

**EL FUNDAMENTO DE LA
TRANSMISIBILIDAD DE
LAS OBLIGACIONES**

ARTURO ALVAREZ JOVEN

SUMARIO:

- I . — Introducción**
- II . — Idea de vínculo: Análisis estructural.**
- III . — La obligación como bien en el patrimonio del acreedor.**
 - 1. — Análisis funcional.**
 - 2. — El fenómeno general transmisor de las obligaciones.**

En un sentido general, entendemos por transmisibilidad de una obligación, la aptitud que ésta tiene para saltar de un sujeto a otro sin menoscabo de su esencia misma.

Si la transmisibilidad es, por tanto, una aptitud de la obligación, quiere decirse que la transmisibilidad es una cualidad de la relación obligatoria, precisamente aquella que la transforma en algo más dinámico, en su ser cambiante y constituye un elemento indispensable para el *tráfico jurídico*.

Pero esta cualidad, ni la tuvo siempre la obligación, ni la tuvo tampoco en igual medida.

La aptitud de una obligación para ser susceptible de transmisión, obedece a determinadas peculiaridades de los elementos que la conforman. Por tanto, es algo que afecta indefectiblemente al concepto mismo de obligación.

La obligación no se define hoy de igual modo que en su origen. Su estructura, con ser la misma, tiene una conceptualización distinta al haber sido sometida a un largo proceso de carácter evolutivo. El concepto de obligación es, fundamentalmente, un concepto histórico.

La transmisibilidad, como aptitud de la obligación para pasar de un sujeto a otro, ha seguido un proceso histórico de realizaciones, paralelamente al mismo proceso histórico sufrido en el concepto de obligación.

Y es en la historia de una y otro, donde puede hallarse el fundamento de la transmisión de las obligaciones: el fenómeno general transmisor.

Ello es tarea ardiente en cualquier escritor de Derecho, que pretenda justificar con rigor científico toda cuestión que, de algún modo, conexas con la relación obligatoria. No en balde, se ha construido la llamada *Teoría General de la Obligación*.

En aras de ello, el profesor GARCIA AMIGO, al escribir sobre la cesión de los contratos, se ve obligado a precisar, como presupuesto previo, el concepto mismo de obligación, porque del conocimiento de la relación obligatoria, deriva el fundamento de la cesión del contrato. Y a tal respecto, dice: *limitando nuestro exámen ahora sólomente a la relación crédito-deuda o relación obligatoria, nos importa aclarar qué sea ésta, en qué se sustancia este vínculo. Ello ha sido y es discutido doctrinalmente, y desde luego ha variado al compás de la historia y de la evolución de las ideas morales, toda vez que el concepto de obligación implica una relación social de sometimiento de una persona, de su actividad a otra persona. Y por antonomasia el Derecho tiene la difícil misión de asegurar la realización de esa vinculación, de proteger al acreedor la posibilidad de exigir jurídicamente la prestación debida por el deudor. Y, cuando decimos jurídicamente, queremos significar que la existencia lleva todas las garantías que el Derecho presta a una relación social. Estas garantías han variado históricamente, espiritualizándose, haciendo cambiar el concepto mismo de obligación (1).*

Del mismo modo, otros muchos autores, al pretender analizar un problema concreto que se relaciona con la obligación misma, han tropezado con igual dificultad y han tenido, por ello, que partir ineludiblemente del análisis previo, más o menos extenso y profundo de la estructura, ya orgánica, ya funcional, ya ambas cosas a la vez, de la relación jurídica obligatoria, como presupuesto o premisa que hay que dejar por sentado. Y es cierto, que de la mayor o menor evolución que el presupuesto fáctico haya tenido, —relaciones sociales— sobre el que ha de tener aplicación el ordenamiento jurídico, regulando y sancionando esas situaciones sociales, es de donde han de deducirse las acepciones que alteran en más o menos el concepto propio de la obligación, desde su aspecto estático más acentuado a algo más fluido o cambiante, desde lo más subjetivo o personalista a lo objetivo y económico, desde un rigor clásico y tradicional a un aspecto más flexible, funcional y práctico.

Las diferentes acepciones del concepto de obligación y la historia de dicha obligación aparecen hermanadas, por lo que podemos decir que el concepto de obliga-

(1) LA CESION DE CONTRATOS EN EL DERECHO ESPAÑOL. Madrid, 1.964, págs. 37.

ción no es sólo un resultado de la especulación filosófica que nos daría la idea de obligación en sentido abstracto, como modelo al que habría que ajustarse, sino que junto a este producto del pensamiento hay que colocar, también, el resultado de un razonamiento empírico, la realidad concreta en cada uno de los momentos históricos por los que la figura se ha ido deslizando. Y lo que antes no era o no pudo ser, hoy es, en cambio, y porque ha sido posible, una realidad tremendamente generalizada.

Sabemos que la característica de los tiempos actuales es el rápido proceso de evolución de las relaciones o estructuras sociales, o dicho de otro modo, de los contenidos socio-económicos de las relaciones jurídicas; y, por supuesto, dentro o en el marco de éstas, las relaciones jurídicas obligatorias, y, más aún, todo aquello que es expresión de un contenido patrimonial.

Por ello, cuando algo se pretende definir y por fin se define, nos encontramos con que la definición dada se ha quedado anticuada. Aquello que se pretendía definir, ha escapado a su propia definición: La estructura social actual está sometida a un proceso de evolución uniformemente acelerado. De aquí uno de los supuestos de crisis de las estructuras sociales: donde lo dinámico se opone a lo estático, donde el Derecho positivo llega a regular situaciones que ya pertenecen al pasado. El mismo legislador, consciente de ello, ha introducido en el Código civil, y con ocasión de la reforma llevado a cabo en el Título preliminar, en materia de fijación unos criterios básicos para la interpretación de las normas jurídicas, la siguiente expresión: *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*, y, justifica esta novedad legislativa, diciendo en la exposición de motivos al texto articulado aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1.974: *La ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación de las normas introduce un factor con cuyo empleo, ciertamente muy delicado, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquéllos* (2). Lo cual es también consecuencia de los que el mismo legislador enuncia con carácter general al principio de su referida exposición: *terminado el proceso estrictamente codificador, sus tareas han resultado en todo momento convenientes y justificadas porque los Códigos no pueden inmovilizar el fenómeno de la transformación del derecho, y para mantenerlos a punto es preciso contar con el dispositivo adecuado*.

Otros autores, como el profesor J. BELTRAN DE HEREDIA, al iniciar su monografía sobre la problemática que entraña la fase final de la relación obligatoria —el cumplimiento—, tuvo también que adherirse al sistema de pasar de lo general a lo particular, y dijo expresamente en una de sus páginas: *El problema del contenido de la obligación está íntimamente ligado con el concepto que se tenga de ésta* (3). Por lo que a continuación relaciona las diferentes fases históricas en que el concepto de obligación se había desenvuelto.

(2) Véase en este sentido, ESPIN CANOVAS, Diego: *MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL*, Vol. I, Edic. 1.979, pág. 163.

(3) *EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES*. Madrid, 1956, pág. 20.

De igual modo, y más recientemente, ALONSO PEREZ, al tratar una cuestión tan concreta, como es el estudio de la complejidad que ofrece el riesgo, referido, además, a una relación contractual determinada, el contrato de compraventa, se ve forzado, nada menos, que a dedicar un buen número de páginas al *concepto de crédito, deuda o relación obligatoria*, como él mismo enuncia (4).

Finalmente, y de un modo más especial, CLEMENTE DE DIEGO, que aborda de modo directo la problemática de la transmisión de las obligaciones, tanto desde el lado activo, como del pasivo, hace previamente una disección de la relación jurídica obligatoria, tanto en su aspecto orgánico como en el funcional, con un alarde extraordinario de conocimientos romanistas que, evidentemente, posee el autor. Empieza por anunciarnos en la Introducción de su monografía que *Todos los derechos subjetivos y por ende las relaciones jurídicas en que se desenvuelven, tienen una parte estática y otra dinámica, y en tales respectos pueden y deben ser examinados: si tienen estructura, y sirven para algo ejerciendo funciones de vida, claro es que la atención ha de fijarse en ambos aspectos, anatómico y fisiológico, para seguir el lenguaje de Yhering* (5).

II. — IDEA DE VINCULO: ANALISIS ESTRUCTURAL

De los elementos que componen la estructura orgánica de la obligación, es el *vinculum iuris*, como hilo de comunicación entre un acreedor y un deudor, el que hará o no posible la tesis de la transmisibilidad de la obligación, lo cual dependerá de la concepción más o menos estricta o más o menos amplia, que sobre el mismo se tenga. Es la configuración jurídica del vínculo, a modo de estribillo, tema principal en la evolución del concepto de obligación. Como dice CASTAN: *El elemento central y más propiamente jurídico de la obligación está constituido por el vínculo o relación a virtud del cual, como ya sabemos, el deudor queda ligado con el acreedor y obligado a satisfacerle una determinada prestación* (6).

