

La idea de *rerum natura* como criterio básico de la imposibilidad física de la prestación

por Francisco CUENA BOY
(Universidad de Extremadura)

Introducción

La comodidad y la costumbre aconsejan iniciar cualquier estudio de la imposibilidad de la prestación en Derecho romano con la conocida máxima de Celso *impossibilium nulla obligatio est* (D. 50.17.185 ; 8 *dig.*). A primera vista resulta difícil encontrar motivos para el desacuerdo con un principio tan sencillo como éste (1) y adecuado y suficiente, en apariencia, para resolver cuantos casos puedan plantearse. Sin embargo, una reflexión más detenida revela que precisamente ese alcance tan general priva a la breve sentencia de Celso de un contenido verdaderamente útil en la práctica, al poner de manifiesto que el

1) De él son prolongación varios textos recogidos en D. 50.17 (*de diversis regulis iuris antiqui*): D. 50.17.31 (Ulp. 42 *ad ed.*), D. 50.17.135 (Ulp. 23 *ad ed.*), D. 50.17.182 (Paul. 3 *ad Vit.*), D. 50.17.188.1 (Cel. 17 *dig.*).

principio *impossibilium nulla obligatio* no expresa en absoluto lo que -a su tenor- debiera ser una consecuencia jurídica ineludible de la imposibilidad de la prestación, pues, en efecto, dicha consecuencia no depende sólo de que la prestación debida sea física o jurídicamente de imposible cumplimiento, sino también de otras circunstancias como el comportamiento del deudor, la mora en que éste haya podido incurrir, el tipo de obligación de que se trate o el carácter -temporal o definitivo, inicial o posterior- de la imposibilidad (2). Así que, en conclusión, las palabras de Celso no pueden tomarse como cristalización de una verdadera *regula* sobre los efectos de la imposibilidad de la prestación sino que expresan, todo lo más, un criterio límite que, en conjunción con otros y según cada caso concreto, dará lugar o no a la nulidad de la obligación (3).

Por la misma amplitud -y vaguedad- de su expresión, el principio contenido en D. 50.17.185 casa sin problemas con cualquier especie de imposibilidad, pero poco o nada útil se deja derivar de él a la hora de explicar las decisiones de casos

2) En parecido sentido se expresa G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, en *Rivista di diritto civile* 10 (1918), 243: "Negozi aventi un identico scopo finale ... possono dar vita ad obbligazioni di contenuto afatto diverso, e cioè aventi per oggetto prestazioni diverse, le quali naturalmente non potranno essere o diventare impossibili per ragioni identiche, bensì ciascuna per cause distinte, in relazione con la natura del rispettivo obietto".

3) E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*² (Napoli, 1955), 31, 37 y s.; ID., *Istituzioni di diritto romano* II,1 (Padova, 1962), 41 y s. Con mayor amplitud sobre este tema, vid. F. CUENA BOY, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica* (Valladolid, 1992), 9 y ss.

concretos que son tan numerosas en las fuentes: desde esta perspectiva muestra una insuficiencia radical. Se hace por ello necesario acudir a otros criterios que las fuentes mismas nos ofrecen, y así por ejemplo, en materia de imposibilidad física se aprecia un abundante empleo de la idea de *rerum natura* como fundamento de la solución propuesta por el jurista de turno.

Estas páginas intentan ilustrar y precisar la utilización de tal concepto en el ámbito, como digo, de la imposibilidad física de la prestación.

1. Algunas precisiones previas

Para los juristas romanos, una prestación física o naturalmente imposible es aquella que recae sobre un objeto que no existe *in rerum natura*, bien porque no puede existir en ningún momento -como sucede con el *hippocentaurus* de I. 3.19.1, *qui esse non potest*-, bien porque carece actualmente de existencia -como es el caso del *homo iam mortuus* y de las *aedes deustas* de G. 3.97 y 97a (4), D. 44.7.1.9 e I. 3.19.1 (5). Especial es, en

4) La restitución de G. 3.97a que aquí acogemos (<*Item si quis aedes quas deustas esse ignorabat dari stipuletur, aeque inutilis est stipulatio*>) se basa en el texto de D. 44.7.1.9 (Gai. 2 *aur.*) y en *Ep. Gai.*, 2.9.5; apoyándose en I. 3.19.1, LACHMANN propuso otra distinta (<*Item si quis rem quae in rerum natura esse non potest, velut hippocentaurum stipuletur, aeque inutilis est stipulatio*>) comúnmente preferida por los editores de las *Institutiones* y que C. COSENTINI, *Conditio impossibilis* (Milano, 1952), 18 y s., somete a crítica eficaz.

5) Para D. MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, en *ZSS* 86 (1969), 75 y s., la nulidad de una obligación relativa a una prestación imposible se debe a la inviabilidad de la *litis*

cambio, el caso de las *operae libertorum*, de las que no se puede afirmar la existencia actual (6) pero que, ello no obstante, pueden ser válidamente objeto de una obligación ; y especial es también, por una razón parecida, el caso las cosas futuras en cuanto tales (7).

Los textos que desde la acostumbrada perspectiva casuística, propia de los juristas clásicos, abordan distintos aspectos o manifestaciones de la imposibilidad física son, evidentemente, muy numerosos, pero nuestro interés se dirige aquí y ahora al esclarecimiento de la idea de *rerum natura* como criterio básico que subyace a tantas y tantas decisiones concretas de imposibilidad. Con carácter previo hemos de rechazar, además, toda sospecha de interpolación sistemática, en vista de que *natura* y *rerum natura* son expresiones utilizadas, ya desde comienzos de

aestimatio de un objeto que no ha existido nunca o que ha existido pero es actualmente de imposible realización.

6) D. 38.1.9 pr. (Ulp. 34 *ad Sab.*): *operae in rerum natura non sunt*. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo, 1979), 78 n. 237, relaciona la inexistencia de las *operae* con la necesidad de la *indictio* : las *operae* no existen *in rerum natura* "mientras no hayan sido requeridas" ; para A. WACKE, *Faktische Arbeitsverhältnisse im Römischen Recht ?*, en ZSS 108 (1991), 151, la frase *operae in natura non sunt* significa que las *operae* no siempre conducen a un producto laboral mensurable en dinero. Vid. *infra*, § 6.

7) Vid. *infra*, § 5.

época clásica, por muy distintos juristas (8); veremos también cómo aparecen en textos no jurídicos de diversa índole con un significado semejante al que asumen en las fuentes jurídicas.

Fuera de nuestra consideración quedará, por otra parte, el examen detallado del influjo filosófico sobre la idea de *rerum natura* con que operan los juristas. Al respecto baste decir que, según RABEL, la influencia filosófica sobre el concepto de imposibilidad del que ellos se servían se ejerció precisamente a través de la idea de *natura* o *rerum natura*, la cual, referida siempre "auf die Welt im Ganzen oder auf eine Gattung von Wesen ... nie auf ein Individuum", conduce a un juicio o decisión de imposibilidad centrado exclusivamente sobre la prestación y del que queda fuera la persona del deudor (9). Así pues, a partir del primitivo sentimiento de la naturaleza propio de los romanos (10), se ejercieron diferentes influencias filosóficas que llevaron a la concepción del orden natural -físico- de las

8) C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani* (Milano, 1937), 2 y s.; W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, en ANRW II,15 (Berlin - New York, 1976), 30; BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi* (Camerino, 1976), 265 y s.

