

**LA PRESTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN Y LA PROTECCIÓN
DE INTERESES NO PATRIMONIALES EN EL DERECHO ROMANO
Y EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA MODERNA***

Por el Dr. ANTONIO SILVA SÁNCHEZ

* Tesis doctoral leída el 4 de julio de 2001, por Antonio Silva Sánchez, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura obteniendo la calificación de SOBRESALIENTE *CUM LAUDE* por unanimidad y Premio Extraordinario de Tesis Doctoral (28 de enero de 2002).

El objeto del trabajo es el análisis de la consistencia de la patrimonialidad como requisito de la prestación en pie de igualdad con la posibilidad, la licitud y la determinación o determinabilidad, en el ámbito del derecho romano como antecedente de la dogmática jurídica moderna; así como estudiar las vías existentes en el derecho romano para la tutela de intereses de carácter no directamente patrimonial; y la puesta en tela de juicio del concepto mismo de patrimonialidad y su contraposición con el de pecuniariedad.

Para ello, el estudio se centró en unos puntos concretos como son:

- a. El origen y fundamento de la idea de patrimonialidad o pecuniariedad de la prestación en el derecho romano.
- b. Las teorías de Savigny, Ihering, y Pernice (entre otros) sobre la patrimonialidad como requisito de la prestación y su influencia posterior.
- c. La relación existente entre la patrimonialidad de la prestación y la condena pecuniaria.
- d. Y los mecanismos existentes en el derecho romano para la defensa de intereses no patrimoniales (como el *prezum affectionis*, la *stipulatio poenae*...).

En cuanto al contenido y estructuración del mismo, la investigación versa sobre la «La patrimonialidad de la prestación y la protección de derechos no patrimoniales en el derecho romano y en la dogmática jurídica moderna».

La tarea investigadora puede dividirse en tres partes bien diferenciadas:

1.^a Una primera, introductoria, en la que incluiríamos los dos primeros capítulos, y donde se analizan tanto el concepto de *obligatio* y su evolución histórica (Capítulo I) como el de prestación y sus requisitos (Capítulo II).

2.^a Una segunda parte, que se correspondería con el Capítulo III de la Memoria, en la que se aborda, partiendo de las premisas establecidas, el concepto de patrimonialidad enfocado tanto desde el punto de vista de la prestación como del interés del acreedor en la misma.

Por lo que concierne a la prestación, cabe diferenciar entre patrimonialidad y pecuniariedad, toda vez que ambos términos no tienen un mismo significado, muy al contrario de lo que la doctrina, tradicionalmente, ha venido considerando.

Sobre la base de esta distinción, referido al interés, cabe diferenciar, a su vez, entre interés patrimonial y no patrimonial e interés pecuniario y no pecuniario.

También es objeto de estudio, en este segundo apartado, la estipulación a favor de tercero; justificándose, el mismo, por la estrecha relación que tiene, a

mi juicio, con el interés que recae sobre la prestación. Es, precisamente, ese interés, uno de los motivos que justifican la existencia de algunas clases de estas estipulaciones que, en otro caso, hubieran resultado nulas en el derecho romano; si bien no siempre tuvo, este tipo de contratos, un igual trato y de ahí que se revisen las diferentes etapas por las que discurre su tratamiento y regulación jurídica.

Mención especial requiere, sin embargo, la lesión del interés, su amparo jurídico y las vías existentes para su reparación. A este apartado se dedican prácticamente un tercio del trabajo por cuanto es el núcleo central de la investigación.

Es aquí, donde se pone de relieve el importante papel que juega el interés del acreedor sobre la prestación u objeto de obligación, pues la justa reparación de ésta en gran medida supondrá la satisfacción de aquel. Se trata de determinar aquí la efectiva protección que en Roma se dispensaba al interés del acreedor; las diversas clases de intereses protegidos y la razón o causa que guiaba tal amparo jurídico o lo excluía, así como los medios al alcance del derecho romano para procurar su total reparación: *quanti ea res est, iusiurandum in litem, quanti interest, stipulatio poenae*.

Por último, hago referencia a la *condemnatio pecuniaria* partiendo de sus orígenes y evolución hasta la comprobación de si tal tipo excepcional de sentencia tenía relación alguna con la protección del interés del acreedor en cuanto conversión del mismo en una suma líquida que lo satisfaga bien por incumplimiento de una prestación enmarcada en una relación contractual, o como en los casos de lesiones producidas a bienes como consecuencia de un acto ilícito. Esto es, reconducir a un valor económico, un interés que, en ocasiones, puede no ser de esa misma naturaleza tal como sucede con el daño moral, u otros bienes que pueden resultar, en principio inestimables, como es el caso de la salud o la libertad.

