

Por:

Francisco Cuenca Boy\*

## MORA CREDITORIS E IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA PRESTACIÓN

### Resumen

La *mora creditoris* o *mora accipiendi* limita al dolo la responsabilidad del deudor por la pérdida de la cosa debida, esto es, por el incumplimiento derivado de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Con este presupuesto, y mediante el examen de un conjunto de textos significativos, este trabajo se ocupa de las consecuencias que tiene para el deudor una imposibilidad producida sin dolo suyo y durante el retraso del acreedor; consecuencias que aunque son substancialmente muy semejantes en todos los casos, desde el punto de vista técnico se producen por vías distintas según lo debido fuera cosa específica o bien cosa genérica o cantidad de dinero.

**Palabras clave:** *Mora creditoris*, imposibilidad sobrevenida, obligaciones específicas y genéricas.

### Abstract

One of the effects of the *mora creditoris* or *mora accipiendi* is the restriction to *dolus* of the debtor's liability for the loss of the thing due, i. e., for the non-fulfilment of his debt derived from the subsequent impossibility of performance. Based on this assumption and considering a set of significant texts, our paper deals with the consequences for the debtor of such impossibility when it takes place during the creditor's delay and provided there is no fraud or deceit on the debtor's side. Although the consequences are essentially similar in all sources and all cases which have been analysed, from a technical point of view they follow different processes, depending on the nature of the thing due; that is, depending on whether it is a specific thing, a generic thing or an amount of money.

**Key words:** *Mora creditoris*, forthcoming impossibility, specific and generic obligations.

### Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. MORA CREDITORIS E IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA. *planteamiento del tema y principales hipótesis*. III. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS: 1. ESTIPULACIÓN ALTERNATIVA. 2. Restitución del *servus*

---

\* Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Cantabria, Santander, España. Correo electrónico: cuenafj@unican.es

in dote. 3. *Compraventa*. IV. OBLIGACIONES GENÉRICAS Y PECUNIARIAS. 1. *Obligaciones de género*. 2. *Obligaciones dinerarias*. V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Con mucho gusto acepto la invitación cursada por la Dra. Rosario de la Fuente Hontañón a participar en el número de la Revista de Derecho con el que la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura desea conmemorar sus primeros veinte años de fructífera existencia. Las dos ocasiones en que he visitado la Facultad me han permitido comprobar la calidad del trabajo que en ese centro de estudios se desarrolla, la dedicación de sus profesores y el beneficio que sus estudiantes obtienen del paso por las aulas: un beneficio que se mide no sólo en términos de formación académica sino de perfeccionamiento de calidades humanas. Ahora, cuando hace ya unos cuantos años que no viajo a Piura, por distintas circunstancias de mi vida personal y profesional que me lo han ido impidiendo, estoy completamente seguro de que las positivas características que desde mi primera estancia pude observar en la Facultad siguen en ella vivas y en crecimiento constante, para bien de la comunidad universitaria en su conjunto y para bien, sobre todo, de la sociedad peruana, cuya aspiración al progreso y a la justicia necesita de juristas bien formados y competentes que la acompañen y que puedan ayudar a encauzarla.

Para responder a la invitación recibida he elegido un tema encuadrado en el derecho de obligaciones, a saber, la incidencia sobre la vida y los efectos de la obligación de aquella imposibilidad de la prestación que sobreviene durante la mora del acreedor. El tema por el que voy a interesarme no es, por tanto, la *mora creditoris* ni tampoco la imposibilidad sobrevenida de la prestación, sino las consecuencias que la articulación de ambas tiene para el deudor. Como luego volveré a señalar, la estricta limitación de este enfoque me obliga a dejar para otra ocasión la mayoría de las muy interesantes cuestiones que en relación con la *mora credendi* se plantean al estudioso desde los textos jurisprudenciales y legales. Por otra parte, lo que pueda decir aquí sobre el enlace de *mora accipiendi* e imposibilidad sobrevenida presupone un contexto mucho más amplio —el del incumplimiento causado por la imposibilidad de la prestación— que no tendré más remedio que obviar en su casi totalidad<sup>1</sup>. Sí quiero hacer, de todos modos, una advertencia que me parece importante: el punto de vista fundamental que pretendo adoptar en las páginas que siguen no es como regla el de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación, sino, precisamente, el de la imposibilidad de realizar la prestación como factor desencadenante del incumplimiento.

---

<sup>1</sup> Del tema de la imposibilidad de la prestación me he ocupado en repetidas ocasiones y desde diferentes puntos de vista: CUENA BOY, Francisco. *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, Valladolid, 1992; “La prestación y sus requisitos”, en PARICIO, Javier (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 93 y ss.; “*Emptio suae rei*: los casos de D. 19.1.29 y D. 17.1.22.3”, en *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, núm. 91, 1988, pp. 677 y ss.; “La idea de *rerum natura* como criterio básico de la imposibilidad física de la prestación”, en *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, núm. 40, 1993, pp. 227 y ss.

Hechas estas precisiones, paso a exponer mi visión del tema propuesto, que ofrezco al lector como fruto parcial de una reflexión de más largo alcance sobre la imposibilidad física de la prestación en derecho romano.

## II. MORA CREDITORIS E IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA: PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y PRINCIPALES HIPÓTESIS

Las fuentes suelen describir la *mora creditoris* o *mora accipiendi* mediante un giro formalmente muy parecido a aquel con el que expresan la imputabilidad del deudor que deja de cumplir su obligación. En efecto, de igual modo que esta segunda idea es referida por la frase *per debitorem stare, quo minus solvat*, con todas sus variantes, *per creditorem stare, quo minus accipiat* es, con todas las suyas, una de las locuciones más utilizadas para referir la mora del acreedor<sup>2</sup>. Pasando del plano formal al material, y dando por supuesto que el paralelismo se mantiene también aquí, la citada locución indica el hecho de un incumplimiento que ha consistido en el acreedor o ha dependido de él: en otros términos, un incumplimiento imputable al acreedor, el cual lo ha causado, como es obvio, con una conducta omisiva suya que, no obstante este carácter negativo, al menos en un caso recibe la calificación de *factum*<sup>3</sup>. Conviene abrir aquí un pequeño paréntesis para destacar que esta calificación de *factum* coincide con la que algunos textos dan a la secuencia de *mora debitoris* e imposibilidad de la prestación<sup>4</sup>. Y si ya el aspecto de las circunstancias concretas a las que se refieren estos fragmentos siembra dudas razonables en relación con la exigencia de que la imposibilidad se haya producido por un comportamiento comisivo del deudor<sup>5</sup>, como se empeña en sostener la doctrina mayoritaria<sup>6</sup>, el dato de que la *mora accipiendi* pueda ser referida también

<sup>2</sup> Textos: D. 4.8.23.1 (Ulp. 13 *ad ed.*), D. 4.8.40 (Pomp. 11 *ex var. lect.*), D. 13.7.20.2 (Paul. 29 *ad ed.*), D. 17.1.37 (Afr. 8 *quaest.*), D. 18.6.5 (Paul. 5 *ad Sab.*), D. 18.6.13 (Paul. 3 *Alf. epit.*), D. 19.1.3.3 (Pomp. 9 *ad Sab.*), D. 19.1.38.1 (Cel. 8 *dig.*), D. 19.1.51 (Lab. 5 *post. a Iav. epit.*), D. 19.2.36 (Flor. 7 *instit.*), D. 23.5.18.1 (Iav. 6 *ex post. Lab.*), D. 24.3.9 (Pomp. 14 *ad Sab.*), D. 30.84.3 (Iul. 33 *dig.*), D. 33.6.8 (Pomp. 6 *epist.*), D. 40.7.3.13 (Ulp. 27 *ad Sab.*), D. 45.1.105 (Iav. 2 *epist.*), D. 45.1.122.5 (Scaev. 28 *dig.*), D. 46.3.9.1 (Ulp. 24 *ad Sab.*), D. 46.3.39 (Afr. 8 *quaest.*), C. 4.24.12 [a. 294], C. 4.32.19.2 [a. 294].

