



UNIVERSITAT D'ALICANT
Universidad de Alicante

Facultat de Dret
Facultad de Derecho

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

CURSO ACADÉMICO 2016-2017

TÍTULO: LA DOCTRINA ROMANÍSTICA SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y EL CONCEPTO DE *NON-PERFORMANCE OF CONTRACT*

AUTOR:

RAÚL PÉREZ TEROL

TUTOR ACADÉMICO:

PFR. VICTORIANO SÁIZ LÓPEZ

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	2
2.	DESARROLLO	
	2.1. Terminología jurídica latina	7
	2.2. <i>Genus nunquam perit</i>	13
	2.2.1. Regla general de no liberación del deudor de la carga del riesgo..	15
	2.2.2. Excepciones	16
	2.3. <i>Species perit ei qui debetur</i>	18
	2.3.1 Regla general de atribución al acreedor de la carga del riesgo....	18
	2.3.2 Causas generales de incumplimiento y daño. – Motivos de imputación y de exoneración dependientes del tipo de contrato y los pactos	19
	2.4. El concepto de <i>non-performance of contract</i>	24
3.	CONCLUSIONES	26
4.	BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS ELECTRÓNICOS	29

1.- INTRODUCCIÓN

El tema del presente Trabajo Fin de Grado se inscribe en el marco de referencia de la Parte general del Derecho de obligaciones. En este ámbito jurídico, la finalidad del estudio no es otra que llegar a formular las reglas aplicables comunes a una serie extensísima de figuras e instituciones. A pesar de la diversidad y pluralidad que éstas presentan, lo cierto es que comparten la naturaleza propia de toda relación jurídica patrimonial e interpersonal que vincula al acreedor y al deudor. Se trata de figuras diversas, en efecto, puesto que aquí se contemplan los créditos y las deudas tanto de origen contractual como extra-contractual; tanto de Derecho Civil como de Derecho Mercantil y Marítimo; de Derecho Civil y de Gentes; de prestación individualizada y concreta y de objeto no individualizado, etc.

En esta materia, los textos de las fuentes romanas, compilados por los juristas bizantinos en la época de Justiniano, contienen, más que normas legales dotadas de vigencia general, decisiones singulares reiteradas de naturaleza jurisprudencial, que fueron acumulándose a medida que la vida práctica lo requería. A partir de estos materiales heterogéneos, han venido elaborándose las doctrinas sucesivas, de carácter más amplio, desde los glosadores hasta los autores de la Escuela de pandectas. Y todavía hoy, recurrimos a determinadas nociones y reglas tradicionales, presentes a través de la denominada *forma mentis* del jurista contemporáneo.

La doctrina romanística tradicional presenta formalmente un diseño general, aunque materialmente no llega a alcanzarlo. Formalmente general, en el sentido de que pretende abarcar la totalidad de las obligaciones, contractuales y extracontractuales. Y lo cierto es que ha servido de inspiración, a partir de la codificación francesa, a los sistemas contemporáneos del *Civil Law*, entre los que se encuentra el Derecho español. Pero, en realidad, los tratadistas consideran el incumplimiento como un hecho cuya naturaleza jurídica depende de una pluralidad de causas. Por una parte, es presentado bajo el ángulo de la extinción de las obligaciones y liberación del deudor, en la hipótesis de imposibilidad sobrevenida o pérdida de la cosa debida, por circunstancias ajenas a la voluntad de dicho deudor. Y siempre que se trate de obligaciones de dar cosas específicas. En cambio, las obligaciones de dar cosas genéricas no se extinguen por

causa de pérdida, puesto que se considera axiomático que el género nunca perece¹. Y, por otra parte, el incumplimiento por causa imputable al deudor es considerado como hecho que da lugar a un modo alternativo al cumplimiento ordinario, por el cauce de la ejecución forzosa².

Sin embargo, en materia de incumplimiento contractual y tratándose de obligaciones recíprocas entre las partes, se viene constatando la dificultad que lleva aparejada el formular un régimen unitario y, últimamente, así acaba de confirmarse con motivo del proceso de armonización de los Derechos Nacionales en el seno del Derecho Privado Europeo. El objetivo, ahora, es establecer un régimen restringido al incumplimiento del contrato, *non-performance*, y a los remedios correlativos y de carácter unificado³. Sin embargo, resulta evidente que no es posible equiparar los supuestos de falta de cumplimiento por causa imputable al deudor y aquellos otros en que concurre una circunstancia de exoneración de responsabilidad. Por otra parte, dicho incumplimiento o *non-performance* puede ser catalogado como fundamental o no fundamental. Y, especialmente, en materia de remedios, aparece con claridad la distinción entre obligaciones pecuniarias y no pecuniarias, que viene a situarse en un plano similar al que han venido ocupando las referidas a las deudas genéricas y específicas, o bien a las fungibles y no fungibles.

En materia de incumplimiento contractual, la idea de *non-performance* no es ajena a los criterios tradicionales de imputación subjetiva por culpa y de atribución del riesgo, pues el deudor puede tener una excusa que le permita justificar el no cumplimiento, o bien no tenerla, no siendo posible entonces tal justificación. El artículo 8:108 de los PECL, *Principles of European Contract Law*, Comisión Lando, regula la exoneración por imposibilidad en el cumplimiento y la define como “aquel impedimento que está fuera del control del deudor y cuya aparición no pudo razonablemente preverse en el momento de la perfección del contrato o sus consecuencias no pudieron con todo evitarse”. Surge aquí el problema ya conocido de la

¹ J. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral, Tomo III, Derecho de Obligaciones*, Reus S. A., Madrid, 1992, p. 456.

² *Ibidem*, pp. 235 y ss.

³ A. VAQUER, *Incumplimiento y remedios*, en el volumen colectivo, *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.

“fuerza mayor”, *vis maior*, y el “caso fortuito”, *casus*, como circunstancias que pueden resultar excluyentes de la responsabilidad por culpa del deudor y que dependen de la atribución del riesgo⁴.

Por otro lado, se define la *fundamental non-performance* como falta total de cumplimiento, intencional o dolosa y sin que pueda esperarse que el deudor realice su prestación en el futuro, diferenciándola claramente de otros incumplimientos de menor gravedad.

Cabe, incluso, otra modalidad más de incumplimiento, aquella que vendría dada por la falta de cooperación del acreedor en la realización de la prestación. Los comentarios que acompañan al texto de los PECL, relativo a esta figura, contienen referencias explícitas a la institución romana de la *mora creditoris*.

En cuanto a las obligaciones extra-contractuales, el punto de partida sigue radicando en las ideas básicas procedentes de la tradición romanística, a saber, las causas de imputación, subjetiva por culpa y objetiva por riesgo y, frente a ellas, las de exoneración, así como la indemnización mediante obligación pecuniaria⁵.

El concepto de *non-performance of contract* no constituiría una innovación radical superadora de ideas tradicionales y obsoletas, sino que habría de enmarcarse en el contexto de la necesidad de desarrollar y perfeccionar una doctrina cuyas dificultades son evidentes. Se impone la delimitación del tema de estudio y la adopción de un criterio elemental y sistemático. Así, pues, partimos de la “antítesis género-especie” de la lógica jurídica tradicional, que se manifiesta, sobre todo, en materia de riesgo o *periculum*.

En este sentido, el riesgo (entendido etimológicamente como perecimiento eventual, por circunstancias ajenas a la voluntad humana, de aquello que es debido) resulta, en su caso, motivo de extinción de la obligación específica y, por tanto, de liberación del deudor de la responsabilidad por incumplimiento. Por el contrario, dicho riesgo o

⁴ *Principios de Derecho Contractual Europeo, I y II*, Edición española a cargo de P. BARRES, J. M. EMBID y F. MARTÍNEZ, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

⁵ M. MIQUEL, J. RIBOT, *La responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula general*, en el volumen colectivo, *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.

periculum no es motivo de extinción de la obligación genérica, ni de liberación del deudor. Los intérpretes medievales, seguidos por los modernos (A. BARBOSA, entre otros), han elevado a la categoría de axiomas jurídicos las reglas enunciadas en los términos “*genus perire non potest*” y “*species perit ei, qui debetur*”⁶.

Pero lo cierto es que la Axiomática jurídica y la Tópica legal no ofrecen medios de argumentación aptos para alcanzar conclusiones universales y definitivas a propósito de la verdad o falsedad de los enunciados y proposiciones sobre el Derecho. Aunque, al menos, suministran criterios admitidos por la razón práctica, que permiten argumentar con premisas probables, en materia de carácter opinable. En realidad, no disponemos de principios generales, ni de criterios absolutos; nos atenemos tan sólo a reglas prácticas, cuyas excepciones vienen incluso a confirmarlas, *exceptio firmat regulam in contrarium*.

Esto supuesto, la delimitación del tema de estudio nos lleva a considerar tres definiciones introductorias acerca de las nociones básicas de la estructura de la relación jurídica obligatoria:

1ª.- “Crédito-deuda” es vínculo jurídico, no material, que consiste en el derecho subjetivo del acreedor de pedir al deudor el cumplimiento de un deber patrimonial, mediante la realización de determinada prestación, de dar, hacer o no hacer, deber que es, en principio, incoercible, no siendo posible exigirlo a través de la ejecución forzosa, puesto que depende de la voluntad no coaccionada del deudor.