Desde la formación del vínculo (periodo embrionario) hasta una concepción tradicional o clásica y desde ésta hasta un proceso más moderno de despersonalización del mismo, para desembocar, finalmente, en una acepción más objetiva, en un contenido socio-económico de su elemento prestación —el patrimonio del deudor—, constituyen las diferentes etapas por las que ha de pasar la obligación para llegar a hacerse posible la transmisibilidad de la misma sin trauma alguno. De tal manera que, a la transmisión *mortis causa* sucederá la transmisión *inter vivos*, a la universal la particular, y dentro de esta última, a la activa o del acreedor sucederá la pasiva o del deudor. Esta última, que en la terminología alemana se bautizará con el nombre de asunción de deuda —*Schuldübernahme*—, será el último escalón en la dinámica de la obligación y, sobre todo, como expresión contractual de sucesión de deudores en una misma relación obligatoria, sin producirse la extinción de la obligación, sin tortura para el *vinculo*.

(4) *EL RIESGO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA*. Madrid, 1972, págs. 28 y ss.

(5) *TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES SEGUN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACION ESPAÑOLA Y EXTRANJERA: LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES*. Madrid, 1.912, pág. 5.

(6) *DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMUN Y FORAL, t. III, DERECHO DE OBLIGACIONES, 9º edic.* Madrid, 1.958, pág. 41.

Cuando el vínculo aparece configurado jurídicamente en la notoria y extendida definición de JUSTINIANO, podemos decir que ya esta definición ha sido el resultado de una larga y profunda evolución (7). Así lo ha hecho notar un autor cuando, al introducirse en el tema de la transmisibilidad de las obligaciones, tuvo que exponer una serie de consideraciones en torno a esta evolución que, por supuesto, lo hizo de un modo magistral, y cuyas frases transcribimos a continuación: *No se crea, sin embargo, que la noción de obligación como vínculo represente el punto de partida de la evolución de este concepto. Nada menos cierto eso; lejos de ser punto de arranque es, a su vez, término de un largo desarrollo anterior. Aunque no nos sea lícito tratar por extenso esta materia, nos creemos con el deber de dibujar sus rasgos capitales. La idea de vínculo es concepto abstracto, inaccesible a las primeras edades de la humanidad. En el primitivo Derecho romano no existía el concepto abstracto de obligación; era incompatible con el materialismo del antiguo Derecho, con la pobreza de sus relaciones, de sus nombres, de sus nociones; el caudal jurídico antiguo era escaso, y no se elevaba mucho más allá de las expresiones concretas y sencillas en que se formulaba y exteriorizaba. Precisamente la obligación sigue diciendo, por el lugar importante que ocupa en el comercio jurídico, exige un estado de civilización relativamente muy adelantado, pertenece a una época en que las relaciones de asuntos se multiplican, y en que el dinero, la moneda, viene a ser el elemento normal de las transacciones* (8).

Es difícil precisar el momento histórico en que aparece en la vida real la obligación. Decía un autor de Derecho político, *La historia termina cuando faltan huellas* (9) sobre cuyo pensamiento nosotros formulamos la siguiente consideración: cuando encontramos la primera huella, podemos asegurar que ha transcurrido ya un largo proceso histórico que desconocemos. Pero lo que sí interesa concluir es que, si desde un primitivo Derecho romano hasta hoy, la obligación ha experimentado profundas transformaciones conceptuales, es evidente que la obligación es, además, un concepto histórico.

Ni es, ni puede ser objeto de nuestro estudio, investigar en las fuentes más primitivas del Derecho romano, en un Derecho embrionario, la idea de obligación, para deducir después, una tesis acabada en torno a la misma. Pero sí consideramos conveniente plasmar una idea esencial, aunque resumida, de la misma, a fin de resaltar los contrastes de las diferentes concepciones, de las distintas regulaciones jurídicas en torno a dicha figura, para poder comprender debidamente el grave problema de su dinamismo o inmovilismo jurídico, ante el tema concreto de la transmisibilidad o intransmisibilidad de todo o parte de su elemento subjetivo y sobre todo, del elemento deuda.

Originariamente, la obligación no tenía parecido alguno con el sentido moderno y actual de relación jurídica, pues *mientras la más antigua relación de crédito y deu-*

(7) *Obligatio est iuris vinculum quo neccessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura. INSTITUCIONES, 3, 13.*

(8) DIEGO, Clemente de, *TRANSMISION DE LAS OBLIGACIONES... cit.*, págs. 64 y ss.

(9) POSADA, Adolfo: *TRATADO DE DERECHO POLITICO, t. I, 5º ed.*, Madrid, 1.935, páf. 140.

da nace del mutuo o préstamo de consumo, es decir, la entrega de dinero o cosas fungibles con la obligación de devolver, dentro de cierto tiempo, otro tanto del mismo género o calidad —tantudem— (10), por el contrario, la *obligatio* surge como especie de garantía real, pero sobre una persona —el *obligatus*— a virtud de un vínculo muy específico, llamado *nexum*, figura ésta por la que el *obligatus* queda encadenado, *vinculado*, obligado en sentido material.

Es copiosísima la doctrina romanística en torno a la figura del *nexum* (11). J. IGLESIAS, siguiendo a ARANGIO—RUIZ (12), agrupa en dos las teorías formuladas: a) el *nexum* es un contrato de mutuo, celebrado mediante los ritos del *per aes et libram agere* y cuya eficacia ejecutiva reside en la propia publicidad que informa el acto, o bien la fórmula solemne de la *damnatio* —o de la *nuncupatio*— que el acreedor pronuncia frente al deudor en el momento de la transferencia; b) el *nexum* es una dación de responsabilidad, una mancipación fiduciaria o automancipación condicionada (13). En el primer sentido se expresó HUNSCHKE, pues calificó el *nexum* como acto público, dotado de la fuerza ejecutiva propia de la *manus iniectio*. En el segundo sentido, MITTEIS como una automancipación con funciones de garantía (14).

Obligado y deudor, propiamente dicho, no coincidían en principio, en el primitivo Derecho romano. Eran dos relaciones distintas, con dos sujetos pasivos también distintos, incluso con orígenes diferentes. Mientras la una —*debere o debitum*— nacía de una simple promesa o de un pacto, y no era, además, exigible, sino que su realización o cumplimiento quedaba a merced de la voluntad del propio deudor, el *obligatus*, en cambio, surgía a virtud del *nexum*, y sobre él, sobre su propia persona (*corpus*) se realizaba, se ejecutaba la relación anterior, para el supuesto de incumplimiento de la misma por el verdadero y propio deudor. Es decir, el *obligatus* surgía al *vinculum*, como garante personalísimo del deudor y el acreedor estaba facultado para poder ejercitar sobre el *obligatus*, sobre el *nexi*, la más terrible de las acciones, la llamada *manus iniectio*. A consecuencia del ejercicio de esta acción, el acreedor tenía pleno poder, de naturaleza material y física, sobre la persona del *obligatus*: podía encadenarlo, venderlo como esclavo *Transtiberim* y, en último extremo, matarlo.

Estas dos figuras, *debere* y *obligatio*, separadas en principio, hasta el extremo de que podía darse la una sin la otra, con elementos causales distintos y de consecuencias o efectos jurídico-materiales diferentes, acabaron por fusionarse desde el instante

(10) IGLESIAS, J.: DERECHO ROMANO. INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO. 6ª ed. Barcelona, 1.972.

(11) Además de en las obras generales, puede verse en las siguientes: HUSCHKE: UBER DAS RECHT DES NEXUM. Leipzig, 1.864. MITTEIS: UBER DAS NEXUM, en Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanist. Abt. (Weimar), 22 (1.901), págs. 96 y ss. Id. 25 (1.904), págs. 282 y ss. Id. ROMISCHES PRIVATTRECHT. 1, Leipzig, 1.908, págs. 136 y ss. PELUGUER: NEXUM UND MANCIPIUM, 1.908. LUZZA—TTO: PER UN'IPOTESI SULLE ORIGINI E LA NATURA DELL'OBBLIGAZIONI ROMANE. Milan, 1.934. BERETTA: L—ESECUSIONE CONTRO IL DEBITORE ET LE NEXUM DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN. Copenhague, 1.947. SACHONBAUER: MANCIPIUM UND NEXUM, en IVRA, Nápoles, 1.950, págs. 300 y ss.

(12) ARANGIO—RUIZ: INSTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO. 14ª ed., Nápoles, 1.960, págs. 286 y ss.