<sup>3</sup> D. 24.3.9 (Pomp. 14 *ad Sab.*): *Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet... ne facto mulieris...*; sobre el texto, *vid.* RICCOBONO JR., Salvatore. "Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano", en: *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, núm. 29, 1964, p. 368; más referencias en PENNITZ, Martin. "Zu den Voraussetzungen der *mora accipiendi* im klassischem römischen Recht", en: *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, Rom. Abt., núm. 123, 2006, p. 161 nt. 47.

<sup>4</sup> *Vid.* en este sentido D. 12.1.5 (Pomp. 22 *ad Sab.*): *Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares*; D. 30.36.3 (Pomp. 6 *ad Sab.*): *... et antequam interpellaretur ab altero, Stichus mortuus est, heres non tenetur, quia nihil per eum factum intellegitur*; sobre todo D. 46.1.58.1 (Paul. 22 *quaest.*): *Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat... veluti si moram fecit in Stichosolvendo et is decessit*.

<sup>5</sup> *Si id perierit; si Stichus mortuus est; et is decessit*; incluso en relación con D. 45.1.91 pr. (Paul. 17 *ad Plaut.*), que la doctrina suele leer justamente en el sentido contrario, no sería imposible argumentar la consideración como *factum debitoris* de aquel caso en el que, abandonado en su enfermedad, el esclavo estipulado moría después de haber incurrido en mora el promitente.

<sup>6</sup> *Vid.* por todos CANNATA, Carlo Augusto. "Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la *culpa debitoris* nelle obbligazioni da *stipulatio in dando*", en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 32, 1966, pp. 90 y ss.; SARGENTI, Manlio. "Problemi della responsabilità contrattuale", en: *Atti del Seminario*

como *factum (creditoris)* nos induce a pensar que el hecho que los juristas consideran relevante a efectos de responsabilidad del deudor no es necesaria ni exclusivamente un hecho positivo suyo. Por decirlo en términos más concretos: nos induce a pensar que una vez que el obligado cae en mora, basta la mera ocurrencia (el simple suceso) de la imposibilidad para que la hipótesis en su conjunto pueda ser calificada como *factum debitoris*.

Lo que nos interesa, no obstante, es ese *factum creditoris* que consiste en la *mora accipiendi*. Ahora bien, puesto que hemos hablado de incumplimiento imputable al acreedor, de inmediato debemos precisar que la mora de éste no nos interesa por sí misma o de un modo general, sino sólo en relación con la imposibilidad física sobrevenida de la prestación; esto es, en relación con aquellos casos en los que la imposibilidad se produce mientras el acreedor se encuentra en mora. En consecuencia, puntos importantes del régimen de la mora del acreedor como la discutida existencia de causas de justificación<sup>7</sup>, la consignación (*obsignatio, depositio in aede publica*) del objeto debido<sup>8</sup> o la concurrencia de *mora debitoris* y *mora creditoris*<sup>9</sup>, entre otros, quedarán fuera de nuestra atención. A su vez, esta delimitación del tema aconseja una actitud selectiva en relación con las fuentes sobre la *mora accipiendi* con el fin de destacar aquellos textos, ciertamente no muy numerosos, que documentan directamente hipótesis con las mencionadas características.

De todos modos, antes de dar paso al examen de las fuentes, y como justificación somera de nuestro interés por esta cuestión, conviene recordar que uno de los efectos principales de la *mora creditoris* es la limitación de la responsabilidad del deudor por la pérdida (o el deterioro) de la cosa debida; vale decir, por el incumplimiento originado en la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Así, sea o no moroso el deudor mismo, y consista lo que debe en cosa específica o en cosa genérica que él ha destinado al pago y ha ofrecido al acreedor –caso en el cual, la oferta correctamente efectuada opera una suerte de especificación del objeto debido–, la *mora accipiendi* reduce su responsabilidad al dolo<sup>10</sup>. Siendo ésta la regla general, su resultado lógico en las fuentes debería consistir en la extinción de la obligación en aquellos casos en los que, sin dolo del deudor, el objeto de la prestación ha perecido encontrándose el acreedor en mora. Y de haber sido éste el punto de vista único o exclusivo, muy poco margen hubiera quedado para decir algo más sobre tales casos. Sin embargo, la razón de dedicar cierto espacio a su estudio se encuentra en la diversidad de las situaciones que tienen contacto efectivo con la regla recordada, lo que implica la necesidad de proceder a comprobaciones concretas sobre las condiciones que habrían de darse para que pudiera tener lugar la liberación del

---

*sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 7-9 aprile 1987, I, Cisalpino – La Goliardica, Milano, 1988, p. 103.

<sup>7</sup> Vid. D. 13.5.18 pr. (Ulp. 27 ad ed.).

<sup>8</sup> D. 22. 1.7 (Pap. 2 resp.); C. 4.32.19 pr. (Diocl. et Maxim.); C. 8.42.9 (a. 286).

<sup>9</sup> D. 19.1.51 pr. (Lab. 5 post. a Iav. epit.); D. 18.6.18 (Pomp. 31 ad. Q. Muc.).

<sup>10</sup> Por todos, KASER, Max. *Das römische Privatrecht I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2ª edición, C.H. Beck, München, 1971, p. 517.

deudor, así como sobre los procedimientos técnicos por medio de los cuales se alcanzaba dicho resultado u otro sustancialmente parecido<sup>11</sup>.

Las fuentes nos informan de una primera situación consistente en el perecimiento de la cosa específica debida durante la *mora creditoris*. Contamos al respecto con unos pocos textos que documentan a su vez tres supuestos diferentes en los que se produce aquel perecimiento: la estipulación alternativa de dos esclavos con elección del deudor<sup>12</sup>, la restitución de un esclavo dotal<sup>13</sup> y la compraventa de unas camas<sup>14</sup>. La imposibilidad de cumplir sobreviene por la muerte fortuita del esclavo debido (tratándose de obligación alternativa, por la del esclavo elegido por el deudor y ofrecido en forma a la otra parte) y por la destrucción de las camas vendidas por orden de un edil. En un caso, además, la *mora accipiendi* se produce como consecuencia del rechazo de la oferta con que el deudor ha intentado enmendar su propio retraso inicial<sup>15</sup>.