3.^a La tercera parte de la Tesis comprende el Capítulo IV, donde se analiza el concepto de obligación y de prestación para, posteriormente, pasar a examinar la cuestión de la patrimonialidad en la actualidad, enfocándolo desde el mismo prisma que en el derecho romano.

Igualmente se hace referencia al interés del acreedor en la prestación pues es, en definitiva, lo que la origina –caso de las obligaciones contractuales– o lo que impulsa y legitima al sujeto que ha sufrido un perjuicio como fruto de un acto ilícito para pedir su reparación –caso de las obligaciones extracontractuales–.

Enlazando con la mencionada reparación, modernamente existen diferentes vías con distinta repercusión en cuanto a la misma; como por ejemplo, la indemnización (*daño emergente y lucro cesante*), el resarcimiento y la reintegración en forma específica.

En cuanto al segundo de los bloques referidos al inicio; hace referencia al estado actual de la cuestión y los resultados obtenidos:

Desde el punto de vista doctrinal, el tema de la patrimonialidad de la prestación cobró vigor a partir de las teorías de Savigny quien consideró, basándose,

en un texto de *Ulpiano: D. 40.7.9.2.* que el Derecho romano exigía para la validez de la prestación, su carácter patrimonial excluyéndose como objeto de relación jurídica aquello que carece de tal requisito. A esta postura se añadirán autores como Albertario, Grosso, Voci, Pastori, Hellwig o Ferrini.

Frente a ella se sitúan Ihering y Windscheid, para quienes basta que la obligación se fundamente sobre un interés digno de ser protegido para que cobrara relevancia jurídica con independencia de su estimación económica. Línea en que se sitúan romanistas como Scialoja, Perozzi, o Pernice.

Una posición intermedia será la representada por autores como Bonfante, Kaser o Betti quienes, partiendo de la no necesidad de la patrimonialidad de la prestación, reconocen su utilidad a efectos de una eventual reparación o satisfacción de carácter económico en sustitución de la misma.

A partir de los estudios de Scialoja, cobrará importancia la naturaleza del interés del acreedor en la prestación. Así para autores como Albertario, esta naturaleza será siempre de contenido patrimonial mientras que para otros como Grosso o Pastori, puede ser también de contenido no patrimonial.

Partiendo de esta diversidad de interpretaciones y posiciones doctrinales, la romanística actual ha denominado a este requisito de múltiples formas sin llegar a otorgarle un término unitariamente aceptado.

En este sentido, será fácil encontrar autores que se refieren al mismo como *ventaja pecuniaria favorable al acreedor, interés valorable en dinero, interés pecuniario, prestación patrimonial, etc.*, que, como puede constatarse, son términos de significados muy controvertidos y poco precisos.

Por otra parte, será Talamanca, en contra de la mayoría de la doctrina, quien defienda la estrecha vinculación del requisito de la patrimonialidad con la condena pecuniaria del proceso romano. Para el citado autor, la *condemnatio pecuniaria* sería el medio transformador de una prestación originaria, en su equivalente económico pues probablemente la ejecución de la primera o su *restitutio in natura* no fuera posible, de tal modo que tan sólo a través del dinero cabría paliar esos efectos.

Finalmente, dada la amplia difusión y la tradición jurídica romanística del derecho moderno occidental, cabe estudiar estos mismos aspectos en nuestro código civil (arts. 1088 y 1101, entre otros) y otros códigos europeos y americanos, mediante el análisis de las principales teorías que desde el siglo pasado han influido en la configuración doctrinal y dogmática del requisito de la patrimonialidad.

En cuanto a los resultados, partiendo de un concepto claro de prestación, puede considerarse como aquella que se corresponde con el objeto de la obligación sobre el que recae un interés del acreedor. Interés que también existirá en las estipulaciones a favor de terceros.

De acuerdo con ello, el Derecho romano contempla la existencia de intereses distintos al puramente económico si bien le resulta difícil configurar su protección

pues sobre la prestación pueden recaer diferentes tipos de intereses no pecuniarios como es el caso de la *affectio*. Así, en el período clásico existe una discrepancia clara entre los propios juristas en cuanto a si tal clase de intereses es susceptible de cuantificarse económicamente, resultando, a nuestro parecer mayoritaria la opinión de quienes estiman que tal hecho no se produce, al menos, de forma objetiva y directa, debiendo quizás corregirse a través de otros medios (lo que puede verse, por ejemplo, en los textos: *D. 9.2.7 pr*; o *D. 9.2.33 pr*; *D. 17.1.54 pr*; o *Gayo, 3.161*).