9) E. RABEL, *Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, en *Aus römischem und bürgerlichem Recht (Ernst Immanuel Bekker zum 16.VIII.1907 überreicht)* (Weimar, 1907), 198 y s.; ID., *Origine de la règle : impossibilium nulla obligatio est*, en *Mélanges Gérardin* (Paris, 1907), 508. La *natura* de los romanos equivale a la "physis" de los griegos: *Origine de la règle*, 494; *Unmöglichkeit*, 196; MEDICUS (*supra*, n. 5), 82 y ss., relativiza la importancia de las influencias filosóficas en la doctrina romana de la imposibilidad.

10) Vid. I. v. LORENTZ, en *RE* 16,2, Stuttgart, 1935, col. 1850, s.v. "Naturgefühl (Röm. Rep.)".

cosas como un límite inderogable de la norma jurídica y como base de la que ésta necesariamente ha de partir (11).

Advirtamos, por último, que el término *natura* recibe en las fuentes, donde aparece con inusitada frecuencia, significados muy diversos (12) cuya relación con el sentido de realidad objetiva de las cosas, que es el que aquí nos interesa como sustento de las decisiones de imposibilidad física de la prestación, no es necesariamente estrecha. Y así, ocurre en ocasiones que el dato que se extrae de la experiencia física de las cosas se utiliza retóricamente para apoyar una opinión jurídica que bien pudiera haber sido diferente (13); que la mención de aquello que la naturaleza permite o no permite respalda en ocasiones la aplicación de una lógica jurídica estricta que conduce a un

11) B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln* (Wien - Köln, 1970), 87 n. 11: "Daß die *natura rerum*, die Natur der Sache, normativen Charakter erlangt hat, mag auf eine vulgärstoische, in spätklassischen Zeit allgemeinverbreitete Überzeugung, zurückgehen, daß menschliche Ordnung und Naturordnung von dem einen Weltgesetz, dem Logos, aufeinander bezogen und einheitlich geordnet seien. Die vorgegebenen anschaulichen Naturverhältnisse werden daher zu Maßlinien rechtlicher Gestaltung".

12) De ellos se ocupa con amplitud MASCHI (*supra*, n. 8).

13) Por ejemplo, cuando Paulo (D. 41.2.3.5; 54 *ad ed.*) dice ser *contra naturam* la posibilidad de poseer *in solidum* una misma cosa y argumenta su rechazo de la forma siguiente: *non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stari videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*; sobre este fragmento vid. M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*² (Köln - Graz, 1956), 349 (con lit. en nota 37) y ss., y especialmente F. HORAK, *Rationes decidendi I. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo* (Aalen, 1969), 283 y ss. Vid. en D. 22.1.28.1 (Gai. 2 *rer. cott.*) [= I. 2.1.37] otra apelación retórica a la *rerum natura*.

resultado de extremo rigor ⁽¹⁴⁾; o, en fin, que el uso de *natura* y de sus términos derivados (por ej., *naturaliter*) cubre un significado exclusiva o prevalentemente jurídico o, en cualquier caso, muy escasamente condicionado por las leyes del mundo físico ⁽¹⁵⁾. Todo ello sin necesidad de ocuparnos de aquel uso

14) Vid. por ejemplo la discusión en D. 1.5.15 (Tryph. 10 *disp.*) -y D. 1.15.16 (Ulp. 6 *disp.*)- acerca de si en caso de parto múltiple nacen libres todos o sólo alguno de los hijos de una esclava a quien se dejó la libertad en testamento condicionada a que hubiera tenido cierto número de hijos: *nec enim natura permisit simul uno impetu duos infantes de utero matris excedere, ut ordine incerto nascentium non appareat, uter in servitute libertateve nascatur*; vid. Th. MAYER-MALY, *Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache zwischen Sein und Sollen*, en *Studi Volterra II* (Milano, 1971), 117; HORAK (*supra*, n. 13), 277.

15) Así, por ejemplo, cuando dice Juliano (D. 41.2.23.2; 1 *epist.*) que *neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo* (extrañamente el vol. n° IV del *VIR*, col. 25, incluye este texto entre aquellos en los que *rerum natura* se considera equivalente a *lex naturae* [*ius naturale*]; tal significado es mucho más claro en otros pasajes como D. 48.22.3 [Al. 1 *epit.*], que habla de [*iura*] *a rerum natura tribui*, o I. 2.1.11, donde la *rerum natura* figura como causa y fundamento del *ius naturale*: *palam est autem vetustius esse naturale ius, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit*; según E. ALBERTARIO, *Concetto classico e definizioni postclassiche del ius naturale*, en *Studi di diritto romano V* [Milano, 1937], 289, *naturale ius* es una interpolación; en cambio, V. ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle res cottidianae. Studio di giurisprudenza postclassica*, en *Studi Bonfante I* [Milano, 1930], 517 y s., considera seguramente genuina la frase transcrita, aunque advierte que *ius naturale* equivale en ella a *ius gentium*); o cuando Pomponio (D. 46.3.107; 2 *enchir.*) reúne la *solutio* y el perecimiento físico de la cosa debida (*in rebus humanis esse desiit*) entre los modos 'naturales' de extinción de las obligaciones verbales (vid. M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, en *SDHI* 20 [1954], 173 y s.; es significativo que MASCHI no mencione siquiera este texto); o incluso cuando Pomponio mismo considera (D. 18.4.1; 9 *ad Sab.*) que sólo se puede vender aquella *hereditas* que existe *in rerum natura* (vid. *infra*, § 4: D. 18.4.1 y D. 18.4.7).

de *natura*, típico en las fuentes, en locuciones como *natura actionis*, *natura contractus* y otras parecidas (16).

2. Significado de la *rerum natura*

En términos generales, se comprueba la existencia en la doctrina de una coincidencia bastante amplia por lo que se refiere a este significado que, desde el punto de vista del derecho objetivo, tenía la naturaleza o la naturaleza de las cosas para los juristas clásicos. Tal significado se expresa a la perfección en D. 50.17.188.1 (Cel. 17 *dig.*), donde, en un contexto relativo a los legados (17) y sin que quepa sospecha razonable de alteración sustancial, se afirma que *quae rerum natura prohibentur nulla lege confirmata sunt*. Como es claro, la naturaleza de las cosas se configura aquí como una barrera infranqueable, una barrera que ni la norma jurídica ni la voluntad de los particulares pueden traspasar por tratarse de una base de configuración jurídica preordenada al *ius civile* (18). Dicho de otro modo, la *rerum*

16) Vid. F. PRINGSHEIM, *Natura contractus und natura actionis*, en *SDHI* 1 (1935), 73 y ss.; MASCHI (*supra*, n. 8), 73 y ss.; WALDSTEIN (*supra*, n. 8), 61 y ss.

17) Vid. LENEL, *Palingenesia* I, col. 150; MAYER-MALY (*supra*, n. 14), 121; D. DAUBE, *Greek and Roman Reflections on Impossible Laws*, en *Natural Law Forum* 12 (Notre Dame, 1967) = *Collected Studies in Roman Law* II (Frankfurt a. M., 1991), 1155. Recientemente, V. SCARANO USANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano* (Torino, 1989), 127, apunta una posible referencia del texto a la *lex Falcidia*.