2ª.- “Responsabilidad cautelar”, esto es, presupuesto de garantía de cumplimiento de la prestación, que consiste en la atribución al deudor del deber eventual de reparar y resarcir al acreedor, en previsión de la no realización de la misma, en determinados supuestos, quedando liberado en otras circunstancias diversas. Dicha garantía se materializa, mediante la vinculación del activo patrimonial del deudor o de un bien determinado, hipotecado o pignorado, o mediante la constitución de un vínculo accesorio, como el aval o la fianza. Éste es el modo de asegurar el pago y, de forma subsidiaria, de ofrecer una alternativa al mismo, susceptible de exacción forzosa, en

⁶ AUGUSTINI BARBOSAE, *Tractatus Varii: I. De axiomatibus iuris usufrequentoribus; II. De appellativa verborum utriusque iuris significatione; III De locis communibus argumentorum iuris; IV De clausulis usufrequentoribus; V De dictionibus usufrequentoribus*, Lugduni, MDCCXVIII.

defecto de ejecución voluntaria.

3ª.- “Responsabilidad derivada”, es decir, sanción impuesta al deudor, que consiste en el deber de reparar y resarcir al acreedor, en caso de haberse producido el incumplimiento imputable, por morosidad y daños y perjuicios. Deber exigible, por parte del acreedor, a través de las acciones pertinentes, tanto de carácter declarativo como ejecutivo, sin perjuicio de la posibilidad de emplear otros remedios como la rescisión del contrato.

2.- DESARROLLO

2.1 Terminología jurídica latina

La relación jurídica obligatoria, *obligatio*⁷, presenta, en efecto, una gran complejidad. En su régimen legal y convencional, tienen cabida muy diversos elementos interdependientes, que han de ser diferenciados con claridad: Crédito, deuda, responsabilidad cautelar en previsión de incumplimiento, garantía legal y garantías convencionales, personales y reales, responsabilidad derivada de incumplimiento, rescisión del contrato, *exceptio non adimpleti contractus*, *actio quanti minoris*, resarcimiento de daños y perjuicios, acción declarativa, procedimiento ejecutivo, singular o concursal, etc. El análisis etimológico y terminológico, en esta materia, resulta de especial interés en cuanto se articula como instrumento eficaz de clarificación y delimitación conceptual.

En la lengua jurídica latina, cuando se hace referencia al objeto de las *obligationes*, no suele emplearse el sustantivo *res-rei*, equivalente al término técnico “cosa”. Éste queda reservado para designar el objeto de los derechos reales, mediante los cuales el ordenamiento jurídico otorga a su titular un poder inmediato o directo sobre un bien determinado. Poder, que lleva consigo, asimismo, la facultad de exigir,

⁷ La influencia de esta noción romana y tradicional puede constatarse incluso en el Derecho Anglosajón. J. WILLIAMS, *The Institutes of Justinian illustrated by English Law*, London, 1883, p. 112: *It is perhaps in the law of contract that Roman Law has exercised the most influence over English Law. The Word “obligation” is used in different senses in English Law, though it is easy to see that the senses have had a common origin. It denotes a) any duty imposed by law, b) special right which creates a vinculum iuris between two persons. The second is the only sense in which the word ought to be employed; but as used by English judges, the word is certainly wide enough to include the first sense.*

frente a todos, el deber de respetarlo. Sin embargo, este deber de respeto no puede ser considerado, en sentido estricto, una *obligatio*, precisamente por su alcance universal y no individualizado en la persona de un deudor concreto.

En cambio, la *obligatio*, aunque tenga por objeto entregar una cosa al acreedor, no llega a otorgar a éste un poder inmediato sobre la misma, oponible ante cualquiera, sino tan sólo una mera facultad de pedirla al obligado. Facultad, que depende de la voluntad y actividad del mismo, único sujeto frente a quien puede dirigirse el citado acreedor. Pero, con carácter subsidiario, la obligación se transforma en el poder del acreedor de proceder contra el patrimonio del deudor, a fin de obtener el resarcimiento económico por falta de cumplimiento imputable a éste. Estas observaciones adquieren gran importancia a la hora de separar la materia propia del derecho real, *ius in re*, y la del derecho de crédito, *ius ad rem*.

Tradicionalmente, la doctrina viene identificando el objeto obligatorio primario mediante tres verbos latinos en tiempo infinitivo, que denotan actividad del deudor, *dare, facere, non facere*⁸. Pero esto no es suficiente y, en efecto, se recurre también a otro infinitivo, *praestare*⁹, con un sentido que no es ajeno a los anteriores, sino meramente complementario. Y que no es otro que el de asumir un determinado grado de responsabilidad preventiva o cautelar, *cautio*, es decir, en previsión de incumplimiento del deudor y ante la eventualidad de falta de satisfacción del acreedor.

Este criterio de ordenación sistemática del Derecho Patrimonial tiene su base textual en el Digesto, donde los compiladores justinianos han colocado bajo esta

⁸ J. A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1997, p. 412-13. “*Dare*” quiere decir obligación de entregar una cosa en concepto de propiedad, o de posesión, o bien de constituir un derecho real o gravamen sobre una cosa ajena como, por ejemplo, una servidumbre predial de paso. Todas las demás obligaciones serían de “*facere*” (entregar la mera detentación de una cosa, realizar una obra o determinados servicios, o gestionar un negocio, etc.), incluidas las que consisten en la mera abstención, “*non facere*”. Por tanto, cuando vemos que se emplea también “*praestare*”, hemos de entender que no se trata de un nuevo tipo de deuda, diversa de las de dar o hacer, sino de un suplemento que añade lo necesario a dichas “deudas” para convertirlas en “prestaciones”.

⁹ El verbo “*praestare*” (De *prae stare*, estar ante alguien, en presencia de, estar preparado frente a una contingencia, etc.) adopta el significado preciso en el lenguaje jurídico de responder de algo, salir fiador, constituirse en responsable, garantizar, etc. A. BLÁNQUEZ, *Diccionario latino-español, II, Voz “Praestare”*, R. Sopena S. A., Barcelona, 1967, p. 1317-18. En la terminología contemporánea, la palabra “prestación” adquiere, por extensión, el sentido genérico de objeto de la obligación, de modo que abarca tanto la deuda como la responsabilidad cautelar. Por otro lado, con la expresión “préstamo de uso” y “préstamo de consumo” designamos los contratos de mutuo y de comodato.

rúbrica un pasaje procedente del libro segundo de las Instituciones clásicas de Paulo:

*D. 44, 7 De obligationibus et actionibus, 3 (Paulus libro II Institutionum): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut sevitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*¹⁰.

La lectura de los textos del presente título 7 nos lleva, a continuación, a la idea de tutela procesal del crédito. Remedio instaurado con el fin de resolver las controversias que puedan surgir entre las partes, o simplemente exigir el resarcimiento por falta de pago¹¹. El derecho subjetivo de crédito y la obligación correlativa del deudor, cuyo objeto es la prestación, que comprende tanto la deuda como la responsabilidad cautelar, viene a completarse con el derecho del actor a perseguir en juicio aquello que se le debe, y que no es otra cosa que la acción personal, *actio in personam*¹².

Prolongando esta reflexión, constatamos que las expresiones contemporáneas “incumplimiento de la obligación”, “impago”, “inejecución”, “*non performance*”, etc. han de ser entendidas, en principio, en el sentido negativo de inexistencia del hecho jurídico del pago o cumplimiento¹³. Se trata de la falta de realización de la prestación en

¹⁰ I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tomo III: Digesto*, Barcelona, 1897, p. 506. Como dice el jurista romano, la esencia de las obligaciones no consiste en hacer nuestro algún bien corporal, ni tampoco en facilitarnos una servidumbre, sino en compeler a otro, ante todo, a darnos o a hacernos algo, e incluso a asumir un determinado grado de responsabilidad eventual, en defecto de lo principal.

¹¹ El derecho de crédito es considerado aquí en su sentido más amplio, no reducido al ámbito contractual, y, por tanto, al margen de las especialidades a que dan lugar los vínculos interdependientes surgidos de contratos sinalagmáticos, como la compraventa. Por otro lado, la tutela procesal puede consistir en una discusión, entre las partes litigantes, sobre el título obligatorio, o puede versar, sin más, en torno a la indemnización de daños y perjuicios, entre otras posibilidades.

¹² I. GARCÍA DEL CORRAL, Ob. cit., p. 516 *D. 44, 7 De obligationibus et actionibus, 51(50) Celsus libro III Digestorum = I. 4, 6 De actionibus, pr.: Actio nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur*. Ulpiano clasifica las acciones en dos grandes grupos, las reales y las personales. Mediante las primeras, pedimos una cosa nuestra que es poseída por otro y la ejercemos frente a cualquiera que la posea. En cambio, con la acción personal litigamos tan sólo frente al obligado a dar o a hacer algo y no frente a otra persona distinta, fuera del caso de los sucesores.

¹³ No se encuentra en el vocabulario de la jurisprudencia romana una expresión técnica con estas connotaciones particulares. En sentido positivo, se ha empleado tradicionalmente el verbo *solvere*, con el significado etimológico de soltar, desligar, etc. y el técnico de liberar al deudor del vínculo de la *obligatio*. Por otro lado, el sustantivo “pago” que es el empleado preferentemente por el Código Civil español tiene su origen etimológico en el verbo *pacare*, esto es, apaciguar, pacificar, por ser derivado de

las condiciones debidas (*deficiente solutio*¹⁴), a partir del momento en que dicha obligación ha vencido y resulta exigible, y siempre que no haya tenido lugar modo alguno de los previstos como extintivos distintos del pago, entre los que se encuentran la compensación, la condonación, la destrucción accidental de la cosa, etc. En otras palabras, se trata de la no ejecución de la prestación por parte del deudor y la correlativa imposibilidad de recepción por parte del acreedor beneficiario.