(13) IGLESIAS: DERECHO ROMANO, cit. págs. 371 y ss., y nota 7.

(14) Vid. IGLESIAS: o. c. págs. 371. Nota 8.

mismo en que el propio deudor añade a su promesa el *nexum*. Deudor y *nexi*, deudor y *obligatus*, acaban por fundirse en una sola persona. Y así, en principio, se puede decir que *toda obligación es un vínculo físico por el que una persona —deudor— queda sujeta a otra —acreedor—*. La única garantía que ampara la efectividad de la *obligatio*, es la propia persona del deudor —*intuitu personae*, pues el *nexum* representa una auténtica automanciación.

Parece ser que, junto a la institución del *nexum*, y en convivencia con ella, existía otra figura de funciones similares, sólo que más idealizada; nos estamos refiriendo a la *sponsio*. La *sponsio* consistía en una promesa solemne que hacía el fiador al acreedor y no el deudor mismo (15). Por consiguiente, al igual que sucedía con el *nexum*, el *sponsor* es el *obligatus* y no el deudor. Y lo mismo que sucedió con aquella institución, llegó un momento en que el propio deudor contrae la responsabilidad de su propio incumplimiento, asumiendo el *sponsor*. Mas, si a primera vista parecen instituciones idénticas, existen, sin embargo, sensibles diferencias:

A) En primer lugar, la *sponsio* parece que fue una institución creada como privilegio para las clases sociales más acomodadas, mientras que el *nexum* quedaba reducido a las clases inferiores, a las relaciones obligacionales entre patricios, como acreedores, y plebeyos, como deudores.

B) Y, por lo mismo que se acaba de indicar, el *nexum* era una vinculación o encadenamiento personal de acreedor sobre deudor a semejanza de un derecho real, sumisión al poder del acreedor (*manus*), mientras la *sponsio* consistía en una responsabilidad subsidiaria para el supuesto caso de incumplimiento de la relación acreedor-deudor que, al decir de J. IGLESIAS, tiene el alto valor que una vieja civilización atribuye a la palabra dada (16). Lo primero es una atadura corporal, lo segundo es el compromiso de una declaración, el respeto a la palabra dada.

Pero lo verdaderamente importante es que, tanto por la fórmula del *nexum* como por la de la *sponsio*, se llega a la fusión del *debitum* o *debere* con la *obligatio* originaria, dando como resultado una relación jurídica entre dos únicos sujetos: acreedor y deudor, y un solo vínculo de unión, aunque de naturaleza material, corporal, física, que aún está muy lejos de ser un verdadero y propio vínculo jurídico.

Por otra parte, y andando el tiempo, la unión física entre acreedor y deudor, se va espiritualizando, se va idealizando a través de conflictos de carácter social que hacen necesaria la evolución del Derecho por medio de disposiciones legales determinadas, *Lex Julia*, *lex Vallia* y, sobre todo, *Lex Poetelia*. Ahora bien, la causa eficiente de los conflictos surgido en el plano real, histórico, fue principalmente el *nexum* y no así la *sponsio*,

(15) Sobre el origen de la SPONSIO, como institución paralela al NEXUM, véanse las obras de los romanistas siguientes: MITTEIS: ROMISCHE PRIVATRECHT, cit., 1, págs. 266 y ss. ARANGIO—RUIZ: ISTITUZIONI ...cit., págs. 286 y 325. DE FRANCISCI: STORIA DEL DIRITTO ROMANO. 1, Milán, 1.940, págs. 391 y ss. DE MARTINO: STUDI SULLE GARANZIE PERSONALI. II. IN TORNO ALLA STORIA DELLA SPONSIO. Nápoles, 1.938, págs. 21 y ss. BIONDI: CONTRATTO E STIPULATIO. Milán, 1.953, págs. 280 y ss. BETTI: LA STRUTTURA DELL'OBBLIGAZIONE ROMANA E IL PROBLEMA DELLA SUA GENESI. Milano, 1.955, págs. 141 y ss. ARANGIO—RUIZ: SPONSIO E STIPULATIO MELLA TERMINOLOGIA ROMANA. En BIDR, 1.962, págs. 193 y ss.

(16) IGLESIAS, J.: Derecho romano, cit. págs. 373 y ss.

pues aquél, por constituir una soberanía absoluta de acreedor sobre deudor, un poder *erga omnes*, dominio de una clase social sobre otra, así como la proliferación de estas situaciones que se multiplicaron hasta producir una agitación social, engendrando uno de los capítulos de las historias de Roma, referido a las luchas entre patricios y plebeyos, una auténtica revolución social. Como dice ARANGIO—RUIZ, *Otro problema de gran relieve político fué el relativo a la cruel ejecución personal a la que se exponían los deudores, a consecuencia de la manus iniectio y de la consideración de servidumbre temporal en que se encontraba quien se hubiese sometido al nexum* (17).

Pero la evolución del concepto de obligación hacia una acepción más jurídica, hacía la transformación del vínculo material en vínculo jurídico, no fue causada, como parece, por un hecho insólito, sino como resultado de la concurrencia de diversas causas tendentes a un mismo fin, entre las cuales podemos destacar las siguientes: las ya referidas luchas de clases, la proliferación de las situaciones del *nexi* y, sobre todo, la multiplicación del tráfico jurídico con la aparición del dinero, de la moneda, como instrumento de cambio que agiliza las transacciones. Todo este complejo de causas, al incidir sobre el Derecho existente, impulsan su evolución y acaban por configurar el vínculo, cambiando su aspecto físico por un verdadero y propio vínculo jurídico. *La tradición anticipa* —decía ARANGIO—RUIZ comentando las consecuencias de la Lex Poetelia— *a propósito de esta ley, lo que sólo fue el resultado de una larga evolución posterior, cuando afirma que disponía: pecunia creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse.* (18).

Aunque de forma un tanto embrionaria, puede encontrarse un leve camino hacia la configuración jurídica del vínculo, en los llamados actos fiduciarios confirmados por *stipulatio*. En el acto fiduciario, la realización de la obligación está fundamentalmente basada en la lealtad del deudor, o lo que es lo mismo, se exigía del deudor un acto de voluntad, una actividad concreta, un determinado comportamiento. Viene a significar la sustitución de la servidumbre del cuerpo por la servidumbre de la voluntad. Sigue existiendo, por tanto, una sujeción, aunque de sentido espiritual y no físico (19). Ahora bien, todo esto no llega a alcanzar el valor jurídico, en tanto no sea sancionado, más que por una mera estipulación, por una verdadera ley, sanción que alcanzó el día en que la Lex Julia reconoció y dió vida dentro del ordenamiento jurídico a la *stipulatio*, que era, a su vez, la forma más genérica y extensiva de contratar y, por tanto, de obligarse. En virtud de la Lex Julia se sustituye el derecho o facultad de encadenar al deudor y se da paso al obrar del mismo, por decisión de su voluntad. Al mismo tiempo, amplía el campo de acción del Derecho de obligaciones a aquellos actos sociales que tenían por objeto una dación, un hacer o un *non facere*.

Pese a todo esto, podemos decir que es unánime el criterio de los romanistas, en considerar que el verdadero paso hacia la configuración jurídica del vínculo, es dado

(17) ARANGIO—RUIZ: *HISTORIA DEL DERECHO ROMANO*. 3ª ed., Madrid, 1.974. Trad. de la 2ª ed. italiana por el Dr. PELSMAEKER, pág. 165.

(18) ARANGIO—RUIZ: *HISTORIA...*, cit., pág. 165.

(19) Es el momento de la espiritualización del vínculo. Esta nueva concepción será recogida en el Derecho moderno y sometida a revisión parcial por la Escuela Histórica, especialmente por obra de SAVEGNY.

por la Lex Poetelia Papiria (año 326 a. de C.). Autores, como KUNTZE, encuentran en ella el concepto moderno de obligación (20). En virtud de esta ley, se lleva a cabo la abolición del *nexum*: surge la responsabilidad y ésta salta de la persona física (*corpus*) del deudor, a sus propios bienes, lo que está recogido en la frase *pecunia creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*. O sea, los bienes y no el cuerpo del deudor constituyen la garantía de la obligación. Y en el supuesto de insolvencia económica de éste, o si bien no señalare bienes que garantizaran el cumplimiento de la obligación, la familia del deudor saldrá garante prestando sus servicios al acreedor hasta que la deuda fuere satisfecha (*adictio*). Como indica DE DIEGO, *Grande es la diferencia y el contraste que ofrece uno y otro concepto, de un estado de encadenamiento material pasó a ser un vínculo moral: el poder del acreedor, de un poder físico sobre el cuerpo del deudor, se convirtió en un imperio sobre la voluntad, la garantía de la obligación no estaba ya solo en la persona, sino principalmente en el patrimonio del deudor. Y, por consiguiente, las vías de ejecución del crédito, que en principio conducían a la persona del deudor, buscaron luego el patrimonio del mismo y solo excepcionalmente a la persona* (21). No obstante, y como decíamos anteriormente, si bien la Lex Poetelia señala un cambio, no por ello puede afirmarse que la nueva concepción fuera producto exclusivo de ella, sino de otras varias causas que se producen a lo largo de un proceso de evolución histórico.