18) J. DE KOSCHENBAHR-LYSKOWSKI, *Naturalis ratio en droit classique romain*, en *Studi Bonfante* III (Milano, 1930), 471, refiere la *rerum natura* a la relación existente entre las partes y considera que no es un principio directamente jurídico, sino la "base de la acción humana de formular el

natura es la realidad objetiva, ineludible y necesaria de las cosas, el mundo corporal (físico) preexistente a cualquier regulación jurídica y que a toda regulación jurídica se impone de modo necesario (19); tan necesario que, como pone de relieve MAYER-MALY, la solución basada en la naturaleza de las cosas no aparece sólo como más provechosa, aconsejable o correcta que otras entre las cuales elegir, sino como la única solución correcta que se impone, en consecuencia, de modo ineludible (20). En definitiva, la naturaleza de las cosas encierra

principio"; MASCHI (*supra*, n. 8), 72, advierte que *natura* no es aquella que puede ser considerada por el naturalista sino la que puede interesar al derecho señalando su adherencia a la realidad de las cosas tal como se representa o configura en la valoración social; en su mayor grado de comprensión, *rerum natura* llega a significar "el mundo", "lo que existe": 65; M. VILLEY, *Il concetto "classico" di natura delle cose*, en *IUS* 18 (1967), 33: toda cláusula imposible, contraria a la naturaleza, es inválida: es necesario fijar este límite a las acciones del hombre; SCARANO USANI (*supra*, n. 17), 228: la naturaleza es asumida como valor guía de las leyes y de su hermenéutica, como un concepto normativo que marca un "deber ser" al que las leyes se conforman.

19) Vid. MASCHI (*supra*, n. 8), 42 y ss., sobre el significado de *natura* (sin oposiciones) como orden o ley física natural, es decir, como entidad objetiva absoluta que el derecho no puede dejar de considerar; tal significado se refleja, por ejemplo, en D. 45.1.35 pr. (Paul. 22 *ad Sab.*). A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁴ (Napoli, 1984), 312, advierte que no siempre, en la jurisprudencia clásica, el uso de los términos *natura* o *naturaliter* constituye una referencia a consideraciones de hecho o a elementos de carácter materialista.

20) MAYER-MALY (*supra*, n. 14), 122; vid. también, del mismo autor, *Necessitas constituit ius*, en *Studi Grosso* I (Torino, 1968), 182 n. 19, con lit. En el marco de una crítica general del planteamiento "iusnaturalista" del estudio de WALDSTEIN sobre los "Entscheidungsgrundlagen" de los juristas romanos (vid. *supra*, nota 8), señala M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, en *BIDR* 80 (1977), 336 n. 340, que "nel prender a partito la *natura rerum*, i prudentes non facessero altro che riconoscere la

un orden que no tiene un carácter directamente jurídico, pero que marca al derecho límites inderogables (21).

normatività in essa oggettivamente latente, invece di procedere ad un giudizio di valore". Por su parte, F. WIEACKER, *Juristen und Jurisprudenz im Prinzipat*, en *ZSS* 94 (1977), 321 y s., señala también los significados de *natura rerum* como existencia física y como "condiciones de lo existente" ("Beschaffenheit von existenten Gebilden") en tanto jurídicamente relevantes aunque no todavía normativas por sí mismas; en la fórmula *in rerum natura esse*, *natura* viene a expresar el conjunto de las cosas o realidad objetiva (diacrónicamente, el curso de las cosas: "Lauf der Dinge").

21) RABEL, *Origine de la règle*, 494; ID., *Unmöglichkeit*, 194 y ss.; E. LEVY, *Natural law in Roman thought*, en *SDHI* 15 (1949), 8; B. BIONDI, *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana*, en *RIDA* 4 (1950), 132 y s.; J. GAUDEMET, *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome*, en *RIDA* 1 (1952), 454; M. BARTOŠEK, *Sulla concezione 'naturalistica' e materialistica dei giuristi classici*, en *Studi Albertario II* (Milano, 1953), 489 (Bartošek indentifica la *natura* = realidad objetiva de las cosas con la base económico-social, de la que nace orgánicamente el derecho: p. 480); A. BURDESE, *Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica*, en *RISG* 90 (1954), 410 y ss.; G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*² (Torino, 1967), 101 y ss.; VILLEY (*supra*, n. 18) 33 y s.; WALDSTEIN (*supra*, n. 8) 34 y ss.; F. CAMACHO EVANGELISTA, *Ius naturale en las fuentes jurídicas romanas*, en *Estudios Alvarez Suárez* (Madrid, 1978), 48 y s., ilustra el significado de *natura* (*hominis* o *animalis*) como normalidad o realidad objetiva; para P. CERAMI, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche. I. L'interpretazione degli atti autoritativi*, en *AUPA* 38 (1985), 51 y ss., la *natura rerum* de Celso (D. 50.17.188.1) es expresión inmediata y concreta de la "normalidad" de las relaciones económico-sociales. Sobre la idea de *rerum natura*, vid. últimamente Ph. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des II^e et III^e siècles*, en *SDHI* 47 (1981), 195 y ss., especialmente 212 y ss. sobre "La *natura rerum* chez les Sabinien et les Proculien"; G. LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane* (Nápoli, 1984), 191 y ss. En cuanto a las concepciones modernas sobre la "naturaleza de las cosas", vid. para una primera orientación A. KAUFMANN, *Analogie und 'Natur der Sache'* (Heidelberg, 1982), *passim*, espec. 44 y ss.; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin - Heidelberg - New York - Tokio, 1983), 210 y s., espec. 291 y ss.; H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*⁴ (Berlin - New York, 1985),

Así, por ejemplo, al hablar de la *capitis deminutio*, Gayo contrapone el parentesco civil o agnaticio al natural, de sangre o cognaticio porque éste, a diferencia del primero, no se extingue ni se altera por la modificación del estado civil, y la razón de esto estriba en que la *civilis ratio* puede suprimir los *civilia iura*, pero en absoluto no puede afectar a los *naturalia* (G. 1.158 ; I. 1.15.3) (22). Del mismo modo, la autoridad del Senado no puede crear un usufructo de dinero sino, en todo caso, un cuasiusufructo, y esto porque *nec enim naturalis ratio auctoritate*

181 y ss. ; A. KAUFMANN y W. HASSEMER (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*⁵ (Heidelberg, 1989), 190 y ss. ; también C.W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*² (Berlin, 1983), 118 y ss.

22) D. 4.5.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*. La interpretación de este fragmento, relativo a la *actio rei uxoriae*, plantea numerosos problemas, especialmente por lo que hace a la identificación de esas *obligationes quae naturalem praestationem habent* ; vid. sobre este punto MASCHI (*supra*, n. 8), 338 y ss. ; DAUBE (*supra*, n. 17), 1150 ; D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike* (München, 1974), 100. Sobre la posible relación del texto con el tema de las *obligationes naturales*, vid. entre otros G. LONGO, *Ricerche sull'obligatio naturalis* (Milano, 1962), 193 y ss., que niega esa relación [*contra* G. BROGGINI, *Obligatio naturalis*, en *SDHI* 31 (1965) = *Coniectanea, Studi di diritto romano* (Milano, 1966), 501 y 511] ; P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain* (Genève, 1964), 134 y ss. ; DAUBE (*supra*, n. 17), 1149 y ss. ; A. BURDESE, *Dubbi in tema di obligatio naturalis*, en *Studi Scherillo II* (Milano, 1972), 510, negando toda mención directa de *naturalis obligatio* (vid. ya A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio* [Torino, 1955], 113 y s.). Entre las numerosas sospechas de alteración del fragmento, G. V. BESELER, *Romanistische Studien*, en *TR* 8 (1928), 321, apunta como glosa las palabras *naturalem praestationem habere*, con las que se habría sustituido una referencia original del siguiente tenor : *eas obligationes, quae iure naturali constitisse* ; vid. también M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*, en *RIDA* 2 (1949), 549 y s.

senatus commutari potuit (D. 7.5.2.1 ; Gai. 7 *ad ed. prov.*) (23). La consideración del *furtum* como *manifestum*, dice también Gayo (3.194), depende de su naturaleza sin que la ley pueda cambiar esto : *sed verius est natura tantum manifestum furtum intellegi ; neque enim lex facere potest ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit*. El carácter ineludible de la naturaleza determina asimismo la imposibilidad de que algunas condiciones que encierran *necessariam temporis divisionem* se cumplan de una sola vez (D. 40.7.20.5 ; Paul. 16 *ad Plaut.*) (24), y esa misma idea de la realidad hace que una prestación no pueda ser exigida antes de que su cumplimiento sea posible conforme a la *rerum natura* (25). Finalmente, la existencia física de personas y cosas se expresa habitualmente en las fuentes con la frase *in rerum natura* (o *in rebus humanis*) *esse* (26), siendo éste, por cierto, uno de los usos más claros y comunes del término *natura*

23) BARTOŠEK (*supra*, n. 21), 497 ; P. STEIN, *The Development of the Notion of Naturalis Ratio*, en *Daube Noster, Essays in Legal History for David Daube* (Edinburgh - London, 1974), 310 ; NÖRR (*supra*, n. 22), 99.