Sin embargo, este “hecho negativo” no puede ser considerado de manera aislada, independiente o abstracta, sino que resulta inseparable de la causa que lo produce y de

pax-cis, mientras que “cumplimiento” procede de *complere*, es decir, completar, llenar, etc. J. COROMINAS, *Breve Diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid, 1987, pp. 185 y 432.

Nuestro Código Civil tampoco otorga sustantividad a las nociones de impago e incumplimiento. En efecto, entre los modos de extinción de la obligación, además del pago, regula el supuesto de “pérdida de la cosa determinada debida” (art. 1182): *Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora*. Y, a continuación, el art. 1183 establece lo siguiente: *Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096*. Estos preceptos han de ser interpretados en relación con lo dispuesto en el art. 1101: *Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla*. En definitiva, la jurisprudencia del TS ha venido a otorgar reconocimiento explícito a la “acción de resarcimiento ex art. 1101”. Finalmente, he aquí la norma restrictiva en esta materia dispositiva de libertad de pactos: Art. 1102: *La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula*. Quedan excluidas de este régimen jurídico las obligaciones genéricas. Así lo confirma ya J. M. MANRESA, *Comentarios al Código Civil español, Tomo VIII*, Madrid, 1907, p. 338.

Sin embargo, a propósito de la obligación genérica, nuestro Código de Comercio regula la figura del contrato a la gruesa o préstamo a riesgo marítimo en su art. 719: *Se reputará préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo, aquel en que, bajo cualquier condición, dependa el reembolso de la suma prestada y el premio por ella convenido, del feliz arribo a puerto de los efectos sobre que esté hecho, o del valor que obtengan en caso de siniestro*.

¹⁴ Las fuentes de la *solutio* son las siguientes: Instituciones de Gayo 3, 168; Instituciones de Justiniano 3, 29; Digesto 46, 3 y 50, 16, 176; Código de Justiniano 8, 42 y 11, (40). Una síntesis ilustrativa de los diversos aspectos que presenta la noción de *solutio*, se encuentra en A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Word “Solutio”*, Transactions of the American Philosophical Society, New York, 1952, p. 710. *In a broader sense solutio indicates any kind of liberation of the debtor from his debt. Obligations contracted in a specific form (litteris, verbis) had to be extinguished in a similar form. Thus a literal obligation (litterarum obligatio) was extinguished by expensilatio, a stipulatio by a parallel oral form, the acceptilatio. In narrower sense solutio denotes the payment, the fulfillment of an obligation. Payment could be made by anyone, not only by the debtor himself, but even without his knowledge and against his will. The creditor was not obliged to accept a part of the debt nor another thing in lieu of that which was actually due (aliud pro alio). Failure to pay at the term fixed produced for the debtor the disadvantages of a default. A creditor who refused the acceptance of the payment could also be in default (in mora)*.

la correspondiente relación de causalidad que da lugar a determinadas consecuencias perjudiciales, frente a las cuales la norma jurídica ha de poner remedio. Dependiendo, de la citada causa, es posible que nos encontremos ante un modo lícito de extinción de la obligación (pérdida del objeto concreto debido sin culpa ni mora por parte del deudor), o bien ante una falta ilícita de ejecución de la prestación (pérdida del objeto concreto debido, en caso de mora, dolo o negligencia del deudor). Los juristas emplean el vocablo *solutio*, liberación del deudor, en el primer supuesto, mientras que, en el segundo, utilizan la expresión *perpetuatio obligationis* para hacer referencia al paso del vínculo jurídico inicial a otro posterior, tras verificarse el incumplimiento por culpa del deudor, esto es, la transformación de la deuda que se convierte en responsabilidad derivada¹⁵:

*D. 45, 1 De verborum obligationibus, 91, 3 (Paulus libro XVII ad Plautium): ... quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationis ...*¹⁶

Paulo emplea aquí la noción de *culpa* en su acepción más amplia, comprensiva del dolo, criminal y civil, de la imprudencia y de la negligencia o falta de diligencia, en sus diversas manifestaciones. Igualmente, esta proposición latina admite una interpretación *a contrario sensu*. Todo ello puede ser expresado por medio de dos condicionales alternativas; “si se constatará la culpa del deudor, la obligación se perpetuará” y, en cambio, “si se constatase la presencia de una circunstancia ajena a la voluntad del deudor, la obligación se extinguiría, de modo que éste quedaría liberado”. En síntesis, el incumplimiento de la obligación puede traer su origen de causa imputable al deudor, o bien de causa de exoneración del mismo. E incluso podría venir motivada por causa imputable al acreedor. Por otro lado, las consecuencias a que da lugar pueden concretarse en la imposibilidad definitiva del cumplimiento, tras el comienzo de la mora, por la destrucción de la cosa individualizada, o bien en el mero retraso, cuando la obligación es susceptible de cumplimiento tardío con respecto a la fecha de vencimiento, especialmente si se trata de prestaciones con objeto genérico.

¹⁵ A. TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano, Voz “Incumplimiento de las obligaciones”*, Edisofer S. L., Madrid, 2005, pp. 451-52.

¹⁶ I. GARCÍA DEL CORRAL, *Ob. cit.*, p. 675. El jurista Paulo trata de explicar por qué se afirma que siempre que interviene culpa del deudor se perpetúa la obligación.

Como ha señalado E. VOLTERRA¹⁷, el término contemporáneo “incumplimiento de las obligaciones” alberga en su seno una pluralidad de problemas jurídicos diversos, que los juristas romanos clásicos han examinado y resuelto a través de numerosas decisiones y respuestas que han creado jurisprudencia, de cada una de las figuras contractuales, en particular, y a su vez, de las figuras extra-contractuales productoras de relaciones crediticias y obligacionales. Fieles a su tendencia casuística, no han llegado a formular en esta materia una teoría o doctrina de alcance general. Hemos de tener en cuenta aquí las dificultades de tal tarea, no sólo por la diversidad de las fuentes de las obligaciones sino también por la amplitud de la libertad de pactos, que permite a los sujetos adaptar el régimen legal dispositivo a las condiciones de cada acuerdo contractual a título singular.

La compleja casuística romana, conservada y transmitida a lo largo del tiempo, sobre todo a través del Digesto y el Código, ha sido tomada como referente fundamental. Primero, por parte de los intérpretes medievales -glosadores y comentaristas-; después, por las escuelas modernas -humanista, iusnaturalista, de pandectas, etc.- y, también por los autores contemporáneos, en sucesivos intentos de elaboración sistemática, en materia de “distribución equitativa del riesgo contractual”¹⁸, “imputabilidad subjetiva por retraso”¹⁹, “*mora debitoris* o *mora creditoris*”,

¹⁷ E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Civitas S. A., Madrid, 1991, pp. 613 y ss. El autor parte de la consideración según la cual el incumplimiento o impago de la deuda puede responder a imposibilidad material de ejecución del objeto de la prestación, por la concurrencia de acontecimientos ajenos a la voluntad humana o, por el contrario, puede ser atribuido a la conducta intencionada o meramente descuidada de alguno de los sujetos de la relación jurídica interpersonal.

¹⁸ El término latino empleado por los juristas para designar el riesgo (posible o efectivo pericimimiento de la cosa debida, en circunstancias ajenas a la voluntad humana) es *periculum*. Desde el punto de vista de las consecuencias derivadas del mismo, podemos hablar, en las obligaciones específicas, de causa de exención o liberación de responsabilidad del deudor, o bien de responsabilidad objetiva de éste por determinados casos fortuitos. A. BERGER, *Ob. cit.*, Word “*Periculum*”, p. 627. *In contractual relations periculum indicates the risk of a loss incurred by one party who expressly assumed a more extensive liability, as, for instance, for damages caused by an accident (casus), periculum praestare, or by suffering such loss under special circumstances.*

¹⁹ A. BERGER, *Ob. cit.*, Word “*Mora*”, p. 587. *There is a distinction between mora debitoris, an unjustified failure of a debtor to pay his debt, and mora creditoris, which occurs when the creditor refuses to accept the payment offered him by the debtor in due time, without any just reason or when he makes it impossible for the debtor to discharge his debt by, for instance, being absent. In the case of mora debitoris (mora solvendi) the liability of the debtor is augmented: an accidental destruction of the thing due is at the risk, he has to pay interest (usurae morae) when the debt is of a sum of money, and he has to restore all proceeds he had from the time he has been in default (in mora). The debtor is not responsible, however, for a default caused by no fault of his own. The default of the debtor causes the obligation to*

“imputabilidad por pérdida de la cosa”, “responsabilidad contractual y extracontractual”, “reparación del daño”, etc. Estas actividades han dado como resultado doctrinas generales y teorías diversas, cuya influencia en el ordenamiento jurídico contemporáneo es evidente, hasta el punto de que algunas de ellas se encuentran subyacentes en los Códigos vigentes en la actualidad.