Otro grupo de textos plantea las consecuencias del perecimiento durante la *mora creditoris* cuando lo debido es cosa genérica<sup>16</sup> o cuando se trata de una deuda de dinero<sup>17</sup>. En estos casos, la imposibilidad resulta de la muerte fortuita del concreto esclavo elegido y ofrecido en cumplimiento de la obligación genérica o de la pérdida del dinero predispuesto para el pago. Uno de los pasajes sobrentiende, más que expresa, el hecho

<sup>11</sup> Como generalización compilatoria se debe considerar la sentencia de D. 50.17.39 (Pomp. 32 ad Sab.): *In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat*; vid. RICCOBONO JR., Salvatore. 1964, p. 368 nt. 94; HARKE, Jan Dirk. *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen römischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 104 nt. 82; cfr. KASER, Max. 1975, p. 359 nt. 16: “unschlüssig Pomp. D. 50.17.39”.

<sup>12</sup> D. 45.1.105 (Iav. 2 epist.): *Stipulatus sum Damas aut Erotem servum dari: cum Damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui: mortuum est Dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debeat solveret, continuo eum debito liberari*.

<sup>13</sup> D. 24.3.26 (Ulp. 37 ad ed.): *Semel mora facta si servum dotalem postea offerente marito mulier accipere noluerit et ita is decesserit, non debet pretium eius maritus vel heres eius, ne damnum sentiat, quod postea offerente eo mulier accipere noluit*; D. 46.3.72 pr. (Marcell. 20 dig.): *et sane si servus erat in dote eumque optulit maritus et is servus decessit... ipso iure desinet teneri*; recogemos completo este texto *infra*, en la nt. 17.

<sup>14</sup> D. 18.6.13 y 15 pr. (Paul. 3 Alf. epit.): *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum placet*. 15 pr.: *Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit*.

<sup>15</sup> D. 24.3.26; cfr. D. 13.1.8 pr. (Ulp. 27 ad ed.).

<sup>16</sup> D. 30.84.3 (Iul. 33 dig.): *Si cui homo legatus fuisset et per legatarium stetisset, quo minus Stichum, cum heres tradere volebat, acciperet, mortuo Sticho exceptio doli mali heredi proderit*; D. 46.3.9.1 (Ulp. 24 ad Sab.): *Qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur et reliqua quinque sola in obligatione remanent: item qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur: qui autem hominem debet, partem Stichi dando nihilo minus hominem debere non desinit: denique homo adhuc ab eo peti potest. sed si debitor reliquam partem Stichi solverit vel per actorem steterit, quo minus accipiat, liberatur*.

<sup>17</sup> D. 44.4.6 (Gai. 30 ad ed. prov.): *Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, exceptione doli mali creditor removebitur. idem est et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat*; D. 46.3.72 pr.: *Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset. quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. et sane si servus erat in dote eumque optulit maritus et is servus decessit, aut nummos optulit eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso iure desinet teneri*.

del perecimiento<sup>18</sup>. La manera en que otro se refiere a la conducta del acreedor da pie a pensar que esa conducta podía ser distinta o más amplia que la mora<sup>19</sup>.

### III. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS

#### 1. Estipulación alternativa

La liberación completa del deudor, consecuencia a su vez de la extinción del vínculo obligatorio, es lo que se desprende de un fragmento de Javoleno, relativo a una estipulación alternativa (D. 45.1.105), que recuerda que ya Masurio Sabino mantenía esta misma opinión<sup>20</sup>. El promitente ha intentado en vano *dare* uno de los dos esclavos prometidos, concretando de este modo el objeto de la prestación; al morir después ese esclavo de forma fortuita, la obligación no se concentra sobre el que sigue vivo todavía, sino que el vínculo se extingue. Así pues, la liberación *ipso iure* se produce aquí por el encadenamiento en este orden de los siguientes tres requisitos: la oferta efectiva de cumplimiento, la mora del acreedor y la imposibilidad sobrevenida de la prestación. La última frase del fragmento podría dar la falsa impresión de que Sabino hacía depender este resultado de la inexistencia de *mora debitoris*<sup>21</sup>, pero entonces no se entenderían ni la mención de este cuarto requisito tan a última hora (o sea, luego de haberse expuesto una opinión, la de Sabino, que se justifica perfectamente en referencia a los hechos resumidos al principio) ni el papel o el significado de la *mora creditoris* en el conjunto de la hipótesis resuelta<sup>22</sup>. Por eso la frase en cuestión, ofrecida extrañamente como si se tratara de una explicación del pensamiento sabiniano, debe considerarse interpolada en su totalidad o como fruto, en cualquier caso, de un mal resumen del texto original<sup>23</sup>.

#### 2. Restitución del *servus in dote*

En relación con la restitución de un esclavo dotal, a la *mora accipiendi* se refieren un pasaje de Marcelo (D. 46.3.72 pr., última frase)<sup>24</sup> y otro de Ulpiano (D. 24.3.26) que añade, en comparación con el primero, el elemento de una previa *mora debitoris*. Con independencia de esta circunstancia, ambos juristas se pronuncian por la extinción

<sup>18</sup> D. 46.3.9.1: *sed si debitor reliquam partem Stichii solverit vel per actorem steterit, quo minus accipiat, liberatur.*

<sup>19</sup> D. 44.4.6: *Si opera creditoris acciderit...*

<sup>20</sup> D. 45.1.105: *secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse.*

<sup>21</sup> ... *nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.*

<sup>22</sup> Cfr. HARKE, Jan Dirk. 2005, pp. 86 y ss.

<sup>23</sup> En este sentido, GROSSO, Giuseppe. *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, 3ª edición, Giappichelli, Torino, 1966, p. 218; los esfuerzos que hace ECKARDT, Bernard. *Javoleni Epistulae*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pp. 38 y ss., por cohonestar la frase con el resto del fragmento terminan, si nos confundimos, por hacerla del todo innecesaria.

<sup>24</sup> KRELLER, Hans. "Marcell. 20 Dig. D. 46.3.72 pr.", en *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, núm. 8, 1957, pp. 121 y ss., considera espurias las dos referencias al *servus in dote* porque, dice, el marido no respondería de su muerte aunque no hubiera habido mora por parte de la mujer.

automática del vínculo a resultas de la muerte del esclavo que el marido ha ofrecido a la mujer y ésta no ha recibido o se ha negado a recibir: *ipso iure desinet teneri, non debet pretium*. HARKE, que se ocupa solamente del fragmento de Marcelo, advierte que en el marco de la restitución de la dote no cabe distinguir entre liberación *iure civili* y liberación *iure honorario*, dada la inherencia de la excepción de dolo al *iudicium* de la *actio rei uxoriae* en cuanto *in bonum et aequum concepta*<sup>25</sup>. Sin entrar a discutir esta explicación para el supuesto del *servus in dote*, pues el texto de Marcelo contempla también el de la restitución de unos *nummi*, al que nos referiremos más adelante, los requisitos de la liberación siguen siendo los mismos y deben darse en el mismo orden que el fragmento de Javoleno nos ha permitido comprobar, esto es: ofrecimiento de pago, mora del acreedor e imposibilidad consecutiva de la prestación por perecimiento fortuito de su objeto. En cuanto a la *mora debitoris* con que se inician los hechos de D. 24.3.26, ese retraso queda purgado por la oferta posterior del esclavo y el rechazo de la mujer<sup>26</sup>. Por consiguiente, cuando el esclavo muere no hay más tardanza que la de la mujer en recibir lo que se le ofrece.