Ahora bien, si queremos señalar una fecha o un momento histórico determinado o un acontecimiento concreto, es indudable que fue el año 326 a. de C. el que marcó el tránsito de la obligación en el campo del Derecho positivo, desde un concepto puramente formalista a un concepto o contenido más patrimonial. Esta concepción es la que, a través de varios siglos de evolución, aparece contenida en la definición de JUSTINIANO, como ya señalábamos al principio: *vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* (22).

De acuerdo con la observación que, a este propósito, hace el profesor J. BELTRAN DE HEREDIA, se puede decir que *aunque se mantiene la idea de sujeción de la persona, se distinguen de un lado, el objeto, y de otro, la sanción de la obligación. Y tiene, por tanto, el doble carácter de vínculo sobre la persona y sobre el patrimonio*, todo ello referido a la repercusión que la referida Lex Poetelia representó para el Derecho. Y respecto a la definición contenida en las Instituciones de JUSTINIANO, el citado profesor comenta: *sin embargo no es sobre la persona como entidad física, sino sobre su voluntad, para que cumpla lo que debe. Es decir, comienza a ser, propiamente, y en sentido jurídico un verdadero deber de prestación* (23).

No obstante estas consideraciones que se acaban de exponer, lo importante, y en orden al contenido de nuestro estudio, es comprobar si en estos conceptos primarios de la obligación de contenido vinculatorio y personalista, es o no posible la función de la transmisión subjetiva de la obligación.

(20) *DIE OBBLIGATIO IN ROMISCHEN UND HEUTIGEN RECHT*, págs. 27 y ss.

(21) *TRANSMISION... cit.*, págs. 74 y s.

(22) *Vid. supra nota 7.*

(23) *EL CUMPLIMIENTO... cit.*, págs. 21 y s.

Si hasta la Lex Poetelia Papiria de nexi, el elemento vinculatorio de la obligación suponía una sujeción material y física sobre la persona misma del deudor; si sólo éste, era el único que podía dar cumplimiento a la exigencia del acreedor, automanipándose al constituirse en deudor, y, el acreedor, para el supuesto de incumplimiento, tenía sobre él la más terrible de las acciones, semejante a la derivada de un derecho real: la *manus iniectio*, es evidente que la persona del deudor jamás podía ser sustituida por otra alguna, tanto a virtud de actos *inter vivos*, como de actos *mortis causa*. Si de hecho llegaba en algún momento o supuesto a operarse una sustitución, lo que realmente había ocurrido era la desaparición de la relación jurídica, creándose otra nueva que viene a reemplazarla. Es decir, no una sustitución de sujetos, sino una sustitución de relaciones jurídicas. Operación que se conoce con el nombre de *novación*.

Pese a la alteración más o menos esencial que para el concepto de obligación supuso la Lex Poetelia y que posteriormente se define en Justiniano, el vínculo jurídico sigue siendo una sujeción de la persona como elemento vital de la relación obligatoria, por lo que no es posible jurídicamente, y mientras así sea, llevar a efecto ningún tipo de transmisión —ya activa o del acreedor, ya pasiva o del deudor— sin que la relación obligatoria se destruya, es decir, sin dar lugar a su extinción.

Es unánime la opinión de los autores de Derecho a este respecto, entre los cuales, DIEZ—PICAZO, dice: *En virtud de este carácter personal que la obligación tiene, ocurre que la misma sólo puede subsistir siempre que no haya variación de sus términos personales. De ese perfil de la obligación como vínculo personal se deriva su originaria intransmisibilidad, tanto desde el lado activo como desde el lado pasivo y lo mismo intervivos como por causa de muerte. La colocación de otra persona en el vínculo obligatorio hace que la obligación sea ya algo distinto. Por consiguiente, ello sólo puede ser conseguido a través de una extinción de la primitiva obligación y de la creación de otra nueva (novación). El carácter personal de la obligatio romana impide la transferencia tanto de créditos como de deudas (24).*

En conclusión, podemos decir que, en el Derecho romano la transmisión subjetiva de la obligación y, especialmente, la pasiva, o no existió, o de haber existido, no ha sido descubierta. Pues de los datos obtenidos en torno a la configuración de la obligación, en que el *vinculum iuris* es una unión sagrada entre dos sujetos, parece imposible pudiera concebirse la transmisión de la deuda sin menoscabo de la obligación misma. El grado de perfección sólo lo alcanzaron con la figura de la novación. Pero, *novar no es transmitir, sino extinguir y crear sucesivamente.*

La acepción subjetivista, personalista, del Derecho romano, es recibida en el Derecho moderno a principios del siglo XIX, influyendo en la Codificación. Primero en la francesa, por obra principalmente de POTHIER (25), así como en los demás códigos que en ella se inspiraron. En Alemania es recibida fundamentalmente, a través de la Escuela Histórica, en la que fué FEDERICO—CARLOS SAVIGNY, su máximo exponente, el cual, partiendo del concepto del Derecho subjetivo, resalta en el concepto de obligación el elemento vinculatorio, dando lugar a la llamada teoría clásica, designada

(24) FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL. T. I. Madrid, 1.972, pág. 325.

(25) TRAITE DES OBLIGATIONS. 1. 761.

también con los calificativos de romanista, personalista y subjetiva. Por ello, dicho autor, comienza por definir la obligación *como señorío del acreedor sobre un acto singular del deudor* (26), y de modo más completo y expresivo repite en otra de sus obras, *las relaciones de derecho en virtud de las cuales ejercemos dominio sobre un acto determinado (singular) de otra persona, se llama obligación* (27), o sea, a diferencia de la concepción romana pura en que la total libertad del deudor estaba sometida al dominio del acreedor, en SAVIGNY se especifica que el acreedor únicamente constriñe, somete, parte de la libertad de su deudor: sólo aquella parte de su libertad que esté implicada en el acto concreto comprometido por la obligación. Pese a esta diferencia que, como dice ALONSO PEREZ, es meramente cuantitativa, lo esencial de la teoría es la identificación de la obligación con la idea de vínculo, cuya identificación proclama como un principio dogmático (28).

Como ya decíamos, esta teoría subjetiva, tuvo una enorme difusión e influyó grandemente en la codificación, pasando a formar parte del contenido de los Códigos civiles de tipo latino, como un principio rector. Entre ellos, el Código civil español, no podía ser una excepción, por lo que sigue, decididamente, este sistema subjetivo de entender la obligación. El vínculo jurídico es una relación estrictamente personalizada entre un acreedor y un deudor. No otra cosa puede deducirse, de la simple lectura de determinados artículos -1.094, 1.101, 1.102, 1.103, 1.104, 1.105 y 1.107- de nuestro Código civil, pues todos ellos están referidos a la conducta o actividad del deudor frente a su acreedor, y nada más que a su deudor y no a otro, actos que constituyen, por supuesto, su deber de prestación; pues, incluso hasta la calificación del caso fortuito, aparece dimanante de dos elementos subjetivos de la persona del obligado: el conocimiento y la voluntad, pues no otra cosa pueden significar los términos *imprevisto e inevitables* que utiliza el Código.

En este sistema personalista que entraña la concepción savignyana, el cumplimiento de la obligación, la ejecución de la prestación y la satisfacción del acreedor, como dice J. BELTRAN DE HEREDIA, *no podrá ser más que el realizado por el deudor, quedando excluidos del verdadero cumplimiento tanto el supuesto de realización de la prestación por un tercero como el llevado a cabo mediante el procedimiento de la ejecución forzosa, puesto que ninguno de los dos supone verdadera actuación por parte del deudor. En ambos casos se lograría simplemente la realización del derecho del acreedor, cosa que, según esta concepción, no es suficiente, en cuanto que se requiere que sea el propio deudor quien actúe el contenido de la obligación* (29).

De igual modo que en la concepción romana, la obligación, en la teoría clásica o subjetiva que patrocinará SAVIGNY, tampoco podía ser susceptible de transmisión. En definitiva, la voluntad de la persona seguía vinculada en más o menos extensión. Pero la voluntad es un atributo de la persona. La voluntad es un patrimonio

(26) *TRAITE DES OBLIGATIONS. I*, págs. 418 y ss. También en la versión italiana de PACCHIONI: *LE OBLIGAZIONI*. Torino, 1.912, págs. 4 y ss.