Los intérpretes de los textos romanos conservados en la Compilación justiniana, a partir de la Edad Media, han tratado de ordenar y sistematizar la amplísima variedad de soluciones que abarca la vida práctica de las relaciones crediticias y obligacionales, clasificando éstas según los sujetos, el objeto o prestación y la eficacia jurídica. Han nacido así categorías diversas que, a lo largo de los siglos, han adquirido carácter tradicional y han pervivido, en algunos casos, hasta el momento presente. Una de ellas resulta fundamental a la hora de establecer las causas del incumplimiento y las consecuencias del mismo. En efecto, corresponde a la doctrina medieval el mérito de haber formulado la distinción entre obligación genérica y específica, a partir de la antítesis de la Tópica tradicional *genus-species*.

2.2 “Genus nunquam perit”

Se entiende por *obligatio generis* aquel vínculo jurídico en que la prestación del deudor tiene por objeto una cosa no individualizada, ni especificada o concretada, sino determinada únicamente por su pertenencia a una categoría o grupo comprensivo de una pluralidad indefinida de elementos singulares. Se hace referencia a las cosas designadas tan sólo por peso cantidad o medida, *res quae pondere, numero mensurave consistunt*²⁰, y que, además, no han sido especificadas. Este carácter genérico no ha de ser entendido en términos absolutos, sino relativos, ya que puede ocurrir que la obligación constituida como genérica se transforme en específica, a partir de la individualización del objeto a

become everlasting (obligatio perpetuatur). Mora creditoris involves also certain disadvantages to the creditor: the thing due is now at his risk, and the debtor is responsible only for fraud (dolus), even if the original obligation imposed on him a larger responsibility. The debtor has the right to free himself from his obligation through a deposition of the sum due. The consequences of the mora come to an end (purgare, emendare moram) when, in the case of mora debitoris, the debtor offers full payment to the creditor, and, in the case of mora creditoris (mora accipiendi), the latter accepts the payment.

²⁰ Esta expresión pertenece ya al Derecho romano clásico, como podemos comprobar a través de las Instituciones de Gayo 2, 196.

entregar, antes de la *solutio*. Suele afirmarse, incluso, que toda obligación genérica se transforma en específica en el momento preciso del pago o cumplimiento²¹.

Más en particular, entre los tipos de obligación genérica se encuentra aquella que surge del contrato de mutuo o préstamo de consumo, de una cantidad de dinero o de otra cosa fungible, como pone de manifiesto el pasaje de Paulo contenido en el Digesto, que reproducimos a continuación:

*D. 12, 1 De rebus creditis, si certum petetur, et de condicione, 2, 1 (Paulus libro XXVIII ad Edictum): Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt; quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis, quam specie; nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest*²².

El mutuo es un contrato real²³, unilateral y gratuito²⁴ salvo pacto o estipulación

²¹ La distinción entre obligación genérica y específica no debe confundirse con la referida a la obligación de cosa fungible y de cosa no fungible. Es cierto que, normalmente, la obligación genérica tiene por objeto cosas fungibles o sustituibles, es decir, aquellas que en la vida práctica suelen venir determinadas por peso, número o medida. Y que, por el contrario, la obligación específica suele tener por objeto cosas no fungibles, esto es, aquellas que en el comercio ordinario suelen ser identificadas atendiendo a cualidades individuales, que impiden que puedan ser sustituidas por otras. Sin embargo, la distinción de obligación genérica y específica no responde al criterio objetivo de la naturaleza de la cosa, admitido por la práctica habitual en los negocios, sino que depende de la decisión de la voluntad de los sujetos, en particular. Por tanto, la obligación específica puede versar sobre cosa fungible, por ejemplo, la venta del carbón contenido en los vagones que se señalan. Y la obligación genérica puede contener un bien no fungible, por ejemplo, cuando se expresa, sin más, que el deudor ha de entregar un cuadro de un determinado pintor. J. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral, T. 3, Derecho de obligaciones*, Reus S. A., Madrid, 1992, pp. 187-88.

²² I. GARCÍA DEL CORRAL, *Ob. cit., Tomo I: Instituta.-Digesto*, Barcelona, 1889, p. 675. La idea que nos transmite aquí el jurista puede ser expresada en los términos siguientes: *El contrato de préstamo en concepto de mutuo se perfecciona por la entrega de aquellas cosas, como el dinero, que se determinan, en principio, por peso, cantidad o medida; porque con la entrega de ellas podemos constituir un crédito, ya que admiten cumplimiento con el pago más bien que en especie con otras de su género; mientras que con las demás cosas no podemos constituir un crédito, ya que no se puede pagar una cosa por otra contra la voluntad del deudor.*

²³ A. BERGER, *Ob. cit., Word "Mutuum"*, p. 591. *A loan. The creditor = qui mutuam pecuniam dat, credit; the debtor = qui mutuum accipit. A loan is concluded re, i.e., when its object (a sum of money, an amount of fungibles) was handed over to the debtor. The latter is obligated to return in due time the sum of money or the same quantity of fungibles of the same quality as was lent to him. He can be sued for return through the actio certae creditae pecuniae, when money was involved, or through condictio triticaria if fungibles were borrowed. The borrower becomes owner of the things given to him for consumption. Interest (usurae) must be promised by a special agreement (normally a stipulatio). The loan itself could also be vested in the form of a stipulatio if the debtor promised the payment through stipulatio (a verbal contract).*

de intereses en contrario. Es real, puesto que no basta con el solo acuerdo de voluntades entre prestamista y prestatario, sino que, además, se exige para la perfección del en concepto de propiedad. En efecto, dado que la obligación única es la de restituir otro tanto del mismo género y calidad, resulta que dicha obligación de devolver no puede surgir, si antes no se ha hecho la entrega previa. El mero acuerdo de voluntades no pasaría de ser un simple precontrato, que todavía no obliga a dicha restitución.

Este contrato real es, además, gratuito, ya que, en principio, no genera intereses. Y, en caso de que se pactasen o acordasen, quedarían limitados legalmente. Por todo ello, no parece injusto el régimen jurídico excluyente de la liberación del deudor de la carga del riesgo, que le impone, de forma incondicional, el deber de restituir, sin poder alegar eventuales excepciones por eventos fatales imprevisibles como sería, por ejemplo, el incendio de la casa en que se hallaba depositado el dinero destinado al pago. Es posible que, tratándose del préstamo civil, no se haya sentido la necesidad práctica de afrontar el problema del riesgo, al no ser percibido el daño fortuito como una amenaza real, próxima y constante. Los juristas romanos no habrían ido más allá, ni se habrían preocupado de formulaciones teóricas más complejas.

2.2.1 Regla general de no liberación del deudor de la carga del riesgo

Sin embargo, los intérpretes del Derecho intermedio, dedicados sobre todo a la enseñanza universitaria, han venido a formular la máxima doctrinal a tenor de la cual las cosas genéricas siempre existen o, en otros términos, que el género nunca perece, *genus nunquam perit*. Se trata de la simple constatación de un hecho, pero de un hecho jurídico al que van ligadas determinadas consecuencias. Por tanto, el obligado a entregar tales cosas, por ejemplo el prestatario en el mutuo de dinero, no deja de asumir todo el riesgo de la operación, quedando excluida la posibilidad de alegar causa alguna de exoneración, como podría ser determinada pérdida o perecimiento de lo debido por circunstancias fortuitas ajenas a su voluntad, resultando obligado en todo caso y

²⁴ A diferencia de los contratos bilaterales imperfectos y bilaterales perfectos, éste sólo produce la obligación del prestatario de restituir la cantidad prestada, incluyendo o no intereses, con el correlativo derecho de crédito del prestamista.

respondiendo objetivamente por incumplimiento, aunque acreditase una conducta diligente y cuidadosa en la gestión de sus negocios.

Como ha señalado J. CAFFARENA²⁵, el problema del riesgo en las obligaciones genéricas no puede comprenderse con total claridad a la luz tan sólo del ordenamiento positivo vigente; se impone, pues, el análisis histórico-jurídico de esta cuestión, con el fin de aportar interesantes datos que han de ayudar, de manera decisiva, a encontrar el fundamento de la regulación de este tema hoy.

Se atribuye a AZÓN el mérito de haber acuñado, por primera vez, la expresión *quod in genere debetur, perire non potest* y otras variantes, como ponen de manifiesto sus obras *Lectura super Codicem* y *Summa Codicis*, dedicadas al estudio de los textos romanos contenidos en el Código justiniano. Asimismo, ACCURSIO utiliza dicha fórmula sintética en relación con diversas figuras, como son el mutuo, la compraventa, el legado y la estipulación.

La recepción de esta doctrina universitaria en el Derecho regional propio puede apreciarse, por ejemplo, en Partidas 5, 5 *De las vendidas, e de las compras*, 24 *A quien pertenece el pro, o el daño, en las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir, o gustar, después que fuesen vendidas*:

P. 5, 5, 24: El daño que acaesciere en la cosa despues que la vendida es complida, diximos que es del comprador, maguer non sea la cosa que comprovenida a su poder²⁶. Pero cosas y a que non seria assi, ca si alguno comprase vino... o alguna de las otras cosas semejantes destas, que han los omes por costumbre de las gustar ante que las compren, e si tales cosas como estas se

²⁵ J. CAFFARENA, “*Genus nunquam perit*”, Anuario de Derecho Civil, 35, 1982, pp. 291 y ss. Según este autor, tanto nuestra doctrina actual como nuestra jurisprudencia vienen considerando, de manera casi unánime, que el aforismo citado, procedente de la doctrina del *ius commune* de los glosadores medievales y, más tarde, recibido a través de las Partidas, fuente en principio del Derecho propio de Castilla y finalmente del Derecho español, se halla tácitamente recogido en el art. 1182, entendido *a sensu contrario*. En su opinión, *con el aforismo genus nunquam perit no se afirma que en las obligaciones genéricas es el deudor quien soporta el riesgo, entendido éste en un sentido técnico-jurídico, sino que lo que se trata de evidenciar es sencillamente que en este tipo de obligaciones no hay oportunidad siquiera de llegar a plantearse el tema del “periculum obligationis”, en tanto en cuanto la prestación siempre es posible. Y todo ello hasta la especificación, pues al convertirse en específica la obligación genérica cabe que tenga lugar una imposibilidad de la prestación.*

²⁶ Cuando se trata de cosas no genéricas, el principio romano *periculum est emptoris* atribuye el riesgo de pérdida por caso fortuito o fuerza mayor al comprador.