24) Vid. MAYER-MALY (*supra*, n. 14), 119 y s.

25) Vid. por ejemplo D. 50.17.186 (Cel. 12 *dig.*), con una formulación genérica a propósito de las *operae libertorum* : *nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit* ; D. 45.1.73 pr. (Paul. 24 *ad ed.*) : *interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id quod in utero sit aut fructus futuros aut domum aedificari stipulatus sit : tunc enim incipit actio, cum eam per rerum naturam praestari potest*.

26) Las fuentes son tan numerosas que apenas merece la pena citar alguna. Sobre este significado de *natura* vid. una vez más MASCHI (*supra*, n. 8), 65 y ss., especialmente por lo que se refiere al problema del *nasciturus* ; WALDSTEIN (*supra*, n. 8), 31 y ss. En I. 3.15.6 *per rerum naturam certum esse* tiene también el significado existir o de cumplirse.

y también, como veremos, el más importante desde el punto de vista aquí adoptado de la imposibilidad física de la prestación (27).

3. *Rerum natura* en las fuentes literarias

Esta idea de *natura* como realidad objetiva (28), como naturaleza desprovista de su primitivo aspecto numinoso o terrible (29), está presente en las fuentes literarias a partir ya del poema didáctico-filosófico *De rerum natura* debido al gran poeta epicúreo Lucrecio Caro (98-55 a.C.), siendo desde entonces para los romanos, según dice RABEL, poco más que una moneda

27) Vid. *infra*, § 4.

28) ERNOUT - MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴ (Paris, 1967), s.v. *nascor*: orden natural de las cosas, *rerum natura*, traducción de "physis". Según COING (*supra*, n. 21), 181, "wenn der Jurist von der 'Natur der Sache' spricht, so kann darunter zunächst nichts anders als das, was der Ausdruck seinem wörtlichen Sinn nach zu besagen scheint, verstanden werden. Man denkt an die Beschaffenheit der Gegenstände, welche im sozialen Leben, etwa im Wirtschaftsverkehr, eine Rolle spielen. So spricht er etwa von beweglichen und unbeweglichen Sachen und begründet aus ihrer Natur etwa verschiedene Formen der Besitzübergabe. Wenn der altrömische Eigentumsprozeß regelmässig Gegenwart der umstrittenen Sache *in iure* forderte, so waren Grundstücke 'ihrer Natur nach' davon ausgeschlossen"; a continuación añade COING que el sentido de la expresión rebasa pronto su significación literal, pero es ese significado inmediato de realidad material el que aquí más nos interesa.

29) Cic., *de fin.*, 1.63: *omnium rerum natura cognita levamur superstitione*. Con la idea de naturaleza, "el hombre griego se libera del mundo hermético de lo sagrado. La 'physis' era primariamente lo sagrado y el haber podido revelarla en una idea adecuada constituye la humanización, el paso hacia la humanización más definitivo que el hombre ha dado en su historia": son palabras de María ZAMBRANO, *La agonía de Europa* (Madrid, 1988), 70.

gastada (30). En particular, la idea de un cierto orden objetivo, que por sí mismo se impone, aparece con notable frecuencia en las obras de Cicerón, quien habla, por ejemplo, de aquello que *naturae est accomodatum (de fin., 5.24)*, de *(res) quae erant congruentes cum praescriptione naturae (acad. quaest., 1.23)* y también de aquellas que *contra naturam sint (de fin., 3.31)*, de lo que *rerum natura non patitur (acad. quaest., 2.17.54)*, de *contra rerum naturam dicere (pro Sex. Roscio, 15.45)* o de pretender más de lo que *homini a rerum natura tribui potest (ep., 11.21.3)* (31). Por otra parte existe, según Cicerón, una *vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*, que no puede ser derogada o anulada y cuyo vínculo no puede ser roto por el Senado ni por la Asamblea: *nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus (de rep., 3.22.33)*, si bien es claro que Cicerón opera aquí con un concepto diferente de naturaleza, el mismo concepto que en el libro primero del *de legibus* utiliza como fundamento de la ley y el derecho y como criterio ético de la justicia, y que le lleva a calificar como perversión del orden de la naturaleza el derecho basado simplemente en la opinión o la voluntad de la masa:

30) RABEL, *Unmöglichkeit*, 194; MASCHI (*supra*, n. 8), 6, señala que no existe prácticamente un solo autor clásico en el que no aparezca el término *natura*.

31) MASCHI (*supra*, n. 8), 5, advierte de la dificultad que presenta la valoración del término *natura* en el lenguaje de Cicerón: "Non sappiamo infatti dove incominci il linguaggio commune, dove quello tecnico; fin dove si tratta di descrizione della realtà o di filosofia, di diritto positivo o di astrazione".

quodsi tanta potestas est stultorum sententiis atque iussis, ut eorum suffragiis rerum natura vertatur ... (de leg., 1.16.44).

Tampoco es ajeno a Cicerón el empleo de la frase *in rerum natura esse* para expresar posibilidad o existencia física: *in rerum natura fuisse (pro C. Rabir. perd., 2.24)*; *nihil est in rerum natura omnium, quod se universum profundat et quod totum repente evolvat (de or., 2.78.137)* (32).

Ya en época imperial, A. Cornelio Celso se sirve también de la frase *est in rerum natura, ut, etc. (de medicina, 7.2.6)* para significar que cabe en lo posible, que puede suceder (33). Por su parte, Quintiliano estima que *hoc quoque in rerum natura cadit* -es decir, es posible- *ut duos sapientes aliquando iustae causae in diversum trahant (Inst. Orat., 2.17.32)* (34). Valerio Máximo escribe: *iudicatum est enim, rerum natura non recipere, ut, etc. (8.1.abs.13)* con el sentido de que no es posible (35). Por último, Séneca confirma plenamente el significado de esta

32) Vid. también: Cic., *pro Sex. Rosc.*, 26.71: *hominem ex rerum natura sufferre et eripere*; *pro Ses.*, 42.91: *naturam rerum ferre*; *de prov. cons.*, 18.43: *ex rerum natura evellere*; *de amic.*, 7.23: *ex natura rerum eximere*; *ep.*, 6.10.5: *ad aequitatem et ad rerum naturam delabi*.

33) A. Cornelio Celso escribió en época de Tiberio una enciclopedia en 20 libros de los que sólo conservamos los ocho últimos, que tratan de la medicina; vid. A.G. AMATUCCI, *La letteratura di Roma imperiale* (Bologna, 1947), 24 y ss.

34) Quint., *declam.*, 368 (vid. F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani* [Milano, 1938], 663): *Matrimonia sunt ab ipsa rerum natura inventa*.