(27) *SISTEMA DE DERECHO ROMANO ACTUAL*. Trad. de J. Mesía y M. Poley. Madrid, 1.878, pág. 227.

(28) *EL RIESGO...*, cit., págs. 30 y ss.

interno, del alma y como tal no es posible separarlo de su titular. Supondría la muerte de la persona. Por ello, podemos afirmar que si la virtud de una relación obligatoria lo que se determina es la voluntad de la propia persona, la obligación será intransmisible por esencia.

III. LA OBLIGACION COMO BIEN EN EL PATRIMONIO DEL ACREEDOR

1. — Análisis funcional:

La doctrina clásica o tradicional, inaugurada con SAVIGNY, originó una serie de reacciones o críticas contra la misma, que obligaron, incluso a sus propios seguidores, a rectificar en parte su primera formulación. Así, el propio PUCHTA, discípulo de aquél, concebía el derecho del acreedor, más que como un señorío sobre la voluntad del deudor como un poder de dominación, pero sobre los propios actos (30).

Se consideraba que la voluntad del hombre, como atributo de su espíritu, es esencial y, por tanto, no podía ser objeto del dominio de otra persona. Todo señorío sobre la voluntad de otro sería una acción lesiva a la naturaleza humana. La voluntad libre del hombre es, por consiguiente, incoercible. Como dice BETTI: *Un señorío sobre un acto no es posible todavía antes de que tal acto se realice; ya no es posible después de que se ha realizado, y tampoco es posible mientras se realiza. El acto es algo tan esencialmente voluntario y personal que no puede venir a ser objeto, en sí mismo, de un señorío ajeno. No podría entenderse aquí por señorío más que el poder obtener por la fuerza (arzwingen) el acto mismo; ahora bien, falta la posibilidad de obligar de modo irresistible a realizar, sin más, determinados actos a un individuo que no quiere absolutamente realizarlos (actos físicamente impuestos no existen) (31).*

La discusión doctrinal sobre este punto de la estructura jurídica de las relaciones obligatorias — como observó DE DIEGO— tomó tales vuelos, moviéndose excesivamente en el campo de las abstracciones..., que, todo en ella, fue sometido a crítica y controversia: el objeto, el contenido, el fin, el concepto y definición de esta relación jurídica. Se discutió si ésta tiene o no propiamente su objeto; si teniendo un objeto propio, éste era el deudor mismo en su persona, o su voluntad o su actividad, o la prestación, o el resultado de la prestación; se discutió si intercede entre personas o entre personalidades patrimoniales, o entre patrimonios; si mira más bien a lo porvenir que al presente, creando un estado de tensión propio del vínculo que encierra; si en ella lo principal es la idea de fin o la de medio (32).

Sin embargo, y como observa GIORGIANNI: *el problema de la estructura de la obligación fue, por decirlo así, inaugurada cuando la doctrina tradicional fue sometida, algún año después de su primera y más clara formulación, a críticas demolidoras, dirigidas a poner en claro sus puntos débiles. Así se ha asistido a un doble fenómeno. Por un*

(30) INSTITUTIONEN, III, págs. 2, 3, 8 (Sachwert); I, pág. 89 (die sachliche der Handlung).

(31) TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. I, Trad. española de DE LOS MOZOS, Madrid, 1.969, pág. 358, nota 7.

(32) LA TRANSMISIÓN..., cit., págs.

lado, una importante corriente doctrinal, con diversas formulaciones, ha intentado trasladar el punto de apoyo de la relación obligatoria de aspecto personal (deber del deudor) al aspecto patrimonial (resultado económico) de éste, llegando hasta trasladar el objeto del señorío del acreedor de la persona del deudor (en que lo situaba la formulación de la doctrina tradicional antes recordada) al patrimonio del mismo (33).

Como reacción, por consiguiente, a los postulados de la doctrina clásica o romanista, surge la teoría *objetiva* de la obligación, llamada también *patrimonialista*.

En la obligación moderna —dada la adecuación entre débito y responsabilidad— ha venido a tener, naturalmente, neto relieve un elemento que en la obligación romana había quedado, por necesidad, ofuscado, por la decidida preponderancia de la responsabilidad sobre el débito. Aludimos al *destino económico-social de la obligación*. Una señal elocuente del contraste en que ha venido a encontrarse, también a este respecto, la concepción moderna con la romana nos la proporciona la terminología. Los romanos hablaban de *solutio* o de *liberatio*; lo que quiere decir disolución de un vínculo, liberación de una responsabilidad; expresiones estas negativas, que significaban puramente el *fin* de una situación preexistente, y se refieren al aspecto de la responsabilidad; fin que, en el origen, no constituía todavía una obligación, sino un *onus*. Por el contrario, los modernos hablamos de *cumplimiento* o de *pago*, expresiones positivas, que designan haberse realizado un destino, la satisfacción de una exigencia, en suma, el logro del objetivo pre fijado a la obligación; expresiones ambas que se refieren al aspecto del deber-tener. Desde este punto de vista merecen particular atención, con respecto a la obligación moderna, aquellas definiciones en las que se ha intentado, en general, poner de relieve el elemento de la finalidad objetiva, prescindiendo intencionadamente de considerar como contenido del derecho de obligación el acto mismo del deudor (34)

Las características más destacadas o esenciales de la doctrina objetiva, son: el deudor tiene, más que un deber una prestación, una responsabilidad patrimonial. La prestación es considerada en sí misma, como un bien patrimonial. La obligación no atenderá a la persona del deudor —su voluntad—, ni tampoco a los actos determinados del mismo —determinado comportamiento—, (según expresión de SAVIGNY y PUCHTA, respectivamente). Como observa BETTI *en la obligación moderna la responsabilidad* —que este autor llama relación de tensión (35)— está orientada por completo hacia el crédito, hacia la expectativa de prestación del acreedor. Su objeto no es tanto *la actitud de cooperación del deudor* cuanto *la prestación en sí misma, en su consistencia objetiva* aunque de posible cumplimiento por otro, considerada como idónea para conferir una típica utilidad de la vida de relación. No tanto el deber de prestación del deudor cuanto la expectativa del acreedor es lo que constituye la finalidad fundamental, en la que se centra y sobre la que gira la relación de obligación en Derecho moderno (36).

La obligación, a partir de las modernas concepciones consistirá, fundamental-

(33) LA OBLIGACION. Trad. del italiano de Evelio Verdera y Tuells. Barcelona, 1.956, pág. 145.

(34) BETTI, Emilio: *TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES*, cit. I, pág. 363.

(35) Se refiere al concepto de obligación en HARTMANN: *DIE OBLIGATION. UNTERSUCHUGEN UBER IHREN ZWECK UND BAU*, 1.875.

(36) *TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES*, cit. págs. 365 y s.

mente, en el propio patrimonio adherido a la persona. Por eso, el referido J. BELTRAN DE HEREDIA, al hablar del cumplimiento, decía: *Cumplir la obligación, en este caso... consistirá en... que el bien debido, se convierta en bien recibido* (37), o, como dice DE DIEGO: *Apreciada en conjunto la evolución del concepto de obligación, nos presenta dos polos o extremos. En el uno es mirada la obligación bajo el aspecto de un vínculo entre dos personas determinadas; en el otro es considerada del lado de su objeto, de su contenido, con precisión de los sujetos del vínculo. Allá lo esencial de la obligación es la relación ligadora de los dos determinados sujetos; acá todo el peso de la obligación está en el objeto, y en tal concepto no es otra cosa sino un elemento del patrimonio; beneficio para el acreedor y valor activo de su patrimonio. Aquella concepción es la característica del derecho antiguo, ésta del moderno* (38).

Pese a todo esto, se puede decir que no existe una formulación concorde entre todos los autores que constituyen la exuberante gama de la teoría objetiva. Si bien existe un denominador común, consistente, fundamentalmente, en la despersonalización del vínculo jurídico, hay, sin embargo, una diversificación de matices que diferencian, dentro de esta teoría, unas formulaciones de otras. Sería inacabable la lista de autores que se alinean dentro de esta teoría. Como decía el autor italiano antes citado, *sería demasiado largo exponer, aunque fuera sumariamente, las diversas soluciones que la doctrina ha dado al problema. Se puede decir, en efecto, sin temor a exagerar, que las soluciones han sido tantas como los escritores que se han ocupado de la cuestión* (39). Así, este mismo autor, señala las siguientes diferenciaciones, a título de muestra: Como valor realizable sobre el patrimonio del deudor (KOPPEN); como un bien debido (BETTI, CARNELUTTI, NICOLO); como una relación entre dos patrimonios (POLACCO); como derecho real de garantía (ROCCO); como debitum y obligatio, deuda y responsabilidad en que se descompone el lado pasivo (Schuld y Haftung, terminología alemana), teoría en que, iniciada por VON AMIRA sobre el derecho sueco y germánico, y por BRIZ en el Derecho romano, fué muy difundida después por varios autores (PACCIONI, CORNIL y MARCHI) (40).