*vediessen por peso, o por medida, e se perdiessen, o se empeorassen, ante que fuessen gustadas, o pesadas, o medidas; estonce seria el peligro del vendedor, e non del comprador, maguer fuessen ambos avenidos en el precio. Mas si despues que fuessen gustadas o pesadas, o medidas, se perdiessen o se empeorassen, seria el peligro que ende viniesen del comprador e non del vendedor*²⁷.

2.2.2 Excepciones

Muy diferentes han sido las circunstancias de la navegación marítima, sometida a grandes riesgos que se presentan de forma reiterada e inminente, y, por tanto, diverso ha de ser el régimen jurídico del préstamo marítimo, *fenus nauticum*²⁸. Definimos esta importantísima figura jurídica como convención por la que un empresario presta dinero a un armador, con unos intereses libremente acordados y no sujetos al límite legalmente establecido, con la finalidad del comercio y del transporte marítimos, de modo que el reembolso del capital más los intereses están sometidos a la condición de que la nave llegue a buen puerto, con el dinero o con la carga adquirida mediante el mismo. Un ejemplo de este tipo de condición sería “*si navis ex Asia venerit*”. El caso fortuito y la fuerza mayor liberan al deudor prestatario y el riesgo es asumido por el armador prestamista, por lo que esta figura parece, en parte, un mutuo y, en parte, una especie de contrato de aseguramiento.

Este régimen de reparto y compensación de riesgos es aplicable con independencia de que el objeto de la prestación haya sido o no especificado. Además, no es algo excepcional, limitado al solo préstamo dinerario marítimo, sino que alcanza el rango de regla general, relativa al contrato de transporte y de compraventa de mercancías, con arreglo a la llamada *lex Rhodia de iactu*, fuente del Derecho marítimo común del Mediterráneo antiguo. En efecto, esta norma consagra el principio de

²⁷ *Las Siete Partidas con la Glosa de Gregorio López*, Tomo III, Barcelona, 1843. Al texto castellano, meramente dispositivo, se añade más tarde la Glosa latina explicativa de este régimen jurídico de los riesgos en la compraventa, quedando de manifiesto que la razón de todo ello no es otra que el principio jurídico *genus nunquam perit*.

²⁸ A. BERGER, *Ob. cit.*, Word “*Fenus nauticum*”, p. 469. *A loan given in connection with the transportation of merchandise by vessel. The loan had to be repaid only when the ship arrived safely in port with the cargo. Because of the risk which the loan-giver assumed (shipwreck, piracy), the rate of interest was unlimited until Justinian fixed it at 12 per cent. The money loaned was called pecunia traiectica as money conveyed overseas, since either the money itself or the cargo bought by it was to be transported by boat.*

equidad, en virtud del cual el daño resultante, como consecuencia de haber sido arrojadas al mar las mercancías de algunos cargadores, con el fin de aligerar la nave, ha de ser repartido entre todos ellos²⁹.

En definitiva, los juristas romanos, poco dados a enunciar teorías generales y a especulaciones jurídicas, no han llegado a enunciar en términos omnicomprensivos la idea excluyente de liberación del deudor de cosa genérica en todo caso, incluidos posibles acontecimientos accidentales ajenos a su conducta.

2.3 “Species perit ei qui debetur”

Por otro lado, la obligación específica o especificada tiene por objeto una prestación de entregar una determinada cosa, y sólo ésa, puesto que es única o ha sido individualizada con anterioridad al momento de realizar el pago. El cumplimiento de la prestación, en este supuesto, ha de tener por objeto necesariamente tal cosa concreta y no otra. Así ha de entenderse, salvo que el deudor ofreciera una distinta y el acreedor la aceptase, es decir, que se produjese la llamada dación en pago voluntaria, conforme a la regla negativa interpretada *a sensu contrario* “*aliud por alio invito creditori solvi non potest*”. Cabría también añadir a esta primera excepción otra posterior, la denominada dación en pago necesaria³⁰, pero sólo en determinados casos admitidos taxativamente.

2.3.1 Regla general de atribución al acreedor de la carga del riesgo

Sin embargo, lo más importante ahora es constatar que los intérpretes han

²⁹ F. MACKELDEY, *Handbook of the Roman Law*, Philadelphia, 1883, p. 325. *When a peril of the sea threatens to wreck a ship, and a part of the cargo is jettisoned to preserve the ship and the remainder of the cargo, or if in consequence of the peril the remainder of the cargo has been damaged, then the owners of the jettisoned or damaged cargo, by the Lex Rhodia de iactu which the Romans have adopted, have the right to claim from the owners of the preserved ship and cargo a proportional compensation for the loss suffered (D. 14, 2, 1). The same principle applies when the ship is rescued from another kind of peril by the sacrifice of a part of the cargo.*

³⁰ *La datio in solutum necessaria*, que tiene su origen en la compilación Justiniana, invierte los efectos de la *datio in solutum* normal, puesto que, ante una situación de insolvencia por parte del deudor, arbitra un procedimiento en el que el acreedor tiene impuesta la aceptación de un *aliud pro alio*; siempre y cuando se cumpla con una serie de estipulaciones legales, viniendo a constituirse como un sistema similar al de Ejecución de Títulos Judiciales, con el que contamos actualmente.

formulado una nueva regla general relativa al incumplimiento de esta clase de obligación: la cosa específica perece para aquel al que es debida, *species perit ei, cui debetur*³¹. En efecto, si la cosa perece, es decir, se pierde por circunstancias ajenas a la voluntad y al comportamiento del deudor, éste queda liberado de responsabilidad, atribuyéndose el riesgo correspondiente al acreedor. Pero si la cosa específica sufriera daño o resultara destruida como consecuencia de la conducta dolosa o culposa del deudor, a él correspondería la responsabilidad subjetiva reparadora del daño por incumplimiento.

Podemos afirmar, en definitiva, que, aunque las reglas “*genus nunquam perit*” y “*species perit ei, cui debetur*” pertenezcan a la doctrina intermedia, lo cierto es que la idea ya está presente en la mente de los juristas romanos, pero sólo con ocasión de los casos prácticos resueltos por ellos. La prueba de ello se encuentra en el pasaje del Digesto que reproducimos a continuación:

*D. 18, 1 De contrahenda emtione, et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt, 35, 7 (Gaius libro X ad Edictum provinciale): Sed et si ex doliario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere*³².

2.3.2 Causas generales de incumplimiento y daño.- Motivos de imputación y de exoneración dependientes del tipo de contrato y los pactos

De acuerdo con la doctrina tradicional, el derecho de crédito, *creditum*, o facultad de exigir la ejecución de la obligación específica, *debitum*, forma parte del activo patrimonial del acreedor. Ante la eventualidad de incumplimiento, el deudor asume un determinado grado de imputación y de responsabilidad cautelar, variable

³¹ J. M. MANS, *Los principios generales del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1947, pp. 216-17.

³² Se trata de la respuesta dada con motivo de un caso práctico referido a la venta de parte del vino conservado en una bodega, en concreto de una cantidad de cien medidas. En estas condiciones, es indudable que, antes de haberse realizado la medición y separación correspondiente, conforme a lo que consta en las alegaciones de las partes, todo el riesgo corresponde al vendedor, por tratarse de una prestación genérica. A ello podríamos añadir que, después de haberse realizado tal medición, la obligación sería específica, de modo que el problema se complicaría, puesto que habría que distinguir las causas de exoneración y de imputabilidad del deudor vendedor. I. GARCÍA DEL CORRAL, *Ob. cit.*, Tomo I: *Instituta.-Digesto* p. 896.

según el tipo de régimen jurídico legal y convencional, *praestare dolum, culpam, custodiam, etc.*

Si la ejecución no se realizara conforme a las condiciones establecidas, dicho acreedor sufriría una pérdida susceptible de cuantificación pecuniaria, es decir, un daño injustificado, *damnum*. Se impondría, entonces, la necesidad de identificar la causa, subjetiva u objetiva, *dolus, culpa, casus, vis maior*. Y, a continuación, cuantificar el perjuicio y hacer la correspondiente valoración jurídica, con el fin de llegar a la conclusión de imputar al deudor, atribuyéndole determinada responsabilidad, o de exonerarlo, con arreglo a los criterios legales y convencionales preestablecidos.

La equidad, *aequitas*, que inspira la actividad jurisprudencial impone que el deudor, cuyo dolo exclusivo es el causante de la inejecución de la prestación que le correspondía, responda siempre y en todo caso del daño resultante.

A) Dolo

He aquí una definición a propósito del *dolus in solvendo*³³, considerándolo, por un lado, como causa de incumplimiento y, por otro, como motivo de imputación. En primer lugar, es hecho jurídico causante de daño por falta de cumplimiento, que consiste en la intención consciente y decidida del deudor que impide el acto de ejecución de la prestación, de modo que el acreedor ha de alegarlo y, en caso de controversia, probarlo.