### 3. Compraventa

En relación con la compraventa es muy interesante el contenido de D. 18.6.13 y 18.6.15 pr.<sup>27</sup>, donde Paulo refiere, epitomándola, una decisión del jurista republicano Alfenio Varo. El edil ha hecho destruir unas camas vendidas y puestas en la vía pública. Si el hecho ha sucedido después de efectuada la *traditio* o después de entrada la *mora emptoris*, el *periculum* debe ser soportado por el comprador; en caso contrario, por el vendedor. En relación con el desarrollo histórico de la *obsignatio*, Vignerón ve en D.18.6.13 un reflejo de la posición de los *veteres*, en el sentido de que, no existiendo todavía en la época de Alfenio aquella posibilidad, el deudor podía, en caso de *mora creditoris*, hacer lo que quisiera con el objeto debido, sin excluir, como probaría el fragmento, su abandono<sup>28</sup>. Quizás esta opinión es un poco unilateral, pues a fin de cuentas, no es dudoso que el hecho de encontrarse *positi in via publica* los muebles se puede corresponder también con una entrega ya cumplida de

<sup>25</sup> HARKE, Jan Dirk. 2005, p. 89; RICCOBONO JR., Salvatore. 1964, p. 430, aprecia una contradicción entre la liberación *ipso iure* del final del fragmento y la *exceptio doli mali* que concede con anterioridad y piensa en una alteración debida a la tendencia compilatoria a sustituir los efectos *ope exceptionis* por los producidos *ipso iure*; nos volveremos a ocupar de este punto cuando examinemos el resto de D. 46.3.72 pr.

<sup>26</sup> Cfr. STREICHER, Karl Ludwig. *Periculum Dotis*, J. Schweitzer, Berlin, 1973, pp. 34, 68; según KASER, Max. *Restituere als Prozeßgegenstand. Die Wirkung der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*, 2ª edición, Beck, München, 1968, p. 120, la *purgatio morae debendi* no deja al deudor más opción que la *exceptio*.

<sup>27</sup> La necesidad de conectar ambos pasajes es convenientemente subrayada por SCOGNAMIGLIO, Margherita. "Note su *sinallagma condizionale e periculum rei venditae nel diritto romano*", en: GAROFALO, Luigi (a cura di). *La compravendita e l'interdependenza delle obbligazioni nel diritto romano II*, Cedam, Padova, 2007, p. 181 y nt. 15; *vid.* también SERRANO-VICENTE, Martín. *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el derecho romano*, Tébar, Madrid, 2006, pp. 277 y ss.

<sup>28</sup> VIGNERON, Roger. *Offerre aut deponere: de l'origine de la procedure des offres réelles suivies de consignation*, *Faculté de droit de Liège, Liège*, 1979, pp. 54 y ss.; RICCOBONO JR., Salvatore. 1964, p. 167, entiende que el pasaje de Alfenio refleja un momento histórico en el que la *mora creditoris* libera al deudor de toda responsabilidad; en tiempos sucesivos, este principio de irresponsabilidad fue atenuado por el de la responsabilidad por dolo.



los mismos, en cuyo caso no tendría sentido hablar de abandono por parte del vendedor<sup>29</sup>. Pero es que, aunque no hubiera habido *traditio*, la simple presencia de unas camas en la vía pública no debe interpretarse sin más como signo de que han sido abandonadas, ni menos aún ofrece base suficiente por sí sola para plantear una responsabilidad por *culpa* del vendedor, toda vez que aquella presencia puede ser expresión de un uso legítimo en principio del espacio público<sup>30</sup>. Por otro lado, la larga duda acerca de si la obligación del vendedor de las camas de nuestro texto es de objeto genérico o específico se debe resolver en este último sentido<sup>31</sup>, aunque, de juzgarse que se trataba de obligación genérica, habría que entender que su objeto quedó individualizado por la elección y oferta (o en su caso por la entrega) de aquellas camas en concreto cuya destrucción suscita el *responsum* del jurista<sup>32</sup>. Otro aspecto que ha llamado la atención de la doctrina, alentada por el pasaje de Juliano<sup>33</sup> intercalado entre los dos fragmentos en que los compiladores dividieron el dictamen único de Alfeno, es el de la justificación de la orden del edil a la que se ha debido dicha destrucción. La idea es que una actuación legítima del magistrado podría servir para fundar la responsabilidad contractual del vendedor<sup>34</sup>, pero en definitiva, dado que se trata de un ingrediente que ni siquiera se refleja en el texto conservado del *responsum*, toda utilización que de él quisiera hacerse tendría un valor meramente conjetural<sup>35</sup>.

Despejado el campo de cuestiones como las anteriores, dentro de las estrechas líneas que ciñen nuestro estudio sólo nos quedaría constatar cómo una vez más la imposibilidad de la prestación sobrevenida durante la *mora creditoris* determina la liberación del deudor; en realidad, la extinción de su *obligatio*, ya que las consecuencias que el *responsum* de Alfeno vincula a la *mora emptoris* son las mismas que atribuye a la entrega de las camas vendidas. No obstante, una conclusión tan sencilla necesitaría ajustar las cuentas con la lacónica descripción que hace el jurista de tales conse-

<sup>29</sup> “Die res vendita wird... von einer der beiden Vertragsparteien auf der nahe gelegenen via publica abgestellt”, dice PENNITZ, Martin. *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum 'aktionenrechtlichen Denken' im römischen Privatrecht*, Böhlau, Wien-Köln-Weimar, 2000, p. 366.

<sup>30</sup> En este sentido, SCOGNAMIGLIO, Margherita. 2007, p. 184; PENNITZ, Martin. 2000, p. 367.

<sup>31</sup> Cfr. CARDILLI, Riccardo. *Lobbligazione di prestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II Sec. a.C.-II Sec. d.C.)*; Giuffrè, Milano. 1995, p. 298; TALAMANCA, Mario. “Considerazioni sul periculum rei venditae”, en: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, núm. 7, 1995, pp. 227, 230 nt. 42; PENNITZ, Martin. 2000, p. 366, SERRANO-VICENTE, Martín. 2006, p. 278.

<sup>32</sup> Cfr. esp. THIELMANN, Georg. “Traditio und Gefahrübergang”, en: *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, Rom. Abt., núm. 106, 1989, pp. 303 y ss.