De lo que no cabe duda es que, las diversas clases de intereses no pecuniarios pero dignos de ser protegidos, lo son de forma efectiva, y así se contempla en las fuentes jurídicas romanas que recogen ejemplos en que se hace referencia a la *affectio*. En este sentido cabe citar textos como: *D. 4.4.35*; o *D. 9.2.37*; *D. 7.1.13.4*; o *D. 35.2.63*).

Para salvar las mencionadas dificultades y dotarle de relevancia jurídica se sirven del acompañamiento de ciertos mecanismos (la mayoría de las veces de carácter procesal) en casos concretos y sin una protección muy consistente en cuanto al resultado final en una eventual condena.

En general, cabe entender por patrimonialidad lo perteneciente a un patrimonio, sujeto a un tráfico comercial y, por ello, mismo, susceptible o valorable en dinero; pero entendiendo que una cosa es patrimonio, patrimonial y patrimonialidad y otra muy diferente es pecunia, pecuniario y pecuniariedad.

Por tanto, en contra de la interpretación que de este término realiza la mayoría de los autores que identifican patrimonialidad con pecuniariedad; a nuestro juicio nada tiene éste qué ver con el significado de patrimonio o patrimonialidad.

Términos éstos últimos, con los que se haría referencia, más bien, al conjunto de bienes y derechos susceptibles de valoración económica pero que pueden conllevar también otra dimensión diferente a ésta siendo igualmente patrimoniales; tal y como lo recoge *Paulo* en *D. 5.3.50*, para quien tal término comprende no sólo el dinero como tal sino, además, cualquier otra cosa al margen del mismo (objetos, derechos, etcétera).

Dándose por hecho la idea de la patrimonialidad de la prestación, se introduce también la de la protección del interés que la fundamenta –patrimonial o no y pecuniario o no– en tanto que fuera digno de ser protegido; esto es, que a la conciencia social no le repugne la idea de la protección de tal interés si bien su propia consideración estará siempre sometida a un momento y sociedad concretos, pudiendo variar con el propio devenir de esa misma sociedad (Kaser, Voci, Iglesias).

El problema de la pecuniariedad de la prestación cobra importancia, primordialmente, en los supuestos en que el incumplimiento de la misma requiere de su conversión en dinero como vía de reparar o resarcir el interés no pecuniario que recae sobre ella pues, en el caso de que la prestación se cumpliera, el

interés del acreedor –independientemente de su naturaleza– se satisfaría y no habría lugar a la discusión sobre su protección y las diversas formas de llevarse ésta a cabo.

Así, con arreglo a la naturaleza y consecuencias, la prestación se distingue entre patrimonial y no patrimonial y, según el hecho del que deriva, entre contractual y extracontractual. pudiéndose producir, pues, tanto un daño contractual como extracontractual y patrimonial o no (extrapatrimonial: estipulación a favor de terceros).

Por su parte, el interés del acreedor puede ser o no patrimonial y puede ser o no pecuniario, pero, en cualquier caso, debe ser susceptible de una valoración económica que se corresponda con el mismo valor que el acreedor tenga en el cumplimiento de la prestación; pudiéndose reparar daños de otra naturaleza a través de una suma de dinero.

Es, entre otros motivos, la preservación de los intereses en juego, incluso los del tercero, por lo que de forma paulatina se va atenuando el principio de la nulidad de las estipulaciones a favor de tercero, encontrándonos en el derecho postclásico y justiniano con un gran número de atenuaciones a tal principio.

En todo caso, para la plena validez de tales estipulaciones, debían concurrir unos requisitos como eran que los intereses contenidos en las mismas fueran socialmente dignos de ser protegidos y la prestación tuviera un carácter patrimonial (como es el caso de la cotutela a favor del pupilo recogido en *D. 45.1.38.20*).

Cumpliendo estos rasgos, el derecho romano otorga protección y dota de cuantificación, en parte, a la misma a través de las cláusulas penales, cuyo montante no supone un *quanti ea res est* ni un *id quod interest* no satisface plenamente el interés del estipulante si bien sí lo resarce parcialmente.

Debe resaltarse, en este caso, que la determinación de esa cuantía se realiza a través de una estimación objetiva y no subjetiva: esto es, la pena siempre es un múltiplo del valor de la *res* aunque con esa mayor valoración se cubren parcialmente otros intereses distintos a la propia prestación.

El principal problema que trata de resolverse así, es la reconducción a una suma de dinero de aquellas prestaciones de difícil cuantificación como es el caso de las consistentes en un *facere* o un *non facere* y siempre y cuando éstas resulten incumplidas.