Y, asimismo, constituye un motivo subjetivo de imputación del deudor, en todo tipo de contrato, por su gravedad, quedando excluido cualquier pacto dispositivo en contrario.

Esto supuesto, hemos de diferenciar el dolo criminal³⁴ del dolo civil. El primero de ellos, *animus damnandi*, significaría mala intención de carácter nocivo de la mayor gravedad, merecedora de reproche social, que atenta contra el interés general. Intención

³³ No ha de confundirse este *dolus in solvendo* con el engaño, el fraude o la mala fe que tienen lugar con ocasión de las negociaciones contractuales, *dolus in contrahendo*.

³⁴ Noción jurídico-criminal que presenta antecedentes remotos en Derecho Romano, como ponen de manifiesto las *leges regiae*, a propósito del homicidio: *Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*. S. RICCOBONO ET ALII, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Florentiae, 1968*, pp. 13.

de destruir las cosas y perjudicar a las personas, por lo que se encuentra sancionada con una pena pecuniaria. En cambio, el dolo civil, de menor gravedad, no merece tal reproche por no llegar a constituir un atentado contra el interés general, quedando circunscrito al ámbito particular de la reparación pecuniaria. Tanto el uno como el otro vienen sancionados legalmente, por medio de normas de rango necesario, no dispositivo, y, por tanto, no susceptibles de derogación mediante pactos añadidos al contrato. El Digesto nos enseña que, en esta materia, no existe una regla general válida para todos los contratos, pero lo cierto es que en todos ellos se responde por dolo necesariamente. En algunos, la responsabilidad preventiva se reduce a él, mientras que, otros muchos, va más allá:

D. 50, 17 De diversis regulis iuris antiqui, 23 (Ulpianus libro XXIX ad Sabinum): Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum, et culpam;; dolum tantum, depositum et precarium, dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta; in his quidem et diligentiam. Societas, et rerum communio et dolum, et culpam recipit; sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus, nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortesque, quae sine culpa accidunt ... a nullo praestetur³⁵.

En cuanto a la naturaleza jurídica, constatamos su pertenencia a la categoría del hecho jurídico no presunto, *dolus non praesumitur*, dado que ha de ser probado por el interesado que lo afirma, si la parte contraria lo niega. Es susceptible de producirse de manera recíproca, dando lugar entonces a compensación. Y, además, innegociable, lo

³⁵ Las ideas que nos transmite el texto pueden ser expresadas en los términos siguientes: *Ciertos contratos admiten solamente dolo malo, y otros, dolo y culpa; solamente dolo, el depósito y el precario; dolo y culpa, el mandato, el comodato, la venta, la prenda, la locación y también la dación de dote y la tutela, así como la gestión de negocios; en éstos ciertamente se responde también de la diligencia. La sociedad y el condominio admiten así el dolo como la culpa; pero esto es así, si no se convino expresamente alguna cosa, o más, o menos, en cada contrato, porque se observará lo que se convino al principio, excepto lo que opina Celso, que no es válido, si se hubiere convenido que no se responda por dolo; porque esto es contrario al juicio de buena fe; y así lo observamos. Pero de los accidentes de los animales y de las muertes que sobrevienen sin culpa ... no responde el deudor.* I. GARCÍA DEL CORRAL, *Ob. cit.*, Tomo III: *Digesto*, Barcelona, 1897, p. 946.

que se traduce en la nulidad del pacto de no prestarlo, *pactum de non praestando dolo*³⁶.

B) Culpa o negligencia

La definición de culpa, en el sentido estricto de negligencia, presenta también aquí el doble aspecto ya consignado en relación con el dolo: el fáctico-causal y el consecutivo-facultativo.

Se trata, por una parte, de un hecho jurídico causante de daño por incumplimiento, que consiste en una conducta omisiva, negligente, o temeraria del deudor, por falta de diligencia, cuidado o precaución, que el acreedor puede alegar de forma negativa y que, en determinadas condiciones, se presume *iuris tantum*³⁷, mientras dicho deudor no pruebe una causa que motive su exoneración, como conducta diligente, culpa del acreedor o de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

Y, asimismo, constituye un motivo subjetivo de imputación del deudor, o bien de exoneración, en función del criterio de reciprocidad de intereses entre las partes contratantes, *utilitas contrahentis*³⁸.

³⁶ D. 2, 14 *De pactis*, 27, 3 (*Paulus libro IV ad Edictum*): *Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur.*

³⁷ C. MAYNZ, *Curso de Derecho Romano, Tomo II*, Barcelona, 1982, p. 10. Según este autor, los términos latinos *culpa* y *negligentia* son sinónimos y se emplean por los juristas romanos en oposición al vocablo *diligentia*, con el que se designa el comportamiento cuidadoso de un *bonus paterfamilias*. En determinados casos concretos, la *diligentia* viene designada con la palabra *custodia*, precisamente cuando los cuidados que el deudor ha de poner en práctica representan un grado de rigor y exigencia superior al ordinario en la actividad de guardar y conservar la cosa. Todo ello con el fin de impedir que la cosa se deteriore o sea robada o usurpada. De este modo, en relación con el que está obligado a prestar este tipo de custodia, se presume que ha incurrido en culpa, cuando el daño ha tenido lugar.

³⁸ A. BERGER, *Ob. cit.*, Word “*Culpa, in contractual relations*”, p. 419. *It is a negligence on the part of a debtor who failed to foresee the consequences of his behavior with regard to the performance of the duties assumed in a contract. There is no culpa if everything was done that a very careful man should have done (D. 19, 2, 25, 7). The responsibility of the debtor for his culpa is not settled in a uniform way for all kinds of contracts. There is no general rule in this respect, although some underlying ideas are not lacking, such as the liability for culpa of a contracting party who has received profit from a transaction (utilitas contrahentis) or in contractual relations governed by good faith (bona fides). Among those responsible for culpa were artisans and experts who took on a piece of work and afterwards proved lacking in the necessary professional knowledge (imperitia). On the other hand, in actions in which condemnation would have rendered the defendant infamous, his culpa is not taken into consideration. In contracts we are liable sometimes only for dolus (fraud), sometimes also for culpa (D. 13, 6, 5, 2). The whole question of liability for culpa in the Roman contractual law is among the most crucial points in the*

Fuera del ámbito de vigencia de la imprudencia criminal³⁹, la variedad de respuestas que ofrece la jurisprudencia romana se encuentra a la base de la doctrina de la graduación de la culpa, ya enunciada inicialmente por los glosadores y comentaristas. Distinguimos la culpa lata, culpa leve y culpa levísima. La primera que suele ser equiparada al dolo, puede ser también considerada como negación de la mínima diligencia, que quedaría desvirtuada por mediación de la prueba de una conducta acorde con el modelo habitual del *bonus pater familias*; la segunda, como negación de una ordinaria diligencia, que lo sería por la prueba de una conducta diligente. Y la tercera, como negación de una diligencia máxima o escrupulosa, que resultaría desvirtuada por la prueba de una conducta muy diligente.

En cuanto a su naturaleza, se trata de un hecho de conducta externa complejo, en parte negativo (no hacer aquello que haría la persona cuidadosa), en parte presunto *iuris tantum* y, en parte, positivo (hacer aquello que la persona cuidadosa se habría abstenido de hacer), cuya prueba contraria presenta atenuación del rigor probatorio con respecto a la culpa extracontractual. Se trata de un hecho cuyo alcance legal está sujeto a modificación mediante pacto, en virtud del principio dispositivo de autonomía de la voluntad.

C) Caso fortuito o *casus*

Hecho jurídico causante de daño por incumplimiento que consiste en un acontecimiento imprevisible ajeno a la voluntad humana⁴⁰, de menor intensidad que la fuerza mayor, que impide la ejecución de la prestación y que el deudor ha de alegar y probar, mientras que el acreedor se limita a negarlo, cuando se trata de causa de exoneración.

literatur, primarily because of the manifold changes introduced into classical texts by Justinian's compilers, guided by the tendency to increase the debtor's responsibility, and because of the absence of precise classical definition of various more or less technical terms in this domain, such as custodia, diligentia, neglegentia.

³⁹ Noción jurídico-criminal que también presenta antecedentes remotos en Derecho Romano. Así lo ponen de manifiesto las *leges regiae*, a propósito del homicidio: ... *si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contine offerret arietem*. S. RICCOBONO ET ALII, *Ob. cit.*, pp. 13-14.

⁴⁰ Incluiría, hoy, aquel hecho que no pudo preverse, siguiendo la línea del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de enero de 1980 y 7 de Febrero de 1985; y, a su vez, aquello previsto que resulte inevitable, tal y como concluye el Alto Tribunal en su sentencia de 13 de diciembre de 1946.

Y, asimismo, constituye causa objetiva de exoneración generalmente y eventualmente de atribución de responsabilidad objetiva por incumplimiento.

D) Fuerza mayor o *vis major*

Hecho jurídico causante de daño por incumplimiento que reviste los caracteres de inimputabilidad, imprevisibilidad e inevitabilidad⁴¹, que el reo deudor ha de alegar y probar, mientras que el acreedor se limita a negarlo. Constituyéndose como causa de exoneración, en todo caso, por incumplimiento.