Es a partir de BRINZ (41), cuando se desencadena esta enorme proliferación de doctrinas anticlásicas, dentro de lo que puede llamarse teoría objetiva, pues todas, en mayor o menor grado intentan la despersonalización del vínculo jurídico, trasladándolo de las personas a sus patrimonios, operándose una *subrogación de valores —persona física por personalidad económica—, pero subsistiendo la idea esencial de vinculación o ligamen* (42), que, a pesar de todo, no llega a perderse por completo. Contra la teoría clásica, como dice DE DIEGO, *no dejó de tener, sin embargo, contradictores. Entre ellos, el más formidable fué BRINZ, apoyándose, no ya sólo en consideraciones tomadas del*

(37) EL CUMPLIMIENTO..., cit., pág. 24

(38) LA TRANSMISION..., cit., pág. 64.

(39) GIORGIANNI: LA OBLIGACION, cit., pág. 145.

(40) LA OBLIGACION, cit., pág. 147.

(41) KRITISCHE BLATTER, III, págs. 3 y ss.

(42) ALONSO PEREZ, M.: EL RIESGO..., sit., pág. 32.

Derecho romano, sino en la naturaleza transitoria y libre de las acciones humanas (no dejaban de serlo por proceder del deudor), que las hacía de todo en todo inadecuadas para soportar aquel dominio del acreedor, en que se hacía consistir la obligación. SHOM (43), parte del derecho de crédito, y le da como contenido el deber del deudor; el Derecho de crédito, es el derecho a una extraña, libre, futura acción de valor patrimonial, es el derecho a una extraña, libre, futura acción de valor patrimonial, es el derecho de que una determinada persona (deudor) obre; la obligación no es una subordinación del deudor, pues que éste sigue siendo tan libre como antes de la obligación, y el acreedor no puede por sí tomar medios coactivos que fuercen a aquél a cumplir lo que debe (esto es, atribución del Estado a instancia del acreedor); la obligación crea en el Derecho romano una minoración, no de la libertad del deudor, sino únicamente de su patrimonio. Contrapone la obligación al Derecho real, cuya esencia consiste en el autodomínio, ejercer uno mismo actos de dominio sobre las cosas (Selbstherrschaft) (44).

Estas teorías han sido desenvueltas, no sólo por autores alemanes, sino franceses, italianos, españoles. Se puede decir que no hay autor de Derecho que, al rozar de algún modo el concepto de obligación, no haga una exposición más o menos sucinta de estas tendencias. Entre nosotros, y a título de ejemplo, GARCIA—AMIGO, nos aporta una clasificación atendiendo al grado de alejamiento del momento personal del crédito que, yendo de menos a más, hace una triple reagrupación de tendencias, dentro de la teoría objetiva:

a) Como facultad alternativa consistente en que el deudor puede elegir entre cumplir voluntariamente su deber de prestación o permitir que el acreedor se satisfaga judicialmente en sus bienes (45).

b) Como derecho real: ya sobre el conjunto de los bienes del deudor (ROCCO)(46) ya como derecho de prenda que tiene por objeto el patrimonio del deudor (JALLU)(47), ya como derecho real, pero sobre un bien indeterminado del patrimonio del deudor (ZIEBARTH) (48) y (GAZIN) (49), ya como un *ius ad rem* de naturaleza particular (GAUDEMET) (50), ya considerando que el interés del acreedor en vez de recaer sobre la persona del deudor o sobre su actividad, lo hace sobre el bien debido (PUGLIATTI) (51) y (NICOLO) (52), ya se considere como únicamente jurídica la acción del acreedor para ejecutar el bien debido o el resarcimiento del *id quod interest* (PACCHIONI) (53).

c) Finalmente, la posición más extrema, sostenida en este orden por POLACCO

(43) HISTORIA E INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO ROMANO. Trad. de la ESPAÑA MODERNA, págs. 418 y s., y 485 y s.

(44) DE DIEGO: LA TRANSMISION..., cit., págs. 89 y s.

(45) BRUNETTI: NORME E REGOLE FINALE NEL DIRITTO, 1.913.

(46) IL FALLIMENTO. TEORIA GENERALE ED STORICA. 1.917.

(47) ESSAI CRITIQUE SUR L'IDEE DE CONTINUATION DE LE FENOMENES.

(48) REALEXECUTION UND DIE OBLIGATION.

(49) ESSAI CRITIQUE SUR LA NOTION DE PATRIMOINE DANS LA DOCTRINE CLASIQUE, 1.910.

(50) ETUDE SUR LE TRANSPORT DES DETTES A TITRE PARTICULIER.

(51) ESECIZIONE FORZATA E DIRITTO SOSTANZIALE.

(52) L'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGO AL TRUI.

(53) TRATATTO DE DIRITTO CIVILE.

(54) que, prescinde totalmente del elemento subjetivo, definiendo la obligación como vínculo entre dos patrimonios como personalidades abstractas (55).

2. — El fenómeno general transmisor de las obligaciones.

Hasta aquí el análisis de la relación obligatoria, tanto en su estructura orgánica (idea de vínculo), como en su estructura funcional (elemento patrimonial), ajustándonos, a un tiempo, a su proceso histórico. Y todo ello, para llegar a establecer los presupuestos de conocimientos necesarios y previos, a fin de hallar la justificación jurídica del llamado *fenómeno transmisor de las obligaciones, como aquella aptitud que la misma posee para poder pasa de un sujeto a otro sin menoscabo de su esencia misma*.

Este fenómeno, se menciona con dos términos sinónimos: transmisión y sucesión. Son dos términos de análoga significación etimológica, pero que, a veces, trasladados al campo del Derecho, pueden presentar diferencias de matices que, en esta tarea, no es propósito examinar. La transmisión se fija en el derecho mismo, la sucesión contempla a los sujetos de la relación. La transmisión indica la acción del sujeto que hace pasar su derecho a otro que lo adquiere. La sucesión es la acción de sustituirse los sujetos en la titularidad del derecho. En la transmisión se indica el transporte del derecho, en la sucesión el derecho permanece en reposo y son los sujetos los que se mueven ocupando uno la vacante que el otro deja. En definitiva, lo que nos interesa es saber que se produce un cambio subjetivo en la titularidad de una relación obligatoria y que ésta permanece esencialmente la misma.

Por consiguiente, la transmisibilidad de las obligaciones, no es otra cosa, sino la aptitud de un derecho de ser derivado de un sujeto a otro o bien la tolerancia de un cambio de sujetos en la misma titularidad del derecho. DE DIEGO la define: *La transmisibilidad de las obligaciones, consiste en la aptitud de las mismas para ser derivadas en otros sujetos distintos, sin perjuicio de su esencia o ser de la relación misma, la cual permanece una y la misma, antes como después de la transmisión* (56). O sea, que la transmisión lleva implícita una sucesión: sustitución de personas e inalterabilidad de la relación.

Esta definición responde a una concepción moderna de transmisibilidad. Existen dos concepciones distintas: Una, clásica, que dice que lo que se transmite no es el derecho, sino la cosa misma sobre la que éste recae, y, por consiguiente, el que adquiere la cosa hace resurgir en ella un derecho igual al derecho que el transmitente tenía sobre la cosa transmitida. Otra, moderna, que lo que se transmite es el derecho mismo, y, en cambio, por ello se adquiere la cosa sobre que éste recae.

Ambas concepciones dominaron y dominan el derecho de obligaciones. La primera, o clásica, es propia de un Derecho menos progresivo, más primitivo, adecuado a concepciones más materializadas y menos abstractas. Puede presumirse un antecedente de la misma en el Derecho romano, en las figuras de la *in jure cessio*, la *mancipatio* y, sobre todo, la *traditio*, por la que uno pierde la cosa porque la entrega a otro, la

(54) DAZIONI IN PAGAMENTO. Padova, 1.888. Especialmente en pág. 184.

(55) GARCIA — AMIGO: LA CESION..., cit., págs. 40 y s y nota 13.

(56) LA TRANSMISION..., cit., págs. 123 y s.

transmite y, en su virtud, éste la adquiere. La segunda concepción es propia de legislaciones modernas, más espiritualizadas, más abstractas; tiene su nacimiento en el hecho de la objetivación del derecho de obligaciones, que hace que dicho derecho pueda derivarse de un sujeto a otro, como un bien sustantivo, como un objeto de tráfico jurídico.