<sup>33</sup> D. 18.6.14 (Iul. 3 ad Urs. Fer.), donde, en la hipótesis de una actuación *non iure* del edil, se exponen las acciones que podría utilizar contra él el comprador; *vid.* al respecto PASQUALE VOCI, Riccardo Astolfi. “Diligentia, custodia, culpa: i dati fondamentali”, en: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 56, 1990; PASQUALE VOCI, Riccardo Astolfi. *Ultimi studi di diritto romano*, Jovene, Napoli, 2007, p. 166; TALAMANCA, Mario, 1995, p. 227 nts. 27 y 28; PENNITZ, Martin. 2000, pp. 368 y ss.; SERRANO-VICENTE, Martín. 2006, p. 279.

<sup>34</sup> Como último, *vid.* SERRANO-VICENTE, Martín. 2006, pp. 278 y ss., que utiliza la legitimidad de la actuación del magistrado como clave de lectura para afirmar la responsabilidad administrativa del vendedor y, sobre esta base, su responsabilidad contractual por culpa frente al comprador: el *periculum emptoris* “lo anula la culpa del vendedor, que aparece como *periculum*, porque es el tema que se está estudiando por el jurista”.

<sup>35</sup> La nula influencia de este elemento en la solución del caso es afirmada por CARDILLI, Riccardo. 1995, pp. 296 y ss.; TALAMANCA, Mario. 1995, pp. 227 y ss.; PENNITZ, Martin. 2000, pp. 366 y ss.; SCOGNAMIGLIO, Margherita. 2007, p. 182, nt. 18, 184.



cuencias: *emptoris periculum esse placet* (D. 18.6.13); y con la descripción simétrica e igualmente lacónica de los efectos de una imposibilidad producida antes de la *traditio* de las cosas o antes del retraso del comprador: *venditoris periculum erit* (D. 18.6.15 pr.). Estas oraciones de Alfenos han sido objeto de prolongadas discusiones que apenas podemos resumir aquí. En general, sobre el significado con que emplea el término *periculum*, las posiciones doctrinales son dos principalmente<sup>36</sup>. Según una de ellas, *periculum* tiene en ambas frases el significado usual de *periculum rei venditae* y alude por tanto, en un caso como en el otro, al riesgo contractual en sentido técnico<sup>37</sup>; por consiguiente, al indicar las distintas circunstancias en presencia de las cuales cada una de las partes del contrato debe soportar el *periculum* de la destrucción fortuita de la cosa<sup>38</sup>, Alfenos está trazando una regla concreta de reparto del riesgo, de tal modo que sus frases no son expresión concreta de ningún problema de responsabilidad. La perspectiva de la responsabilidad contractual es, por el contrario, la adoptada por la otra posición, que a su vez se ramifica en dos direcciones según ponga el énfasis en la *culpa* o en la *custodia* que incumbiría al vendedor; corolario de este segundo modo de ver las cosas es que en D. 18.6.15 pr. *periculum venditoris* sería una forma de indicar aquella responsabilidad, mientras que *periculum emptoris* tendría en D. 18.6.13 el significado consabido de riesgo contractual<sup>39</sup>.

Es difícil tomar partido por cualquiera de estas dos posturas. Del supuesto de la *traditio* ya verificada se puede en todo caso prescindir: siendo las cosas *res nec mancipi*, con su entrega el comprador habrá adquirido sobre ellas la propiedad civil, de manera que cuando el edil ordena destruirlas no hay más que la aplicación del principio *res perit domino*<sup>40</sup>; si acaso, lo que llama la atención en estas circunstancias es que Alfenos/Paulo se sirvan del término *periculum* para indicar que el comprador sigue debiendo el precio o no lo puede repetir. En cambio, aquel mismo principio no explica suficientemente la extensión del *periculum venditoris* hasta la verificación de la *traditio* (o hasta la frustración de la entrega por el retraso del comprador); no, al menos, sin una teoría que ponga esta idea del *periculum venditoris ante traditionem* en la relación histórica y jurídica que corresponda con la regla, asumida como clásica, del traspaso del riesgo al comprador desde la perfección del contrato<sup>41</sup>. Esta tarea, sin embargo, nos llevaría fuera

<sup>36</sup> Vid. las principales referencias en: CARDILLI, Riccardo. 1995, p. 296; TALAMANCA, Mario. 1995, pp. 226 y ss., y SCOGNAMIGLIO, Margherita. 2007, pp. 181 y ss.

<sup>37</sup> En los claros términos expuestos por TALAMANCA, Mario. 1995, p. 220.

<sup>38</sup> Señala en este sentido SCOGNAMIGLIO, Margherita. 2007, p. 185, que la colocación de las cosas en la calle y su destrucción por orden del edil son simplemente elementos que concurren a integrar la hipótesis de percimiento fortuito de la *merx*.

<sup>39</sup> Cfr. CARDILLI, Riccardo. 1995, p. 297; PENNITZ, Martin. 2000, pp. 369 y ss.; en contra, especialmente, TALAMANCA, Mario. 1995, p. 228; SCOGNAMIGLIO, Margherita. 2007, pp. 183 y ss.; TALAMANCA, Mario. 1995, pp. 228 y ss., examina y rechaza finalmente la posibilidad de que Alfenos hablara de *periculum* en referencia a una cuestión de responsabilidad tanto para el comprador como para el vendedor.

<sup>40</sup> Cfr. PASQUALE VOCI, Riccardo Astolfi. 2007, p. 169 nt. 4; PENNITZ, Martin. 2000, p. 367; HARKE, Jan Dirk. 2005, p. 83; en contra, SCOGNAMIGLIO, Margherita. 2007, p. 186, nt. 32 (cfr. p. 219, conclusiones).

<sup>41</sup> D. 18.6.8 pr. (Paul. 33 ad ed.), D. 18.6.3 (Paul. 5 ad Sab.), D. 47.2.14 pr. (Ulp. 29 ad Sab.); sobre la regla *nam perfecta emptioe periculum ad emptorem respiciet* (D. 18.1.8 pr.), cfr. como últimos FERCIA, Riccardo. "Emptio perfecta e vendita di genere: sul problema del tradere in C. 4.48.2", en: GAROFALO, Luigi (a cura di). *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano I*, Cedam,

de nuestro terreno y en rigor no es necesaria para los fines que nos hemos propuesto, por lo que podemos prescindir de ella<sup>42</sup>.