35) LEWIS and SHORT, *A Latin Dictionary* (Oxford, 1975), s.v. *natura* (1190): "that is not in accordance with nature, not possible". Vid. E. OTON SOBRINO, *Léxico de Valerio Máximo* (Madrid, 1984), 1315 y s.

expresión en un texto en el que incluso menciona, entre los ejemplos de cosas inexistentes *in rerum natura*, alguno de los que aparecen también en las fuentes jurídicas: *in rerum, inquit, natura quaedam sunt, quaedam non sunt, et haec autem, quae non sunt, rerum natura complectitur, quae animo succurrunt, tamquam Centauri, Gigantes et quidquid aliud falsa cogitatione formatum habere aliquam imaginem coepit, quamvis non habeat substantiam* (ep., 6.58.15).

4. *Rerum natura* en las fuentes jurídicas sobre la imposibilidad física de la prestación

Con el mismo valor e idéntico significado aparece en las fuentes sobre la imposibilidad física de la prestación la expresión que venimos considerando. Los textos que a este respecto se pueden traer a colación son tan numerosos como variados, y en todos ellos el concepto de *rerum natura*, especialmente formando parte de expresiones como *in rerum natura esse* o *in rerum natura non esse* (36), proporciona una clave interpretativa de uso generalizado (37).

Así por ejemplo, Ulpiano considera, a propósito de las cláusulas y pactos añadidos, que se deben tener por no puestas

36) Estas expresiones son equivalentes a *in rebus humanis esse* o *non esse*: vid. MASCHI (*supra*, n. 8), 65 y s.; también VIR, vol. IV, col. 25: *in rerum natura esse (non esse) = in rebus humanis esse*.

37) En lo que sigue no se pretende en absoluto agotar ni tan siquiera exponer el contenido problemático de los textos que se mencionan, sino únicamente ilustrar la utilización del concepto de *rerum natura* en materia de posibilidad-imposibilidad de la prestación.

aquellas cosas *quae in rerum natura non sunt* (D. 50.17.135 ; Ulp. 23 *ad ed.*) (38).

Su contemporáneo Paulo enseña que la *stipulatio in faciendo* es nula en principio cuando se promete aquello *quod natura fieri non concedit* (D. 45.1.35 pr. ; Paul. 22 *ad Sab.*), y de igual modo es nula la obligación de *dare* cuyo objeto *non sit in rerum natura* (D. 12.2.30.1 ; Paul. 18 *ad ed.* ; I. 3.19.1) (39). En cambio, cuando se promete un solar ajeno, el hecho de que su propietario edifique en él no determina la extinción de la obligación porque su objeto *non enim desiit in rerum natura esse*

38) Vid. P.E. VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique* (Paris, 1929), 135 y s.

39) En cuanto a la *naturalis ratio* que explica en D. 44.7.1.9 (Gai. 2 *aur.*) la nulidad de la estipulación de *dare* (*Si id, quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, palam est naturali ratione inutilem esse stipulationem*), MASCHI (*supra*, n. 8), 274 y n. 2, ve en ella una referencia a la realidad natural en relación con el objeto del negocio, en un sentido parecido al de D. 45.1.83.5 (Paul. 72 *ad ed.*) ; para BARTOŠEK (*supra*, n. 21), 482 y s., esa misma expresión indica algo que está de acuerdo con las condiciones de vida material y social de la sociedad romana de cierta época ; en cambio, BESELER (*supra*, n. 22), 320, la considera interpolada, lo que no parece descaminado habida cuenta de la ausencia de referencias semejantes en los pasajes paralelos de las Instituciones (3.97 y 97a, vid. *supra*, nota 4) y del *Epitome* (2.9.5) ; según W. WOŁODKIEWICZ, *Obbligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, en *RISG* 97 (1970), 100, todo se reduce a una forma de exposición distinta de la empleada por las Instituciones. D. 12.6.32 pr. (Iul. 10 *dig.*) se refiere a un supuesto de imposibilidad sobrevenida en una obligación alternativa: cuando aquel que debe alternativamente dos esclavos entrega ambos a la vez y luego uno de ellos *desiit in rerum natura esse*, la obligación se concentra de modo que el esclavo restante permanece *in soluto* y el deudor nada puede repetir ; vid. G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³ (Torino, 1966), 216 y s.

(D. 46.3.98.8 ; Paul. 15 *quaest.*) (40), de forma que es todavía susceptible de reclamación y se puede pagar su estimación. Entre los modos naturales de extinción de las estipulaciones menciona Pomponio, por su parte, el perecimiento físico de la *res* sin culpa del promitente : *cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit* (D. 46.3.107 ; Pomp. 2 *enchir.*) (41).

Por lo que se refiere a la compraventa, el contrato será nulo cuando su objeto, aunque exista acuerdo sobre él entre las partes, *in rerum natura ante venditionem esse desierit* (D. 18.1.15 pr. ; Paul. 5 *ad Sab.*) ; prescindiendo de posibles excepciones como la *emptio spei* o la *emptio rei speratae*, esa afirmación general de nulidad se explica por la imposibilidad de concebir una compraventa sin objeto corporal (*nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* : D. 18.1.8 pr. ; Pomp. 9 *ad Sab.*) (42), aunque su aplicación al caso concreto pueda quedar

40) El orden de ideas es diferente en D. 45.1.91.1, donde Paulo (7 *ad Plaut.*) se refiere a hipótesis de imposibilidad jurídica : *sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta vel sacer factus vel servus manumissus ...* ; U. RATTI, *Rinascita della proprietà in tema di accessione*, en *Studi Bonfante I* (Milano 1930), 292 y s., no tiene en cuenta adecuadamente esta distinción y por eso se apoya en D. 45.1.91.1 para sostener la interpolación de la frase *non enim - esse* en D. 46.3.98.8 ; sobre este último, vid. también C.A. CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la culpa debitoris nelle obbligazioni da stipulatio in dando*, en *SDHI* 32 (1966), 79 (n. 46), 82.

41) Sobre este texto, vid. sin embargo *supra*, § 1, n. 15 y texto correspondiente.

42) RABEL, *Unmöglichkeit*, 194 ; F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale* (Oxford, 1945), 14 ; P. STEIN, *Fault in the formation of contract in Roman Law and Scots Law* (Edinburgh, 1958), 78 y 99 ; V. ARANGIO-

matizada por la destrucción total o parcial del objeto y en función también de la *scientia* o *ignorantia* de cada parte (43).

Del mismo modo, la venta de la *hereditas eius, qui vivit aut nullus sit*, es nula (*nihil esse acti*) *quia in rerum natura non sit quod venierit* (D. 18.4.1 ; Pomp. 9 *ad Sab.*). La herencia de una persona viva es una herencia aún no causada y en esa medida actualmente inexistente (44), y lo mismo se puede decir de la herencia de una persona que no existe ; por otra parte, la venta de herencia se separa de la *emptio spei* porque requiere la existencia de una *res* (la propia *hereditas*) para ser válida y eficaz,

RUIZ, *La compravendita in diritto romano* (reimpr. Napoli, 1980 y 1987), 117.

43) Vid. D. 18.1.57 (Paul. 5 *ad Plaut.*) ; P. VOCI, *Le obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio* I, 1 (Milano, 1969), 136 y ss. ; de todos modos, este fragmento 57 está muy alterado : GROSSO (*supra*, n. 39), 66 y s. ; P. VOCI, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico*, en *Scritti beatificazione Ferrini* II (Milano, 1947), 368 y ss. ; ARANGIO-RUIZ (*supra*, n. 42), 127 y s., 210 nota ; para W. KUNKEL, en *ZSS* 46 (1926), 287, todo el fragmento sería "nicht Justinianisch, sondern ein kleiner vorJustinianischen Traktat".