En líneas generales podemos decir que el fenómeno transmisor de las obligaciones ha seguido, históricamente, una evolución paralela al concepto mismo de obligación que culmina con la sucesión en el elemento subjetivo pasivo, o lo que es lo mismo, en la sustitución de los deudores.

La sucesión universal precede a la singular, la de créditos a la de deudas. El proceso de evolución, hasta llegar a la sucesión en las deudas o transmisión pasiva de la obligación, está integrado por un orden determinado: a) Transmisión *mortis causa* de créditos y deudas. b) Transmisión *inter vivos* de créditos. c) Transmisión *inter vivos* de deudas.

En el Derecho romano de la época clásica, créditos y deudas pasan al heredero en su conjunto, *Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit* (57) *El heredero se subroga en el lugar del antecesor frente a todas sus relaciones jurídicas, a excepción de aquéllas que se extinguen con su muerte* (58); o como dice CASTAN: *la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra* (59).

Aquí aparece la nota de transmisibilidad de determinados bienes y derechos, cualidad que se ha de mantener hasta los tiempos actuales, como requisito esencial para que tanto los créditos como las deudas sean susceptibles de transmisión. Caso contrario, estaríamos en presencia de los derechos personalísimos y de aquellos otros que, bien por su propia naturaleza, bien por imperio de la ley o bien por voluntad de las partes son constituídos con el carácter de *intuitu personae*.

La mayoría de los romanistas atribuyen a las DOCE TABLAS la prioridad en la regulación de la *successio mortis causa in universum ius*, besándose en alguno de los textos de las Colecciones de JUSTINIANO (60).

Sin embargo, y a este propósito, CLEMENTE DE DIEGO, con gran acierto, hace las siguientes observaciones, por las que pone en tela de juicio el origen de la transmisión universal *mortis causa*, al decir que si *patrimonio significó entre los antiguos romanos los bienes corporales pertenecientes al jefe de familia, con excepción de los créditos*, quiere decirse que hubo una época en que no se concebía el patrimonio como conjunto de elementos activos y pasivos, por lo que, por tanto, créditos, y sobre todo deudas, no se transmitían *in universum ius*. Por lo que acaba por concluir basándose en un texto de Gayo (Com. II, 83) *que hubo una época en que los créditos se transmitían por muerte, pero no las deudas, algunas de ellas las resultantes de contratos y actos fiduciarios. Entre las transmisibilidad de créditos y la de las deudas mortis causa debió correr bastante tiempo, pues en el intervalo había perdido su utilidad pri-*

(57) D. 40-17-62.

(58) LA TRANSMISION..., cit., pág. 151.

(59) DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMUN Y FORAL. 6º edic., Madrid, 1.944. T. IV, pág. 146.

(60) D. 10-2-25, 9. C. 3-36-6. Y C. 4-16-7.

mitiva la arrogación y la manus (61). Finalmente, y fijándose precisamente en el gran paso dado hacia la patrimonialidad de la obligación a través de la promulgación de la Lex Poetelia Papiria, así como en la repercusión que esta nueva configuración jurídica de la *obligatio* debió tener en las *hereditas* romana, concluye el autor referido, que la transmisión de créditos *mortis causa* debió tener lugar entre los siglos V y VI. Y que bastante tiempo después se admitió la transmisión de las deudas, momento histórico que fija entre los años 639, fecha de la autorización de Drusus, y el 666, fecha de la Lex Cornelia, a título de conjetura (62).

Ahora bien, lo que menos importa es determinar la fecha exacta de la transmisión universal *mortis causa* tanto de créditos como de deudas. Es un problema que corresponde a los historiadores del Derecho romano. Para nosotros, lo que importa es determinar el contenido, la razón de ser, ¡por fin!, de esta transmisibilidad de los derechos de obligaciones, como acto universal.

Si la relación obligatoria en el Derecho romano tenía — como hemos dejado hecho mérito en el análisis del concepto de obligación —, un marcado carácter personalista, un vínculo jurídico de naturaleza personal muy acusada e indisoluble, es evidente que resultaba contradictorio que pudiera admitirse de cualquier manera la transmisibilidad de las titularidades de una persona — el causante, auctor o de cuius — a otra — el heredero o sucesor —. El Derecho romano, que sintió la necesidad de estas transmisiones, buscó soluciones que sólo pudo encontrarlas en una ficción jurídica: considerar al heredero como continuador de la personalidad del difunto, a través de cuya consideración ya no se rompía la naturaleza personalista de la relación obligatoria. No otra cosa viene a significar el texto de JUSTINIANO: *Nostris videtur legibus unam quadammodo esse personam hecedis et eius qui eum transmittit hereditatem* (63). Como dice DE DIEGO: *El hecho significado, es el traspaso de todo un mundo de relaciones — las sostenidas por el difunto, que formando parte de su patrimonio no se extinguen con su muerte —, es la sucesión universal y tiene por objeto una universalidad de relaciones jurídicas: el patrimonio o una cuota o parte de él* (64). La transmisibilidad de las deudas se justifica en un doble aspecto: criterio subjetivo, *El heres* sucede en la familia, se coloca en la posición jurídica que ocupaba el difunto paterfamilias. El heredero *habet familiam* y, consiguientemente, asume las deudas (65). Bajo un criterio objetivo, *la hereditas* en cuanto *universitas*, se identifica con el *patrimonium*, y se concibe la responsabilidad por las deudas como una consecuencia de la adquisición de éste (66), aún cuando para los clásicos, el patrimonio — *bona* — es el que resulta una vez deducidas las deudas (67).

(61) En estas reflexiones, DE DIEGO sigue al autor francés CUQ: *LES INSTITUTIONS JURIDIQUES DES ROMAINS*. 2 vols. París, 1.940.

(62) *LA TRANSMISION...*, cit., págs. 156 y ss.

(63) Nov. 48, pr.

(64) *LA TRANSMISION...*, cit., pág. 152.

(65) J. IGLESIAS: *DERECHO ROMANO*, cit., págs. 603 y s.

(66) J. IGLESIAS: o. c. y págs. cits.

(67) D. 50, 16, 39, 1.

Si la transmisibilidad de los derechos — créditos, deudas —, se logra en el Derecho romano a través de una ficción del derecho, no tiene explicación que no pudiera realizarse su transmisibilidad a título singular y por actos *inter vivos*. Si el vínculo jurídico, núcleo central de la relación obligatoria en el Derecho romano, es de naturaleza personalista y por ello no puede verificarse sucesión de los sujetos, sin que este vínculo se quiebre, menos se explica pueda producirse la sucesión en las relaciones del difunto, por una razón mucho más personalista, cual era su propia personalidad. Personalidad es sinónimo de capacidad y ésta es tan esencial a la persona que, lógicamente, debe desaparecer con la muerte de dicha persona.

Una segunda fase de la evolución la constituye, como decíamos, la transmisión *inter vivos* de los créditos. Y así como en la *successio in universum ius defuncti*, se recurrió a la ficción de considerar al heredero, un continuador de la personalidad de dicho difunto, no ocurrió lo mismo respecto a la transmisión *inter vivos*. También sintieron su necesidad y, para ello, lograron los mismos efectos que con una transmisión gracias a la extendida figura de la novación. Pero novación y transmisión no es lo mismo. Si bien los resultados que se alcanzaron podían considerarse similares, empero no eran totalmente idénticos, ya que por la novación no se transmiten los beneficios del crédito, sus garantías.

Por otra parte, la cesión de los créditos, presentaba ciertas dificultades, ya que, en su origen, tenían que llevarla a cabo a través de la *cessio actionum*, por virtud de la cual el cesionario tenía que intervenir en el ejercicio de la misma como un *procurator in rem suam*, por lo que su situación era lógicamente precaria y hubo necesidad de protegerlo mediante el mecanismo de la *denuntiatio*, institución por la que se lograba que al deudor no le fuera lícito pagar al acreedor primitivo. Fue un modo de transmisión del crédito, pero lleno de complejidades, por cuanto que, realmente, no se transmitía el crédito como un bien sustantivo del acreedor.

Finalmente, la última fase de la evolución se produce el día en que, por fin, se alcanza la transmisión pasiva de la obligación, la sucesión en la deuda, sin menoscabo de la relación obligatoria, que sigue permaneciendo una y la misma. Y esto sucede, cuando el *vinculum iuris* se despersonaliza y cuando el elemento patrimonial u objetivo de la obligación pasa a ocupar un plano preferente, adquiere cierto protagonismo.

Por ello, debido a la evolución que el concepto de obligación adquiere a raíz de las teorías objetivas, creemos que es el momento en que pueda justificarse la transmisibilidad de las relaciones obligatorias sin detrimento para el vínculo que une a los sujetos de las mismas.