Centrándonos pues en el asunto de la *mora emptoris*<sup>43</sup>, antes de nada conviene recordar la regla de la traslación del riesgo al comprador. Producido este efecto por la *perfectio* del contrato (en nuestro caso desde su misma conclusión), la *mora emptoris* sucesiva sólo opera para reducir la responsabilidad del vendedor: éste venía haciéndose cargo de la custodia de la cosa, en adelante responderá únicamente por el dolo<sup>44</sup>. Suponiendo que el vendedor pusiera en la vía pública las camas al no haberse presentado el comprador a la *traditio*, la destrucción ordenada por el edil habrá sobrevenido después de este traslado del *periculum* en sentido técnico, y además, cuando al vendedor ya no podía serle exigida la custodia. Puesto que su conducta, por otro lado, tampoco puede ser calificada en ningún sentido como dolo<sup>45</sup>, he ahí la razón por la cual el *periculum* recae en el comprador. Según esto, el contenido específico del *periculum venditoris* mencionado en D. 18.6.15 pr. sería la custodia que el vendedor debe al comprador una vez asumido el riesgo por éste<sup>46</sup>. Entendido de esta forma, dicho *periculum* llegaría a su fin por razones obvias con la entrega efectiva de la cosa; y se vería tocado por la *mora emptoris* en el único sentido, antes recordado, de la limitación de la responsabilidad del vendedor al dolo. Si ahora contemplamos el supuesto desde el otro lado de la relación, el *emptoris periculum esse placet* de D. 18.6.13 significa sencillamente que la *traditio* o el retraso del comprador descargan sobre él las consecuencias de toda pérdida o destrucción de la *merx* no debida a dolo del vendedor<sup>47</sup>. Por último, que se hable aún de

---

Padova, 2007, pp. 701 y ss., esp. 704 y ss.; SCOGNAMIGLIO, Margherita. 2007, *passim*, especialmente pp. 199 y ss., 204 y ss. En cuanto a las razones por las cuales Paulo y los compiladores pudieron coincidir con la decisión de Alfeno, *vid.* especialmente. PENNITZ, Martin. 2000, p. 369; cfr. TALAMANCA, Mario. 1995, p. 290.

<sup>42</sup> En derecho clásico, la regla *periculum est emptoris* significa que la *perfectio emptio* traspasa al comprador el riesgo del perecimiento o el deterioro fortuito de la *merx*; sobre esta base podría argumentarse que el *periculum venditoris ante traditionem* de D. 18.6.15 pr., como idea de Paulo, jurista clásico, se refiere a un *quid* no sin alguna relación con el riesgo contractual en sentido técnico; un *quid* que deberíamos representarnos en términos de imputación de la imposibilidad origen del incumplimiento, y más en términos de *custodia* de la cosa que de *culpa* no sólo porque así lo indica aquella regla sino porque, como hemos asumido un poco más arriba, la legitimidad de la actuación del edil no tiene influencia en la decisión del caso.

<sup>43</sup> RICCOBONO JR., Salvatore. 1964, p. 165 y nt. 53, piensa que Alfeno se ocupaba en estos pasajes de los efectos de la mora y no del *periculum* en la venta; incluso, según este autor (pp. 167 y ss.), D. 18.6.15 pr. se explica sobre la base de la *mora debitoris*, con lo que el *periculum* sería la responsabilidad del vendedor fundada en la *perpetuatio* consiguiente a su retraso; no nos parece que el texto admita esta lectura.

<sup>44</sup> Cfr. D. 18.6.18 (Pomp. 31 *ad Q. Muc.*), D. 18.6.5 (Paul. 5 *ad Sab.*).

<sup>45</sup> A la pregunta de por qué Paulo, al epitomar la obra de Alfeno, no reflejó el paso de la liberación de toda responsabilidad que significaba originariamente para el vendedor la *mora emptoris* al nuevo principio de la responsabilidad por dolo, RICCOBONO JR., Salvatore. 1964, p. 167, responde indicando que la colocación de las camas en la calle podía ser un acto necesario para el vendedor; o sea, un acto no doloso.

<sup>46</sup> *Vid.* KASER, Max. 1971, p. 553 nts. 70 y 73; HARKE, Jan Dirk. 2005, pp. 83 y ss., con consideraciones paralelas a las nuestras; sobre este deber de *custodia*, cfr. en todo caso THIELMANN, Georg. 1989, pp. 305 y ss.

<sup>47</sup> Cfr. THIELMANN, Georg. 1989, pp. 314 y ss., que destaca cómo, con esta interpretación, la regla *periculum est emptoris* “wird in seiner prinzipiellen Gültigkeit von D.18.6.13; 15 nicht tangiert”;

*periculum emptoris* después de la *traditio* puede deberse a que, de cualquier modo, las camas habían sido puestas en la vía pública probablemente por el vendedor, por lo que acaso no fuera del todo improcedente la pregunta acerca de si, destruidas por orden del edil, aquél seguía obligado a la custodia.

Para ir concluyendo: ofrecida la entrega al comprador, de él ha dependido que no se pudiera realizar; en estas condiciones, puesto que *per eum stetisset quo minus traderentur*, la imposibilidad de la prestación nacida de la destrucción no dolosa de los *lectos emptos* se le imputa al propio comprador. La obligación del vendedor queda así extinguida, cosa que no dice directamente Alfeno, pero que se puede deducir, creemos, del paralelismo que su *responsum* presupone con la *traditio* de las camas vendidas.

#### IV. OBLIGACIONES GENÉRICAS Y PECUNIARIAS

##### 1. Obligaciones de género

Obligación genérica, *mora creditoris* e imposibilidad sobrevenida: éstos son los elementos que se entrelazan en sendos textos de Juliano (D. 30.84.3) y Ulpiano (D. 46.3.9.1) cuyas soluciones, no obstante, no coinciden. Recuerda GROSSO que la simple destinación de una *species* al pago por parte del deudor, incluso expresa, no influye de ninguna forma sobre la obligación genérica, pero añade que esto tiene un límite en el caso de la mora del acreedor<sup>48</sup>. Veamos cómo y en qué se concreta este límite.

Juliano presenta el supuesto de un *legatum generis*<sup>49</sup> que el heredero ha querido cumplir entregando el esclavo Estico. El legatario, sin embargo, no lo ha recibido y después Estico ha muerto. Estamos pues ante la secuencia ya conocida de oferta, *mora accipiendi* e imposibilidad sobrevenida por perecimiento fortuito del objeto. La oferta de Estico es algo más que la destinación de una *species* al pago: es un intento serio de cumplimiento que ha producido el efecto de individualizar el esclavo legado<sup>50</sup>; de ahí que la muerte de Estico pueda ser vista en principio como un caso de imposibilidad física de la prestación. Sin embargo, el desenlace no es la liberación directa del heredero, a diferencia de lo que hemos visto sucede en una obligación específica, sino la concesión de una *exceptio doli* frente a la posterior demanda del legatario. El texto de Juliano no explica esta diferencia. Es verdad que, tratándose de cosa genérica, se puede considerar que tras la muerte de Estico la prestación sigue siendo posible de realizar<sup>51</sup>, pero si todo debiera reducirse a esto, ni siquiera se entendería la excepción de dolo

---

en contra, de forma más bien sumaria, SILVEIRA MARCHI, Eduardo Cesar. “*Periculum rei venditae e periculum dotis aestimatae*”, en: *Labeo. Rassegna di diritto romano*, núm. 47, 2001, pp. 387, 391 y ss.

<sup>48</sup> GROSSO, Giuseppe. 1966, p. 257.

<sup>49</sup> D. 30.84.3: *Si... homo legatus fuisset*; RICCOBONO JR., Salvatore. 1964, p. 335, e IMPALLOMENI, Giambattista. “Sull’obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente”, en: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 25, 1959; IMPALLOMENI, Giambattista. *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Cedam, Padova, 1996, p. 50, precisan que se trata de un *legatum per damnationem*.

