, en «Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña», XV, 2011, p. 649-672, y en «RGDR.», XVI, 2011, p. 1-27.

⁷) En época clásica el cap. II ya había caído en desuso: D. 9.2.27.4 (Ulp. 18 *ad ed.*) e *Iust. inst.* 4.3.12; cfr. Gai., *inst.* 3.215-216.

mento subjetivo intenta ir más allá de la autoría del acto lesivo preguntándose, por ejemplo, si puede considerarse justificada la acción del sujeto que elige la conducta dañosa en presencia de otra posibilidad, la del que ignora la conducta alternativa por descuido o incapacidad y la del que se coloca culpablemente en situación de no poder optar. Asimismo hay indicios de reflexión sobre el problema de la concurrencia de culpas.

El principio *'liberum corpus non tollit aestimationem'* y la influencia de la regulación decenviral de los casos más graves de agresión física, impidieron considerar el *corpus* de una persona libre entre los objetos protegidos por la disciplina del *damnum*. Por lo que respecta a la estimación de la condena, el punto de partida fue siempre el más alto valor de mercado que la cosa dañada hubiese tenido respectivamente en el año anterior (cap. I) o en los treinta días previos al hecho (cap. III); estos períodos trataban de hacerse cargo de la variación estacional del valor de los bienes, en particular esclavos y animales, teniendo en cuenta a la vez la distinta entidad del daño contemplado en cada capítulo. Por lo demás, en los criterios de valoración seguidos por los juristas se dio una evolución que condujo de la inicial coincidencia del *damnum* con el mero valor del *corpus* destruido o dañado (el *plurimum*, en todo caso) a una estimación cada vez más abierta a sumar a ese valor la *utilitas domini*; en definitiva, el *'id quod interest'* se abre paso como el modo de realizar la *aestimatio damni*⁸, lo que indica que la función resarcitoria de la tutela aquiliana va primando poco a poco sobre la penal.

Por lo menos desde el siglo I a.C., el ámbito de esta tutela se ensancha mediante la concesión de acciones *utiles* e *in factum* por el pretor. Las primeras presuponen la existencia de analogía con los casos legalmente previstos y sirven, entre otras cosas, para amparar al titular de un *ius in re aliena* o al propietario del objeto que ha sido dañado a consecuencia de una conducta omisiva. En las segundas, la analogía se reduce a la existencia de un *damnum* que, sin embargo, no es claramente aquiliano, como sucede cuando se duda de que la acción haya sido su causa cierta y directa, cuando el daño no encaja en el concepto de *'corrumpere'* o cuando la posición jurídica de la víctima carece de reconocimiento civil.

En el sombrío panorama actual de nuestras Facultades, que reprime todo intento de enseñar y aprender en serio cualquier materia jurídica, la declarada vocación docente de este libro puede parecerse una quimera. Pero también la podemos ver como señal de la tenacidad de un profesor que sabe qué es la Universidad e insiste contra toda esperanza en mantener su ideal. El tema tratado es tan importante como difícil. La claridad con que lo desarrolla el autor respeta su intrínseca complejidad histórica y conceptual; lejos de ser plana, la exposición se hace eco de cada discusión doctrinal relevante y se apoya de forma constante en las fuentes. El lector, sea estudiante o estudioso, obtiene una visión entonada y completa de la materia.

⁸ Cfr. D. 9.2.21.pr. y 2 (Ulp. 18 *ad ed.*).