44) En este sentido se pronunciaba ya F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* XVIII (Milano, 1907), 673 y s., apoyándose en D. 18.4.1, D. 18.4.7 y D. 50.17.62 (Iul. 6 *dig.*) : *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit*. Por el contrario, F. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano* (fasc. 1), en *Studi giuridici* III, 1 (Milano, 1960), 342 y ss., sostiene que la venta de la herencia de una persona viva o inexistente se plantea en D. 18.4.1 como venta de una cosa actualmente existente : no se trata de la venta de una herencia futura ; la misma observación se encuentra ya en C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano* I (Milano, 1949), 329 (la obra de FADDA es de 1900-1902), y es acogida por M. KASER, *Erbschafts Kauf und Hoffnungs Kauf*, en *BIDR* 74 (1971), 59 ; vid. también A. FEDELE, *La compravendita dell'eredità* (Torino, 1977), 112 y s.

y de ahí la nulidad de la venta de una herencia actualmente inexistente: *cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur* (D. 18.4.7; Paul. 14 ad Plaut.) (45).

Sin embargo, cuando Pomponio señala en D. 18.4.1 que la *hereditas vivi aut nullius* no existe *in rerum natura*, o cuando Paulo en D. 18.4.7 requiere que la herencia en cuanto *res* exista para que su venta sea válida, es cuando menos dudoso que se estén refiriendo a la existencia física que normalmente se indica con la frase *in rerum natura esse*. Al menos en el caso de una persona viva, herencia inexistente significa herencia no causada todavía (46), pero eso no nos dice nada acerca de la existencia actual y real de las "cosas" que en el futuro puedan llegar a formar parte de la sucesión. La *hereditas* es concebida por los

45) RABEL, *Unmöglichkeit*, 194; VOCI, *L'estensione dell'obbligo*, 372 y s.; STEIN (*supra*, n. 42), 80 y s.; A. CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura* (Salamanca, 1963), 41, 164 y s.; A. TORRENT, *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho romano* (Salamanca, 1966), 158 y ss.; KASER (*supra*, n. 44), 50 y s., 58 y s.; F. PETERS, *Zum dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf*, en *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag* (München, 1976), 296 y ss. Desde el punto de vista del resarcimiento, vid. D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes* (Köln - Graz, 1962), 166 y s.; H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht* (München, 1969), 110 y s.; VASSALLI (*supra*, n. 44), 366 y ss., apunta numerosos indicios de alteración en el texto de D. 18.4.7; *contra* G. LONGO, *Le res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita nulli*, en *Studi Bonfante III* (Milano, 1930), 379 y s.; VOCI, *L'estensione dell'obbligo*, *loc. cit.*; ID., *Le obbligazioni*, 146 y s.

46) TORRENT (*supra*, n. 45), 158 y s.

romanos como *res incorporalis* y como *nomen iuris* (47); por ello, aunque objeto de la venta de herencia deban considerarse los bienes concretos que han llegado al vendedor a título hereditario, en el estado físico y jurídico en que se encuentran en el momento de celebrarse el contrato (48), hay auténtica dificultad para admitir que Pomponio quisiera expresar la inexistencia física de la herencia apuntando que la misma *non est in rerum natura*. En consecuencia, estas palabras asumen en este contexto un significado impreciso que se aleja claramente del que les es habitual en las fuentes (49), y acaso haya que concluir que la venta de una herencia inexistente no se incluye entre los casos de imposibilidad física.

Tampoco en la venta o estipulación de un esclavo *in potestate hostium* se aprecia imposibilidad física, según Octaviano (en

47) G. 2.14: *Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut hereditas ... Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur*, etc.; D. 50.16.119 (Pomp. 3 ad Q. Muc.): "*Hereditatis*" appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio; D. 5.3.50 pr. (Pap. 6 quaest.): *Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*; D. 50.16.178.1 (Ulp. 49 ad Sab.): "*Hereditas*" iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit: hereditas autem vel maxime fructibus augetur (este texto se refería originariamente a la venta de herencia: LENEL, *Palingenesia* II, col. 1190). Vid. RABEL, *Unmöglichkeit*, 194; B. BIONDI, *La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane*, en *BIDR* 61 (1958), 23 y s., 28 y s., 35; U. ROBBE, *La successio e la distinzione fra successio in ius e successio in locum* I (Milano, 1965), 4 y ss.; TORRENT (*supra*, n. 45), 198 y ss.

48) ARANGIO-RUIZ (*supra*, n. 42), 116; TORRENT (*supra*, n. 45), 158, 163, 206; FEDELE (*supra*, n. 44), 148 y ss.

49) Vid. MASCHI (*supra*, n. 8), 70, y especialmente WALDSTEIN (*supra*, n. 8), 54 y s.

D. 19.1.55 ; Pomp. 10 *epist.*), porque existe *commercium* entre las partes (50) y, no tratándose de un objeto inexistente, el obstáculo que se opone al cumplimiento supone simple dificultad subjetiva, insuficiente para invalidar el contrato y no derivada de la realidad material en sentido absoluto: *potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura* (51).

En materia de legados tenemos un texto de Javoleno que nos ayuda a precisar el significado del concepto de *rerum natura* como fundamento de la imposibilidad física y que a la vez proporciona un indicio de la antigüedad del uso técnico de ese concepto por los juristas romanos. Ese texto es D. 33.6.7.1 (Iav. 2 *ex post. Lab.*) y dice lo siguiente :

'Lucio Titio tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendeant, heres dato'. Ofilius nihil legatum esse, quod et Labeo probat, quoniam eiusmodi triticum in rerum natura non esset : quod verum puto.

50) SARGENTI (*supra*, n. 15), 185 nota 45, llama la atención sobre el contraste entre la inicial comparación de la compraventa y la estipulación y la motivación subsiguiente que se limita al primero de esos contratos: *quia inter ementem et vendentem esset commercium*; también M. KASER, *Vom Begriff des commercium*, en *Studi Arangio-Ruiz II* (Napoli, 1953), 163 n. 102, rechaza por falsa la referencia a la estipulación y coincide con RABEL (*Origine de la règle*, 485 y s.) en la atribución a los compiladores de la frase final del fragmento.

51) Con la restitución que MOMMSEN propone para esta frase (*quam eum non esse in rerum natura*), el peso de la argumentación se desplaza de la capacidad o *commercium* de los contratantes al asunto de la imposibilidad física de la prestación, que aquí no se da porque el esclavo existe *in rerum natura*; RABEL, *Origine de la règle*, 509 n. 1, considera superflua tal restitución.

En este fragmento, libre de sospecha si nos atenemos al *Index Interpolationum*, recoge Javoleno la opinión, en la que él mismo coincide, del republicano Ofilio y el clásico Labeón acerca de la nulidad de un legado de cosa genérica concebido en tales términos que el género correspondiente simplemente no existe, pues desde luego, como se viene a decir en el texto, no se da en la naturaleza de las cosas un género de trigo tal que cada modio del mismo (medida de capacidad de unos nueve litros) pueda pesar más de cien libras (más de treinta kilogramos) (52). Es éste un dato del mundo corporal, de la realidad física, que representa un límite insuperable para la libertad de disposición del testador ; tal y como éste lo ha ordenado, el legado resulta incongruente con esa realidad de hecho y carece en consecuencia de la base natural que debería posibilitar su cumplimiento: su nulidad es absoluta (*nihil esse acti*).