Esto último es lo que ha dado pie a algunos autores, como Talamanca, para pensar que la *condemnatio pecuniaria* del proceso formulario romano suponía la definitiva y permanente estimación de las prestaciones en que recayeran todo tipo de intereses, también los no pecuniarios.

De esta forma, *prestación y condemnatio pecuniaria* no pueden vivir aisladamente sino en estrecha armonía por cuanto a través de la segunda se proporcionaría la satisfacción del interés del acreedor que recae sobre la primera. En todo caso,

el montante económico se obtendría a partir del valor objetivo de la prestación lo que, no supone, la plena satisfacción del interés; que sí podría obtenerse a través de la *restitutio in ipsam rem*, por medio de las acciones arbitrarias que, entre otras cosas, supone una forma de evitar la propia *condemnatio pecuniaria*.

Es dentro de este ámbito donde se incluyen *la stipulatio poenae, el iusiurandum in litem*, y las cláusulas introducidas por las partes, con la finalidad de satisfacer, en la medida de lo posible, el interés del acreedor o perjudicado.

En este sentido, el juez, atendiendo a la razón y la equidad –caso de *los bonae fidei iudicia* D. 4.6.3; D. 17.1.54 *pr*– puede establecer la suma que cree suficiente para conseguir esos resultados y no solo aumentando el valor de la prestación, básicamente cuando ésta consiste en un *facere*– sino tratando, a su vez, de evitar los posibles abusos que, a través del juramento, pudiera el demandante causar al demandado, rebajando la cuantía a sufragar por éste, siempre en los casos de que el resultado final del litigio fuera una sentencia condenatoria.

Por último, por lo que se refiere a los Códigos civiles modernos, en éstos no suelen encontrarse definiciones ni del concepto de obligación ni del objeto de la misma, sino más bien los caracteres que deben reunir uno y otra; dejándose a la doctrina la tarea de dar una definición de tales cuestiones, pero, en todo caso, la prestación sigue siendo el objeto de la obligación tal y como sucede en el derecho romano.

La idea de patrimonio en el Código civil español, puede resaltarse la que lo entiende, como recogía *Paulo*, como el conjunto de cosas corporales y derechos pertenecientes a una persona y susceptibles de valoración en términos pecuniarios.

Hoy, el interés del acreedor, aunque no forma parte de la relación jurídica, representa el germen que hace que ésta nazca y cuya satisfacción plena es la que produce la extinción de la misma. Así es como se debería entender si no fuera porque, aun sin incluirse dicho elemento en la relación jurídica, se tienen por válidos los contratos a favor de terceros, lo que dará lugar a numerosas matizaciones y objeciones.

Por otra parte, los términos patrimonialidad y pecuniariedad de la prestación, no constituyen requisitos expresa o tácitamente exigidos por el Código civil español ni la mayoría de los Códigos civiles de tradición romanística a excepción de Italia, Argentina, Costa Rica o Paraguay a diferencia de otros como la licitud, la posibilidad y la determinabilidad o determinación, que sí son recogidos de forma unánime. Por tanto, la prestación no tiene por qué reunir el requisito de la patrimonialidad en el derecho civil español o, en su caso, de la pecuniariedad.

Sin embargo, la susceptibilidad de la valoración económica de la prestación facilita la ejecución por incumplimiento del deudor o, en su caso, la reparación del daño causado, aun a sabiendas de que no siempre a través de una suma de dinero puedan resarcirse daños inmateriales y de difícil estimación económica.

En todo caso, la prestación sí ostentará carácter patrimonial en cuanto que lo que se protege por el ordenamiento jurídico es el patrimonio privado, integrado por bienes materiales e inmateriales, sobre los que, a su vez, pueden recaer también diferentes clases de intereses: pecuniarios y no pecuniarios.

Por tanto, no debe considerarse la pecuniariedad como un requisito fundamental de la prestación en pie de igualdad con la licitud, posibilidad y determinabilidad o determinación; sino como una característica inherente y accesoria a la prestación y que puede reportar, eventualmente, una cierta utilidad (casos de lesión de un bien e incumplimiento de la prestación).

Partiendo de las concepciones doctrinales y de las diversas sentencias del Tribunal Supremo, puede entenderse por daño o lesión *«todo menoscabo, detrimento o perjuicio, ya sea de orden material o moral o ideal»*, protegiéndose sólo aquel que tiene relevancia jurídica, esto es, el que directa o indirectamente produce una lesión a nuestro patrimonio, valorable en dinero y con independencia de la naturaleza del interés del perjudicado sobre el mismo, pues tanto los intereses materiales como los ideales, encuentran cobijo en el ordenamiento jurídico. Actualmente, las diversas formas de reparación del daño más comunes son la indemnización, el resarcimiento, la restitución y la ejecución en forma específica.