Finalmente, cabría añadir que las cuatro figuras descritas habrían de ponderarse de forma relativa frente al caso concreto, analizando que cumplan los requisitos ya descritos para exonerar o no al deudor por *non-performance* de las obligaciones. A título de ejemplo, y como muestra de convergencia de soluciones en algunos casos a nivel internacional, en la doctrina del Common Law, para esta serie de acontecimientos, y en especial dentro del Derecho de Daños, la respuesta viene dada por el paradigmático caso *Donoghue v. Stevenson [1932]*⁴². En el mismo, se establece una relación de causalidad formada por varios elementos, a saber: *remoteness*, donde el *dolus* y la culpa o negligencia en sentido objetivo estarían implicados; y, aquella imprevisibilidad o inevitabilidad presente en el *casus* y la *vis major*, interpretada a *contrario sensu*, de manera que aquel acontecimiento que fuera *reasonably foreseeable*, no llevaría aparejada en ningún caso la *solutio* del contrato, ni, por tanto, la exoneración de responsabilidad por parte del deudor⁴³.

2.4 El concepto de *non-performance of contract*

Se nos presenta ahora una nueva noción, cuyo significado y alcance resulta patente a través de la identificación de una serie de caracteres esenciales, que se afirman

⁴² UKHL 100

⁴³ Quedando establecido el *neighbour principle*, que Lord Atkin resume de forma excepcional apostillando que “*you must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law, is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought to have them in [mind] when I am [considering these] acts or omissions*”.

en claro contraste frente a aquellos otros que corresponden al régimen tradicional a que acabamos de hacer referencia.

1º.- Superación del régimen sancionador penal.- Como es sabido, el estudio del origen histórico de las instituciones viene a facilitar su comprensión y explicación, a lo largo del desarrollo ulterior progresivo, y lo cierto es que así sucede también en esta materia. En efecto, la romanística ha puesto de relieve que el régimen de responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones ha surgido a partir de la responsabilidad penal⁴⁴, por *dolus et imprudentia*, derivada de los *crimina* y los *delicta*. Los criterios de imputación y culpa del *crimen* y el *delictum* no difieren de los aplicables a propósito de inejecución de las obligaciones de derecho privado.

En cambio, el concepto de *non-performance* ha nacido en el contexto de los usos reiterados en la práctica económico-social y comercial, nacional e internacional, como respuesta ante las exigencias que plantean las relaciones entre sujetos y entidades contratantes. No sorprende, pues, que los principios inspiradores de este nuevo régimen estén más próximos a la función de compensar intereses económicos contrapuestos y de reparar daños eventuales, que de imputar y sancionar determinadas faltas cometidas por acción u omisión antijurídica.

2º.- Limitación del ámbito de vigencia.- La transferencia de los criterios relativos a la función represora del dolo criminal y delictivo al campo de la función reparadora del daño patrimonial se ha ido produciendo gracias a la interpretación progresiva de la *lex Aquilia de damno*, con el fin de abordar posteriormente los problemas derivados del incumplimiento de las *obligationes quae ex contractu nascuntur*. En suma, la doctrina tradicional presenta alcance general, ya que en ella tienen cabida tanto la responsabilidad extra-contractual como la surgida del vínculo entre contratantes.

⁴⁴ En este sentido, P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pp. 213 y ss. El autor no admite la existencia de dos modelos enteramente separados, uno de responsabilidad penal y otro de responsabilidad civil, puesto que los criterios aplicables en el campo de los crímenes y los delitos habrían pasado más tarde a las obligaciones extra-contractuales y contractuales. Más en particular, se atribuye a la legislación regia la norma en virtud de la cual se castiga a aquel que comete homicidio doloso (*qui hominem liberum dolo sciens morti duit*), distinguiéndose claramente este supuesto de aquel otro en que la muerte es resultado de una conducta imprudente. Más adelante, el pretor, por medio de *actiones utiles*, extiende la responsabilidad prevista en la *lex Aquilia* a los daños causados por omisión o negligencia.

Por el contrario, la noción de *non-performance* queda reducida estrictamente a la relación de origen convencional y, especialmente, a la de naturaleza recíproca o bilateral perfecta. Se trata, ante todo, de proteger al acreedor, pero en el contexto de la relación contractual en su conjunto. De este modo, el “derecho a resolver el contrato” (*right to terminate the contract*⁴⁵) adquiere un significado pleno e inequívoco, como remedio frente a la falta de ejecución por la parte contraria en condiciones objetivas.

3º.- Necesidad de ir más allá de la causalidad y la imputabilidad.- Como ya hemos indicado, con el término “*incumplimiento de la obligación*” procedente de la tradición romanística, se hace referencia, en principio, a un hecho jurídico negativo, en el sentido de que viene expresado mediante una simple proposición indicativa de inexistencia de un determinado acto que debería haberse ejecutado.

Sin embargo, el elemento central de todo ello es el “hecho causal” o motivación concreta de esa falta de cumplimiento. Y, esto supuesto, el carácter sancionador, en origen, del régimen tradicional nos permite explicar que la disyuntiva ante la que se encuentra aquí el intérprete no es otra que la existente entre “causa no imputable al deudor” y “causa imputable a él”. Causa no imputable o justificada significa que el motivo del incumplimiento queda fuera del marco de responsabilidad cautelar subjetiva, o bien de la responsabilidad objetiva por razón del riesgo. Mientras que la causa imputable o injustificada quedaría dentro de los límites indicados.

La consecuencia última de todo ello sería doble, ya que, por una parte, en caso de incumplimiento no imputable, el deudor quedaría liberado de responsabilidad. Y, por otra, frente al incumplimiento imputable, se impone el principio sancionador y reparador de daños y perjuicios.

La necesidad de superar este planteamiento dual, a través de la noción de *non-performance of contract*, nos lleva a admitir la pluralidad e incluso la acumulación de medios de tutela del acreedor. Y ello, tanto para el incumplimiento justificado como para el no justificado. En efecto, cuando se trate de medios de protección que no sean incompatibles podrá darse dicha acumulación. De este modo, cuando una de las partes contratantes tenga derecho a suspender o interrumpir su prestación y a poner fin al

⁴⁵ Art. 9:301 *Principles of European Contract Law: A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental.*

contrato, podrá suspender la ejecución de la prestación, en primer lugar, y después optar por la resolución de la relación contractual.

4°.- Todas estas consideraciones supuestas, puede afirmarse, en último término, a modo de síntesis, que esta novedosa noción de incumplimiento contractual presenta carácter unitario. En el marco de referencia de los *Principles of European Contract Law*, comprende cualquier tipo de fallo en la ejecución de la prestación debida, ya sea completo o total, o bien simplemente parcial, tardío o defectuoso, justificado o injustificado.

E incluso será un supuesto de *non-performance of contract* el hecho de que uno de los contratantes deje de cumplir con su deber de hacerse cargo o de aceptar la prestación del otro. Hipótesis que responde, en cuanto a sus orígenes, a la llamada *mora creditoris*, pero que, en realidad, no se reduce a la idea sancionadora de retraso injustificado en el cumplimiento por causa imputable al acreedor.

5°.- Quizá lo más importante sería constatar que estos planteamientos innovadores del Derecho contractual europeo ya están siendo objeto de recepción en el marco de los Derechos civiles nacionales⁴⁶.

⁴⁶ Así lo pondría de manifiesto, por ejemplo, el Tratado de Derecho civil (Obligaciones y contratos) de M. MEDINA DE LEMUS, incluido en la Bibliografía. En su estructura, podemos distinguir dos primeros capítulos dedicados al cumplimiento y al incumplimiento de las obligaciones. En cuanto a las garantías y protección del derecho de crédito, se incorpora una pluralidad de figuras (derecho de retención, cláusula penal, acción subrogatoria, acción pauliana, acción directa y modernas figuras de garantía). Por otro lado, es objeto de exposición autónoma el cumplimiento del contrato y el incumplimiento del mismo. También merece un amplio y coherente desarrollo el tema del contrato internacional, lo que se completa con un detallado análisis de los textos preparatorios del Código Europeo de Contratos.

3.- CONCLUSIONES

3.1 El lenguaje técnico de los juristas romanos clásicos se muestra ajeno al empleo del término *inadimplere*, incumplir, y de otros derivados o similares a éste. En este sentido, hemos de tener presente que el uso de la expresión *exceptio inadimpleti contractus* (excepción de incumplimiento de contrato sinalágmatico) no es romana. Sólo a partir de los intérpretes del siglo XVI la encontramos acuñada y utilizada en sus libros de comentarios.

3.2 En la jurisprudencia romana, el hecho del “incumplimiento de la obligación” (la inejecución de la prestación, desde el punto de vista pasivo, o, desde la perspectiva del acreedor, la falta de satisfacción del interés de éste) no parece haber tenido relevancia autónoma.

3.3 Las cuestiones jurídicas que se suscitan en torno a lo que hoy denominamos incumplimiento han sido planteadas y resueltas en el marco de referencia de la noción de *solutio* (esto es, liberación del deudor y pago). En sentido amplio y etimológico, *solutio* adopta el significado de liberación del deudor del vínculo a que se encuentra sometido, comprensivo de todos los modos de extinción de la relación jurídica obligatoria. Pero, *solutio* adquiere también en otro contexto el sentido más restringido de liberación del citado deudor, precisamente, por medio de la ejecución del contenido de la prestación. De este modo, viene siendo identificado como el modo por excelencia de extinción, a partir del pago o cumplimiento.