Por lo que se refiere a la época en que se inicia la utilización explícita de este concepto por los juristas, Javoleno parece atribuir a Labeón la explicación *quoniam eiusmodi triticum in rerum natura non esset*, lo que nos permite afirmar que esa

52) RABEL, *Unmöglichkeit*, 194 y s. De forma genérica se refieren a la cuestión C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi* (reed. Roma, 1976), 232, y G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*² (Torino, 1962), 241. Por su parte, HORAK (*supra*, n.13), 277 y s., escribe a propósito del texto que nos ocupa : "Die Begründung erfolgt aus dem (stillschweigend vorausgesetzten) Obersatz, daß nicht Existierendes nicht Gegenstand einer Leitungspflicht sein könne (vgl. D. 50.17.185!), und dem (ausgesprochenen) Untersatz, daß Getreide, bei dem ein Scheffel *pondo C* wiegt, nicht existiert... Niemand wird Labeo einen Vorwurf machen, weil er sich kürzer gefaßt hat. Im Gegenteil : er hätte sich auch die Begründung selbst sparen können, so selbstverständlich ist sie" ; DAUBE (*supra*, n. 17), 1155 y s. ; WALDSTEIN (*supra*, n. 8), 32 y n. 109.

utilización data cuando menos de comienzos de la época clásica (53).

También en otros textos sobre los legados se expresa la inexistencia del objeto y, por tanto, la imposibilidad de la prestación con la idea de que *non est in rerum natura*. Así, en un caso de *falsa demonstratio* (*qui quinque in arca habebat ita legavit* (54) ... '*decem quae in arca habeo*') señala Africano (D. 30.108.10 ; Afric. 5 *quaest.*) que el legado, aunque válido, necesita la oportuna reducción porque *quodammodo certum corpus, quod in rerum natura non sit, legatum videtur*. Por otra parte, el incumplimiento, imputable al heredero, de un legado de usufructo por un periodo continuo a contar desde un momento determinado (en nuestro caso, *a morte testatoris*) se equipara al supuesto del perecimiento físico del objeto legado durante la mora del deudor (*quemadmodum ... si res legata in rerum natura esse desisset, quam quis deberet, moratusque esset in ea danda*) ; no es posible ya pedir el usufructo porque, habiendo transcurrido el periodo señalado por el testador, se trataría de otro distinto de aquel que constituía el objeto del legado, el cual ya no puede darse *in rerum natura* : *ut peti quidem iam usus fructus qui*

53) RABEL, *Unmöglichkeit*, 194 y n. 1. En apoyo de un uso todavía más antiguo podría citarse D. 35.1.40.4 (lav. 2 *ex post Lab.*) : Labeón, Ofilio, Trebacio (*quia ... in rerum natura sit*).

54) En realidad, el fragmento menciona también la estipulación, pero esto se considera fruto de una alteración : vid. *Index interpolationum, a.h.l.* ; contra R. ASTOFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano* (Padova, 1969), 224 n. 133. Sobre D. 30.108.10 vid. últimamente, con amplitud, A. MURILLO VILLAR, *El riesgo en el legado (del Derecho romano al Código civil)* (Burgos, 1993), 54 y ss.

legatus sit non possit, quia alius futurus sit quam qui legatus fuerit (D. 33.2.6 ; Pomp. 15 *ad Sab.*) (55). El cumplimiento del legado resulta también físicamente imposible cuando el heredero destruye su objeto, haciéndose así responsable de la inexistencia del mismo *in rerum natura* (D. 30.48.1 ; Pomp. 6 *ad Sab.*). En cambio, en caso de entrega simultánea de los dos esclavos alternativamente legados y muerte posterior de ambos o de uno de ellos (*desiit in rerum natura esse*), nada puede repetir el heredero, pues el otro permanece *in soluto* (D. 12.6.32 pr. ; Iul. 10 *dig.*).

Por otra parte, según el parecer de Juliano, referido por Paulo en D. 42.2.3 (9 *ad Plaut.*), la inexistencia de la *res certa* legada no impide la condena de quien se confiesa deudor del legado en cuestión, sea que la cosa *in rerum natura non fuisset*, sea que *a natura recessit*, mientras que la opinión del propio Paulo no parece coincidir exactamente con la de Juliano si nos atenemos a D. 42.2.8 (Paul. 4 *ad Sab.*): *non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae, an in rerum natura esset, incertum sit* (56). A este mismo problema se refiere D. 30.69.5

55) GROSSO (*supra*, n. 52), 289 n. 3 ; vid. M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis* (Padova, 1979), 111 y ss., sobre la exclusion de la *perpetuatio obligationis* en este tipo de casos ; *contra* M. KASER, *Perpetuari obligationem*, en *SDHI* 46 (1986), 136 y s. Muy parecido es el caso de las *operae libertorum* (vid. *infra*).

56) Sobre la posible conciliación de estos dos textos, vid. S. DI PAOLA, *Confessio in iure* I (Milano, 1952), 95 y ss. ; literatura en M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht* (München, 1966), 204 nn. 34 y 35. LENEL, *Palingenesia* I, col. 406, sugiere la inserción del fragmento n° 3 en el libro 33 *digestorum* de Juliano, bajo la rúbrica de *his quae per damnationem legantur : si ex testamento agatur* (col. 401) ; también el fragmento n° 4

(Gai. 2 de leg. ad ed. praet.): *si res quae legata est an in rerum natura sit dubitetur, forte si dubium sit, an homo legatus vivat*; en este supuesto, el heredero, demandado con la *actio ex testamento*, es obligado por el juez a prestar caución de buscar la cosa y entregarla, si la encuentra, al legatario.

Por último, en algunos textos la distinción entre condiciones posibles e imposibles se apoya igualmente en el criterio de la naturaleza de las cosas: (*condicio possibilis, quae per rerum natura admitti potest, impossibilis, quae non potest* (Paul. Sent., 3.4b.1); *ea condicio, quae natura impossibilis est* (D. 45.1.137.6; Venul. 1 stip.); *impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat* (I. 3.19.11) (57).

se refiere a una obligación nacida de legado: vid. LENEL, *Palingenesia* I, col. 1260.

57) Gayo habla, con un significado del todo semejante, de una condición *quae existere non potest, velut 'si digito caelum tetigerit'* (G. 3.98). COSENTINI (*supra*, n. 4), 21 y ss., niega la clasicidad de Paul. Sent., 3.4b.1 y extiende su planteamiento (pp. 16 y ss.) al examen de algunos textos relativos a la imposibilidad de la prestación -especialmente a G. 3.97 y 97a e I. 3.19.1-, pero sus resultados, aceptables por lo que se refiere a la integración del texto de G. 3.97a, no convencen en general; es rechazable, en concreto, la idea de que fue Justiniano el primero en servirse de la noción de *rerum natura* para determinar el concepto de imposibilidad, circunscribiéndolo, en consecuencia, a la sola imposibilidad física. Vid. MAYER-MALY (*supra*, n. 14), 119 y ss.; WALDSTEIN (*supra*, n. 8), 65 n. 219.

5. Obligaciones válidas que recaen sobre objetos actualmente inexistentes *in rerum natura*

Hasta ahora hemos venido viendo cómo operan los juristas en estos casos con un concepto de *rerum natura* que se identifica prácticamente con la naturaleza en su sentido puramente corporal o material, esto es, con la realidad física de las cosas y con lo que es o no posible de acuerdo con esa realidad. Existen, sin embargo, casos determinados en los cuales la inexistencia actual del objeto debido no impide el nacimiento de una obligación válida. Eso es lo que sucede, por ejemplo, con la venta de cosa futura o *emptio rei speratae* propiamente dicha (D. 18.1.8 pr. ; Pomp. 9 *ad Sab.* ; D. 18.1.34.2 ; Paul. 33 *ad ed.*)⁽⁵⁸⁾, con la estipulación de cosa futura, que encierra dilación *ex re ipsa* (D. 45.1.73 pr. ; Paul. 24 *ad ed.* ; D. 45.1.83.5 ; Paul. 72 *ad ed.*), o con el legado damnatorio cuyo objeto *in rerum natura adhuc non sit* (D. 30.24 pr. ; Pomp. 5 *ad Sab.*), que se considera perfectamente admisible, al igual que la venta y la estipulación, como negocio condicionado a la futura pero efectiva existencia de la cosa : *ea quoque res quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest* (G. 2.203 ; *Ep. Gai.*, 2.5.3 ; I. 2.20.7)⁽⁵⁹⁾ ; *inest autem condicio legati, veluti cum ita legamus: 'quod ex Arescusa natum fuerit, heres dato' aut*

58) Según Pomponio en D. 18.1.8.1 (9 *ad Sab.*), la *emptio spei* es verdaderamente una *emptio sine re* en sentido material. Vid. sobre este texto D. DAUBE, *Purchase of a prospective haul*, en *Studi Paoli* (Firenze, 1956), 204 y ss. ; ARANGIO-RUIZ (*supra*, n. 42), 119 y s. ; F. SENN, *La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit*, en *RHDFE* (1956), 170 y ss.