<sup>50</sup> Cfr. IMPALLOMENI, Giambattista. 1959, p. 43.

<sup>51</sup> Lo apunta HARKE, Jan Dirk. 2005, p. 87.

malo. Naturalmente la *mora* juega su papel poniendo el riesgo a cargo del legatario y reduciendo al dolo la responsabilidad del heredero, pero esto no aclara tampoco las razones de la preferencia por la *exceptio* como instrumento técnico concreto para llegar a la liberación<sup>52</sup>. En todo caso, la concesión de la *exceptio doli mali*, aparte de subrayar la subsistencia de la *obligatio* en el plano civil, se explica con facilidad puesto que la mora del legatario ha sido causante indirecta de la imposibilidad.

En un caso comparable en principio, Ulpiano propone una solución diferente. El deudor de un esclavo, dando una parte de Estico, sigue obligado a dar un esclavo; en cambio, se libera directamente si el acreedor incurre en mora respecto de la parte restante de Estico. Digamos para empezar que el fragmento contiene una elipsis: la liberación del deudor es consiguiente a la imposibilidad de la prestación (la muerte de Estico) producida de modo fortuito tras la *mora accipiendi*<sup>53</sup>. Igual que en el texto anterior de Juliano, la obligación es genérica (*qui autem hominem debet*), y así como en aquel texto la oferta de un esclavo concreto individualizaba o concretaba el objeto de la prestación, con mayor razón habrá sucedido lo mismo en el pasaje de Ulpiano, donde el deudor, *partem Stichi dando*, ya ha comenzado a cumplir. Sin embargo, allí donde Juliano preveía la concesión de una *exceptio doli* Ulpiano dice directamente *debitor liberatur*. Esta disparidad de soluciones no parece que pueda deberse a la alteración de ninguno de los dos textos de que tratamos; en particular a la del fragmento de Ulpiano, pues, aunque la oposición entre liberación *ipso iure* y concesión de la *exceptio* tienda a desdibujarse en derecho justiniano, debido a la superación de la dicotomía *ius civile-ius honorarium*, la liberación del deudor no es una novedad compilatoria<sup>54</sup>. Excluida, así pues, la vía de la interpolación, el contraste entre las soluciones de Juliano y Ulpiano se podría quizás explicar por alguna diferencia entre los supuestos concretos que cada uno de los dos juristas enfoca, y la única que se ofrece a la consideración del intérprete desde la extensión actual de los respectivos fragmentos estriba en la prestación parcial que precede a la *mora accipiendi* en el pasaje de Ulpiano. Una prestación parcial que no extingue la obligación<sup>55</sup> pero que puede haber supuesto un *quid* por encima de la oferta real: un dato suficiente, en la perspectiva del jurista severiano, para justificar la liberación *ipso iure* cuando después el acreedor cae en mora y la prestación deviene imposible<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> RICCOBONO JR., Salvatore. 1964, pp. 335 y ss., señala puntualmente que la concesión de la *exceptio doli mali* al heredero significa que la liberación no se produce *ipso iure* por el hecho de la mora, la cual deja intacta la *obligatio* y la acción correspondiente, pero sus observaciones no afrontan la cuestión; por su lado, IMPALLOMENI, Giambattista. 1959, p. 50, piensa que, “a giudizio di Giuliano”, la oferta real opera la concentración *iure praetorio* pero no *iure civili*.

<sup>53</sup> No pensamos, por tanto, que Ulpiano defienda la liberación por el mero hecho de la *mora accipiendi*, o sea, con independencia de la imposibilidad subsiguiente de la prestación; cfr. otro ejemplo de elipsis en D. 45.1.73.2 (Paul. 24 *ad ed.*).

<sup>54</sup> Lo subraya KASER, Max. 1971, p. 359; no queda claro, no obstante, si este autor (p. 359 nt. 16) ve en D. 46.3.9.1 uno de los casos singulares en los que, según él, se prescinde del requisito del “Sachuntergang” ya con anterioridad al derecho justiniano.

<sup>55</sup> Cfr. D. 45.1.2.1 (Paul. 12 *ad Sab.*), D. 45.1.85.4 (Paul. 75 *ad ed.*), D. 46.3.34.1 (Iul. 54 *dig.*) y el propio D. 46.3.9.1.

<sup>56</sup> HARKE, Jan Dirk. 2005, p. 89 nt. 35, que parece pensar en una liberación del deudor por la prestación parcial más la oferta de la parte restante, dice de tal solución que “mag in der Tat verfälscht

## 2. Obligaciones dinerarias

D. 44.4.6, de Gayo, y D. 46.3.72 pr., de Marcelo, se refieren a obligaciones dinerarias. En estos casos, frente a la mora del acreedor y la pérdida posterior del dinero la defensa del deudor se concreta en la concesión de la *exceptio doli*. Por supuesto, contando tanto con que hubo una oferta efectiva de pago<sup>57</sup> como con la inimputabilidad al deudor de la pérdida, requisito, este último, cuya exacta delimitación se movería entre los extremos de la culpa y el dolo, siendo la culpa el dato que figura de hecho en D. 46.3.72 pr. Dejando al margen esta cuestión<sup>58</sup>, lo cierto es que la solución de Marcelo –como también la de Gayo– es la misma propuesta por Juliano en D. 30.84.3 para las obligaciones de género, pero con la ventaja sobre el texto de éste, al menos en el caso de D. 46.3.72 pr., de ofrecernos la *ratio* en la que se funda la concesión de la *exceptio doli*<sup>59</sup>. Por otro lado, como más arriba hemos visto, tratando

---

sein”; en nuestra opinión, sin embargo (*vid. supra*, nt. 53), la liberación no se produce sino por la imposibilidad de la prestación subsiguiente a la *mora creditoris*.

<sup>57</sup> Este requisito no queda quizás del todo bien expresado en el fragmento de Gayo: *ut debitor pecuniam, quam soluturus erat*; por otro lado, páginas atrás ya hemos señalado que la frase *opera creditoris accidere* podría indicar una conducta distinta o más amplia que la mora.