3.4 La casuística jurisprudencial, ante las diversas cuestiones planteadas a propósito de si la falta de pago perpetúa la obligación, transformándola en responsabilidad derivada, o libera al deudor, ofrece una pluralidad de respuestas singulares, en función del objeto de la prestación, de las características del contrato, etc.

3.5 Sólo con el paso del tiempo, viene a formularse el criterio reiterado de atribuir al deudor un determinado grado de responsabilidad preventiva o cautelar, *praestare dolum, culpam, custodiam, etc.*, y de exonerarlo en aquellas otras circunstancias situadas por encima del nivel de exigencia preestablecido.

3.6 Dicha responsabilidad cautelar del deudor tendrá carácter “subjetivo” cuando dependa de la conducta del mismo. Mientras que tendrá carácter “objetivo” siempre que la falta de cumplimiento venga motivada por fenómenos ajenos a la voluntad humana. En la práctica, puede ocurrir que el deudor quede liberado por completo de responsabilidad objetiva, o bien que asuma un determinado grado de ella. Todo lo cual depende de la atribución del riesgo, *periculum*, o de la distribución del mismo entre las partes del contrato, en el sentido de perecimiento o pérdida fortuita de la cosa.

3.7 La doctrina romanística intermedia, a partir de los glosadores y comentaristas, va más allá de la jurisprudencia romana compilada en el Digesto y enuncia las reglas “*genus nunquam perit*” y “*species perit ei qui debetur*”. La primera de ellas excluye que el deudor de cosa genérica pueda acogerse a causa alguna de exoneración. En cambio, la segunda atribuye al deudor de cosa específica la llamada responsabilidad subjetiva, al tiempo que la carga del riesgo pasa al acreedor.

3.8 Sin embargo, tales reglas tienen un alcance relativo tan sólo, puesto que cada contrato posee su propio régimen de responsabilidad cautelar. Régimen legal que, además, es meramente dispositivo, de modo que la autonomía de la voluntad negocial puede alterarlo en cada caso singular mediante pactos entre las partes contratantes, *pacta sunt servanda*.

3.9 Las consideraciones iniciales referidas al hecho del incumplimiento en la jurisprudencia romana son válidas también a lo largo de la evolución sucesiva. En efecto, ni la glosa acursiana, ni los comentaristas, ni los tratadistas modernos otorgan a este hecho negativo relevancia autónoma. El Código napoleónico, inspirándose en la doctrina de POTHIER, en la redacción originaria del art. 1148, establece la responsabilidad del deudor por *inexécution de l'obligation* y por *retard dans l'exécution*, si éste no logra probar una causa ajena a su voluntad y no imputable a él.

3.10 Más recientemente, los intentos de armonización de los ordenamientos nacionales en Europa se enfrentan, entre otras cosas, a la dificultad derivada de que el hecho del incumplimiento o *non-performance* pueda ser considerado, por un lado, como un modo de liberación del deudor, es decir, de extinción de la obligación y, por otro, como causa de responsabilidad del mismo.

3.11 Tradicionalmente, cuando se habla de incumplimiento de la obligación, se tiende a subrayar su aspecto subjetivo, esto es, el comportamiento culpable del deudor, en contraste con el vínculo a que está sometido. Sin embargo, la palabra “incumplimiento” puede servir también para designar simplemente la situación jurídica objetiva que consiste en la falta de satisfacción del interés del acreedor, con independencia de que la conducta del deudor sea o no culposa. Tal aspecto objetivo tiende a asumir hoy una función más relevante dentro del sistema. Es cierto que la culpa y la imputabilidad del deudor constituyen el presupuesto de la sanción del resarcimiento del daño. Pero no siempre constituyen el presupuesto de otros medios de tutela del acreedor, frente a la falta de satisfacción de su interés. La afirmación tradicional en esta materia, según la cual la culpa del acreedor es el fundamento de todos los remedios puestos a disposición del acreedor, se encuentra en proceso de revisión. Especialmente, en el ámbito de los contratos con prestaciones correlativas. Probablemente, el interés del acreedor merece protección incluso en la hipótesis de que el incumplimiento haya tenido lugar por causas extrañas a la imputabilidad del deudor.

3.12 La expresión *non-performance of contract*, empleada en el contexto de los PRINCIPIOS DEL DERECHO contractual Europeo, es indicativa de una noción innovadora cuyo contenido fundamental puede venir estructurado en cinco notas características: 1.- Superación del régimen sancionador penal originario, 2.- Limitación al ámbito de vigencia contractual, 3.- Necesidad de ir más allá de la causalidad y la imputabilidad, 4.- Naturaleza unitaria e integradora de supuestos diversos, 5.- Fuerza expansiva a través de su recepción en los ordenamientos propios.

4.- BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS ELECTRÓNICOS

ALONSO GARCÍA, M., *Curso del Derecho del Trabajo*, Ariel S.A., Barcelona, 1982.

AUGUSTINI BARBOSAE, *Tractatus Varii: I. De axiomatibus iuris usufrequentoribus; II. De appellativa verborum utriusque iuris significatione; III De locis communibus argumentorum iuris; IV De clausulis usufrequentoribus; V De dictionibus usufrequentoribus*, Lugduni, MDCCXVIII.

BASES DE DATOS DE LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA:
Consultadas a través de la Página Web de la Biblioteca de la Facultad de Derecho.

BEALE, H.G, *Contract Law: Cases & Materiales*, Paperback, 2007.

BERCOVITZ, R. Y OTROS, *Comentarios al Código Civil español*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

BERCOVITZ, R., *Manual de Derecho Civil*, Bercal, Madrid, 2016.

BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Word*, Transactions of the American Philosophical Society, New York, 1952.

BERGER, K., *Principles on Transnational Law*, available at <https://www.trans-lex.org/principles>, 2017.

BLÁNQUEZ, A., *Diccionario latino-español*, 3 vols., R. Sopena S. A., Barcelona, 1967.

CAFFARENA, J., “*Genus nunquam perit*”, *Anuario de Derecho Civil*, 35, 1982

CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral, T. 3, Derecho de obligaciones*, Reus S. A., Madrid, 1992.

CHAPMAN, M., *The snail and the ginger beer*, Butterworths, London, 2010.

COING, H., *Derecho privado europeo I*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.

COMISIÓN O. LANDO, *Principios de Derecho Contractual Europeo, I y II*, Edición española a cargo de P. BARRES, J. M. EMBID y F. MARTÍNEZ, Consejo General del

Notariado, Madrid, 2003.

COMISIÓN O. LANDO, *Principios de Derecho Contractual Europeo, III*, Edición española a cargo de P. BARRES, J. M. EMBID y F. MARTÍNEZ, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008.

COROMINAS, J., *Breve Diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid, 1987.

DAZA, J., *El concepto de “periculum” en el ámbito de la responsabilidad contractual en Roma*, Madrid, 1977.

DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

D'ORS, J. A., *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1997.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J., *Fuerza Mayor*, Tirant lo Blanch, 2014.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil Internacional*, Tecnos, Madrid, 1995.

FORNER DELAYGUA, J.J., *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Bosch, Barcelona, 2000.

FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano*, Sánchez Gráficas S.L, Madrid, 1978.

GARCIA DEL CORRAL, I., *CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO*, Instituta, Digesto, Código y Novelas, Tomos I-VI, Barcelona, 1889-98 (Edición facsimilar *Lex Nova*, Valladolid, 1988).

LAS SIETE PARTIDAS, con la glosa latina de GREGORIO LÓPEZ, Tomos I-III, Salamanca, MDLV (Edición facsimilar Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1985).

LAS SIETE PARTIDAS, con la Glosa de Gregorio López, Edición vertida al castellano por SANPONTS, I., MARTI DE EIXALA, R., FERRER Y SUBIRANA, J., Tomos I-IV, Barcelona, 1843-44.

LEIBLE, S. y LEHMANN, M., *European Contract Law and German Law*, Wolters Kluwer, Law & Business, 2014.

LÓPEZ-TARRUELLA, A., *Manual de Derecho Internacional Privado*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2016.

MACKELDEY, F., *Handbook of the Roman Law*, Philadelphia, 1883.

MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VIII, Madrid, 1907.

MANS, J. M., *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1947.

MARTÍNEZ ALMIRA, M.M., *Introduction to the History of Spanish Law*, Limencop, Alicante, 2014.

MAYNZ, C., *Curso de Derecho Romano precedido de una introducción que contiene la Historia de la legislación y de las instituciones políticas de Roma*, Tomo II, J. Molinas, Barcelona, 1892.

MEDINA DE LEMUS, M., *Derecho Civil, Obligaciones y contratos*, Volumen 1: Teoría General, Dilex S.L., Madrid, 2004.

MIQUEL, M., RIBOT, J., *La responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula general*, en el volumen colectivo, *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

PANERO, R., *Derecho Romano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

REINOSO BARBERO, F., *Los Principios Generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Dykinson, Madrid, 1987.

- RICCOBONO, S., *ET ALII, Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Florentiae*, 1968.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1998.
- SOTO NIETO, F., *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1965.
- STEIN, P., *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 1999.
- TORRENT, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer S. L., Madrid, 2005.
- TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho Europeo*, Edisofer S. L., Madrid, 2007.
- VAQUER, A., *Incumplimiento y remedios*, en el volumen colectivo, *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.
- VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1991.
- WILLIAMS, J., *The Institutes of Justinian illustrated by English Law*, London, 1883.
- YVES LASSARD, A. *The Roman Law Library*, available at <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/>, 2017.