Bien resume DIEZ PICAZO, las consecuencias de este proceso evolutivo:

1°. — La obligación pierde en gran parte su original tipicidad y comienza a admitirse cualquier tipo de convenio. Se abre así paso al llamado principio espiritualista en contraposición al antiguo o formalista.

2°. — La evolución ya iniciada en el propio Derecho romano trasladando la esfera de la responsabilidad por deudas de la persona al patrimonio, se acentúa decisivamente. La ejecución forzosa sobre el patrimonio, se convierte primero en la forma normal de la realización de la responsabilidad, y, finalmente, suprimida la prisión por

deudas, el patrimonio constituye el único soporte del poder de realización por el acreedor de su interés.

3º. — Por último, se produce una clara patrimonialización y comercialización de la obligación. La obligación no será ya tanto un vínculo entre dos personas, como un instrumento de obtención de fines económicos. Esta patrimonialización conducirá a admitir la transferencia de los créditos y de las deudas y la posibilidad de crear obligaciones valiéndose de otra persona (68).

En resumidas cuentas, podemos decir que el fundamento de este fenómeno transmisor de las obligaciones está en la nueva concepción de la obligación misma: de un lado, la despersonalización del elemento subjetivo, de otro lado, el protagonismo del elemento objetivo —el patrimonio—. Sólo aquellas obligaciones en que el patrimonio es intrascendente y en que los sujetos son trascendentales, no son susceptibles de transmisión, son de natural intransmisibles.

Una señal elocuente del contraste en que ha venido a encontrarse, también a este respecto, la concepción moderna con la romana nos la proporciona la terminología. Los romanos hablaban de *solutio* o de *liberatio*; lo que quiere decir disolución de un vínculo, liberación de una responsabilidad; expresiones estas negativas, que significan puramente el *fin* de una situación preexistente, y se refieren al aspecto de la responsabilidad; fin que, en el origen, no constituía todavía una obligación, sino un *onus*. Por el contrario, los modernos hablamos de *cumplimiento* o de *pago*, expresiones positivas, que designan haberse realizado un destino, la satisfacción de una exigencia, en suma, el logro del objetivo prefijado a la obligación; expresiones ambas que se refieren al aspecto del deber-tener. Desde este punto de vista merecen particular atención, con respecto a la obligación moderna, aquellas definiciones en las que se ha intentado, en general, poner de relieve el elemento de la finalidad objetiva, prescindiendo intencionalmente de considerar como contenido del derecho de obligación el acto mismo del deudor (69).

Sin embargo, este protagonismo que representa el elemento patrimonio, no nos debe conducir a conclusiones exageradas, a considerar que la obligación sólo ha de ser una relación entre patrimonios, al decir de POLACCO (70), prescindiendo de los sujetos; los sujetos son, quiérase o no, elementos indispensables en cualquier relación, y el Derecho se crea y existe por y para ellos. La persona y el patrimonio constituyen los dos grandes fundamentos que justifican la existencia y la necesidad del Derecho, el orden jurídico. Acertada es la apreciación sugerida por RUGGIERO, cuando dice: *Muy diferente, por mucho más amplia, es la concepción del Derecho moderno: es quizás este punto en que la moderna obligación difiere más de la romana. Desaparecido el prejuicio de que la relación obligatoria no puede, sin destruirse, sufrir mutación alguna en las personas; la doctrina moderna aprecia en la obligación y considera elemento esencial de ésta, su contenido patrimonial: y frente a este cometido, las personas del*

(68) FUNDAMENTOS..., cit., págs. 325 y s.

(69) BETTI, Emilio: *TEORIA GENERAL DE LAS...*, cit. I, pág. 363. Vid. a este respecto, HARTMANN: *DIE OBLIGATION. UNTERSUCHUGEN UBER IHREN ZWECK UND BAU*, 1.875, pág. 21 y ss.

(70) DAZIONI *IN PAGAMENTO*. Pádova, 1.888.

acreedor y del deudor si bien son elementos indispensables en la relación, carecen (con mucha frecuencia por lo menos), de una importancia definitiva en orden a su individualidad personal. En otros términos: que el deudor y el acreedor deben existir para que surja la relación obligatoria es indiscutible; pero no es cierto que ambos deban ser siempre las mismas personas que crearon originariamente la relación (71). También DE DIEGO, a propósito de la evolución del concepto de obligación, dentro del Derecho romano, formula la siguiente conclusión: *Hemos visto que el Derecho romano vino perfeccionando el concepto de la obligación a través de la ley Silia, de la Poetelia y de la Vallia: Rutilo Rufo, al idear la ejecución en los bienes del deudor respondía a esa marcha progresiva. Respondiendo a la misma idea, había de llegar un tiempo en que a la máxima la persona debe a la persona, había de sustituirse la de es el patrimonio el que debe al patrimonio. La obligación dejó de mirarse como un derecho sobre la persona, para ser considerada como un derecho sobre los bienes (72).*

La patrimonialidad de la obligación por un lado y la despersonalización del vínculo por otro, adquieren su plenitud, el día en que desapareció de las legislaciones el apremio personal, o sea, la prisión por deudas; cuando sólo es el patrimonio del deudor el basamento material de su responsabilidad. La mayor o menor garantía para el acreedor está ahora en la mayor o menor solvencia del deudor; y la solvencia del deudor, y la solvencia de éste debe ser entendida como aptitud del patrimonio para cumplir (73).

En nuestro Derecho civil español y con la promulgación del Código civil, se institucionaliza la nueva concepción patrimonialista de la obligación, y con sentido económico ilimitado. Buen exponente de esto son los términos en que aparece expresado el artículo 1.911, cuando dice, *del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*. Ello supuso una derogación de las viejas concepciones que giraban en torno a la idea de constreñimiento de la libertad del deudor, pues la prisión por deudas, que venía aplicándose a lo largo de nuestro Derecho histórico, permanece aún en el Proyecto de Código civil de 1.851, como se acredita con la normativa contenida en su artículo 1.920, al decir: *no queda sujeto al apremio personal sino en los casos y con los efectos determinados por la ley*, estableciendo como subsidiario, un sistema de prisión por deudas.

La expresión patrimonialista referida en el artículo 1.911 de una parte y la proclamación del imperio, de la soberanía de la voluntad en el artículo 1.255, que proclama la libertad de pactos, por otro, vienen a constituir los dos grandes pilares que hacen realizable la transmisibilidad de las deudas en nuestro Derecho civil español, sin menoscabo de la esencia misma de la relación jurídica obligatoria, que permanece, y sin tener por tanto, que recurrir a artificio alguno o ficción.

Esta concepción patrimonialista, inunda nuestro Código civil y da muestra de su presencia no sólo a través de la formulación amplia que se contiene en el ya referido

(71) INSTITUCIONES..., cit., págs. 187 y s.

(72) LA TRANSMISION..., cit., pág. 83.

(73) DIEZ PICAZO, FUNDAMENTOS..., cit., pág. 377.

artículo 1.911, sino a través de otros artículos que establecen la legitimación del acreedor en la esfera privada del deudor —en su patrimonio— cuando en las relaciones jurídicas propias de éste, resultan consecuencias que, de algún modo, alteran su patrimonio en perjuicio, más o menos directo, del acreedor, por disminución de la garantía económica, de su solvencia material. Son ejemplos claros: cuando el artículo 1.111 autoriza el acreedor a ejercitar la acción subrogatoria que corresponde a su deudor, por inhibición de éste; la acción de rescisión de los contratos celebrados por el deudor en fraude y perjuicio económico del acreedor, conforme al número 3º del artículo 1.291, así como la de impugnar, en general, cualquier acto del deudor realizado en fraude del derecho del acreedor (artículo 1.111, in fine); intervenir en la disolución y liquidación de las sociedades en las que su deudor es copartícipe, por cuanto que estos actos se regirán por las reglas de las particiones hereditarias a que nos remite el artículo 1.708; y por lo mismo, intervenir en dichas particiones hereditarias, cuando su deudor tenga la cualidad de heredero (artículo 1.083), como en el supuesto de que el propio causante hubiere sido el deudor (artículos 1.082 y 1.084) (74); de igual manera se justifica el que el acreedor sea parte en la *actio communi dividundo* que corresponde a su deudor partícipe, oponiéndose, incluso, a que se verifique la división de la cosa sin su concurso (artículo 403). También la Ley de Enjuiciamiento civil, concede legitimación al acreedor para promover el juicio testamentario o el abintestato a fin de obtener del heredero el pago de su crédito, bien en virtud de su condición de deudor del acreedor-actor, bien con fundamento en la relación crediticia de ésta con el causante de la herencia (artículos 973 y 1.036 de la L.E.c).

(74) Constituye un supuesto excepcional de constitución legal de una relación obligatoria subjetivamente plural, con el carácter de solidaria.