<sup>58</sup> En D. 46.3.72 pr. se señala que la pérdida se debe haber producido *sine sua culpa*, o sea, *sine culpa debitoris*; según RICCOBONO JR., Salvatore. 1964, pp. 428 y ss., el texto diría originalmente *sine dolo malo*; en contra, HARKE, Jan Dirk. 2005, p. 88, apunta, por un lado, que la culpa que aquí se menciona solamente puede significar el dolo del deudor, y por otro, que como dolo podría considerarse también la actitud de un deudor que, aun a pesar de haber contribuido con su propia culpa a la pérdida de la cosa, quisiera oponer la *exceptio doli* al acreedor; por su parte, KRELLER, Hans. 1957, pp. 121 y ss., al tiempo que rechaza la enmienda *sine “dolo malo” culpa sua* propuesta por Mommsen (aunque la entiende de forma incorrecta: *vid. KASER, Max. “Perpetuari obligationem”*, en: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 46, 1980, p. 99 nt. 42, atribuye el *sine sua culpa* al manipulador postclásico de los *digesta* de Marcelo; finalmente, KASER, Max. 1980, p. 100, tras advertir que la simple responsabilidad por dolo del deudor frente a la *mora creditoris* en las obligaciones de derecho estricto dirigidas a un *dare* no está documentada, considera objetivamente creíble la culpa del fragmento de Marcelo si se la entiende como “schuldhaftes Verhalten”. En realidad, la cuestión podría ser todavía más complicada: aunque la *mora solvendi* es también un “comportamiento culpable” (cfr. D. 45.1.91.3), el fragmento de Marcelo concede la *exceptio doli* al deudor *quamquam aliquando interpellatus non solverit*; y entonces una de dos: o Marcelo piensa que la *mora debitoris* no tiene la entidad de culpa cuando se ve precedida de la *mora creditoris*, o –admitiendo la enmienda de Mommsen– considera que aunque sea culpa (no dolo) no impide la concesión de la *exceptio*; este análisis presupone una secuencia de hechos según la cual la *interpellatio* al deudor se sitúa entre la *mora creditoris* y la pérdida del dinero (como en la última frase de D. 18.6.18, donde no obstante, Pomponio señala *aequum est posteriorem moram venditori nocere*), pero también hay quien entiende que el momento inicial de esa secuencia es la *mora debitoris*: HARKE, Jan Dirk. “Die *interpellatio* als Synonym für den Tatbestand des Schuldnerverzug – Spuren der Rechtspraxis in den Digesten”, en ERNST, Wolfgang y JAKAB, Eva [Hrsg.]. *Usus Antiquus Iuris Romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2005, p. 77.

<sup>59</sup> En este sentido, HARKE, Jan Dirk. 2005, pp. 88 y ss., para el cual dicha explicación se encontraría, según el pasaje, en la oportunidad de tener por cumplida la prestación todavía debida para evitar la injusticia de seguir cargando la responsabilidad sobre un deudor que se habría liberado si el acreedor hubiese aceptado su oferta; por su parte, KRELLER, Hans. 1957, pp. 121 y ss., suprime el período *etenim non-oportet esse* donde se contiene esta explicación; como ya hemos indicado antes (*vid. supra*, nt. 24), este autor elimina también las dos alusiones del texto al *servus in dote*; RICCOBONO JR., Salvatore. 1964, p. 428, y KASER, Max. 1980, p. 100, se refieren ambos al traspaso del riesgo como efecto de la *mora creditoris*, pero mientras el primero considera que a la vez se limita la responsabilidad del deudor, el segundo sostiene que la medida de responsabilidad anterior a la mora se mantiene sin alteración.

de la restitución del *servus in dote*, y por lo tanto de una obligación específica, Marcelo afirma la liberación *ipso iure* del marido<sup>60</sup>. Poco habría que añadir sobre esto si no fuera porque su afirmación cubre también la pérdida de aquellas monedas que –en el marco igualmente de la restitución de la dote– el marido ofreció a la mujer y ella rechazó. Es decir, suponiendo que la obligación relativa a los citados *nummi* fuera idéntica en cuanto a su objeto a la de los *decem* del comienzo del texto, resultaría que un mismo jurista, en un solo fragmento, prescribe dos soluciones distintas para un mismo problema. Habría aquí una presunta contradicción que se ha atribuido a la alteración del pasaje en consonancia con la tendencia justiniana a sustituir los efectos *ope exceptionis* por los producidos *ipso iure*<sup>61</sup>, pero esta explicación no convence debido, precisamente, a que la supuesta interpolación habría dejado en pie y bien a la vista la diferencia entre las dos clases de efectos, poniendo de manifiesto una inconsecuencia demasiado grosera como para achacársela a los compiladores. Según otra opinión, la liberación *ipso iure* del marido deudor de los *nummi* se debería a las características propias de la *actio rei uxoriae* a cuyo *iudicium* es inherente la *exceptio doli*<sup>62</sup>. Puede ser, pero por nuestra parte pensamos que no se debería excluir la posibilidad de que la obligación relativa a los *nummi* fuese para Marcelo una obligación específica igual que la del *servus in dote*, lo que ayudaría a explicar que defienda la liberación *ipso iure* para ambas hipótesis.

Un último apunte respecto de D. 44.4.6: demos por bueno que las palabras *si per creditorem acciderit* con las que comienza el fragmento son una referencia (aunque quizás no exclusiva) a la *mora accipiendi* y que en este sentido equivalen a la consabida expresión *si per creditorem steterit, quo minus accipiat*. Aun así, lo que Gayo achaca al acreedor no es solamente el retraso en recibir el dinero ofrecido por el deudor sino, del modo más claro, la pérdida misma del dinero en cuestión; en otros términos, la imposibilidad de la prestación: *si per creditorem acciderit, ut debitor pecuniam... perderet*.

## V. CONCLUSIONES

Si quisiéramos resumir nuestros resultados sobre el asunto del que nos hemos venido ocupando, esto es quizás lo que podríamos decir: la secuencia de oferta de cumplimiento, *mora creditoris* e imposibilidad sobrevenida de la prestación por perecimiento fortuito de su objeto conduce a la liberación del deudor. Cuando la obligación es específica, dicha liberación se produce *ipso iure*, o sea, de forma directa, pudiendo ser entendida como consecuencia de la extinción del vínculo obligatorio. La mayoría de las fuentes analizadas expresan este efecto con claridad inequívoca: *puto te ex stipulatu agere non posse* (D. 45.1.105); *ipso iure desinet teneri* (D. 46.3.72 pr.)<sup>63</sup>; *non debet pretium* (D. 24.3.26). Bajo la apariencia formal de una determinada distribución del *periculum*, a él parecen apuntar igualmente otros textos (D. 18.6.13 y 15 pr.) que equiparan al

<sup>60</sup> En la última frase de D. 46.3.72 pr.: *et sane-desinet teneri*.

<sup>61</sup> RICCOBONO JR., Salvatore. 1964, p. 430.

<sup>62</sup> HARKE, Jan Dirk. 2005, p. 89; en D. 46.3.72.2 y 3, donde ya no se puede explicar de la misma forma, la liberación del deudor es directa también.

<sup>63</sup> Según nuestra interpretación, la obligación relativa a la restitución de los *nummi* del final de este fragmento es específica.

cumplimiento el incumplimiento debido a la destrucción fortuita de la cosa vendida tras la *mora creditoris*.

Tratándose de obligación genérica o dineraria, predomina la concesión de la *exceptio doli mali* (D. 30.84.3, D. 44.4.6 y D. 46.3.72 pr.), lo que quiere decir que en este tipo de casos no hay en principio liberación *ipso iure*. No obstante, en un supuesto aislado (D. 46.3.9.1), la obligación genérica se extingue –y el deudor se libera: *liberatur*– de forma directa. La razón de esta singularidad reside, a nuestro entender, en el principio de cumplimiento (*partem Stichii dando*) que ha precedido en ese caso a la *mora accipiendi* y a la imposibilidad de la prestación.