59) DAUBE (*supra*, n. 17), 1156.

'fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, heres dato' (D. 35.1.1.3; Pomp. 3 ad Q. Muc.); tunc enim incipit actio, cum ea (res) per rerum naturam praestari potest (D. 45.1.73 pr.); cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio recte facta intellegatur (D. 18.1.8 pr.) (60).

6. Las operae libertorum

De todos modos, el caso quizá más llamativo de obligación válida cuyo objeto carece de existencia real y actual *in rerum natura* es el de las *operae libertorum*. De ellas dice Ulpiano que *in rerum natura non sunt* (D. 38.1.9 pr.; Ulp. 34 ad Sab.), y Paulo explica por su parte que las *operae* consisten *in actu*, por lo que sólo cuando llega el día en que deben ser prestadas comienzan a existir *in rerum natura* (D. 7.7.1; Paul 2 ad ed.) (61). Paulo añade que el caso es semejante al de la

60) Para GROSSO (*supra*, n. 39), 52, se trata en estos casos de una *condicio iuris*; M. KASER, *Condicio iuris und condicio tacita*, en *Eos* 48/1, *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae* I (1956), 430 n. 31, dice que D. 45.1.73 pr. equipara los casos *si id quod in utero sit aut fructus futuros aut domum aedificari stipulatus sit* y los trata "nur als betagte, nicht als bedingte Leistungsversprechen"; SENN (*supra*, n. 58), 174 y s., afirma que D. 45.1.73 pr. se refiere a una estipulación pura y simple: *interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit*; por su parte, H.J. LEGIER, *Tacita condicio*, en *RHDFE* (1966), 29 n. 149, sostiene la alteración de los textos en los que Paulo admite la inserción de una condición tácita en la estipulación: D. 45.1.73 pr. y D. 45.1.83.5; sobre la *emptio rei speratae*, vid. ARANGIO-RUIZ (*supra*, n. 42), 117 y s.; CALONGE (*supra*, n. 45), 17 y ss.; V. KURZ, *Emptio rei speratae pura oder sub condicione*, en *Labeo* 20 (1974), 194 y ss.

61) A. DESCHAMPS, *L'expression locare operas et le travail comme objet de contrat à Rome*, en *Mélanges Gérardin* (Paris, 1907), 166; F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano* (Milano, 1946), 15 y

estipulación de cosa futura (*quemadmodum cum stipulamur 'quod ex Arethusa natum erit'*) (62), pero este parangón, que es

s. ; R. MARTINI, *Mercennarius. Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano* (Milano, 1958), 17 y ss., quien aprecia un desacuerdo entre las definiciones de *operae* de Paulo y Ulpiano ; BIANCHI FOSSATI VANZETTI (*supra*, n. 55), 68 ; KASER, (*supra*, n. 55), 135 ; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven* (Stuttgart, 1986), 217 y s., resume la opinión dominante en esta materia. La mención de la *rerum natura* en D. 38.1.20 pr. (Paul. 40 *ad. ed.*) en relación con la necesidad de dejar al liberto, los días en que éste presta los servicios, tiempo suficiente para procurarse alimento (*...unusquisque, quod spondit, suo impendio dare debet, quamdiu id quod debet in rerum natura est*) es considerada como una interpolación o glosema por RABEL, *Origine de la règle*, 480 n. 1 ; vid. también BESELER, en ZSS 45 (1925), p. 450, y D. DAUBE, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, en ZSS 76 (1959) = *Collected Studies In Roman Law II, cit.*, 866, para quien aquí se aprecia el resto de una extraña doctrina clásica ; por su parte WALDSTEIN (*op. cit.*, 221 n. 21) refiere la frase a la posibilidad física de la prestación de *operae*, que decaería si el liberto no obtuviera alimento. Sobre la concepción clásica de las *operae* como auténticas "cosas", vid. DE ROBERTIS, 17 y ss. y MARTINI, 17 ; J.A.C. THOMAS, *Locatio and operae*, en *BIDR* 64 (1961), 233 ; (para la opinión de WALDSTEIN vid. nota siguiente). GROSSO (*supra*, n. 39), 16 n. 1, advierte que la equiparación de las *operae* a las auténticas *res* (en concreto a las cosas de cantidad) se da sólo a determinados efectos ; según F. PASTORI, *Conceito e struttura della obbligazione nel diritto romano* (Milano, 1985), 143 y s., las *operae* resultan asimiladas a las auténticas *res* por razones de orden histórico (su primitiva consideración como frutos de los esclavos : fruto de una *res* y por tanto *res*) y por conveniencia práctica a fin de incluir la prestación de *operae* en el esquema de la prestación de *dare rem*.

62) WALDSTEIN (*supra*, n. 61), 219 y ss., defiende la consideración de la *opera* como cosa futura que existirá *in rerum natura* "sobald sie fällig und geleistet wird". En su opinión, la lectura de las fuentes no respalda la existencia de un principio general según el cual *operae in rerum natura non sunt* : Paulo (D. 7.7.1) recuerda el ejemplo del parto de una esclava, y la afirmación de Ulpiano (D. 38.1.9 pr.) pierde su alcance general si se la restituye a su contexto original (donde aludiría a *operae* de un esclavo dotal "consumidas" por el marido durante el matrimonio y, por consiguiente, no sujetas a reembolso) ; vid. también W. WALDSTEIN, *Zur Frage der*

válido en la medida en que, como aclara el propio Paulo en D. 45.1.73 pr., en ambos casos se da una dilación *ex re ipsa* que retrasa el ejercicio de la acción hasta el momento en que la prestación ya ha podido ser cumplida *per rerum naturam* (63), puede resultar engañoso si se olvida que, a diferencia de la estipulación de cosa futura, la obligación de *dare operas* a cargo del liberto no se configura necesariamente como una obligación condicional.

La diferencia estriba, como es evidente, en que de la estipulación, como en general del negocio sobre cosa futura, no nace en principio ninguna obligación, en espera de que se cumpla la condición consistente en la efectiva existencia de la cosa debida, mientras que el liberto está desde el principio incondicionalmente obligado a prestar sus servicios al patrono cuando éste se los requiera, sin que quepa entender tal requerimiento, en contra de lo que piensa algún autor (64), como una condición suspensiva de cuyo cumplimiento dependa el nacimiento de la obligación del liberto -pues esa misma consideración convendría entonces a cualquier acto de reclamación de su derecho por parte de un acreedor-, sino, más bien, como un acto de actualización y determinación por virtud

condictio bei irrtümlicher Leistung nichtgeschuldeter operae, en *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser* (Wien, 1986) 320 y s.

63) D. 50.17.186 (Cel. 12 dig. [*de operis libertorum*]): *Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit*. Vid. DAUBE (*supra*, n. 61), 865 y ss.

64) BIANCHI FOSSATI VANZETTI (*supra*, n. 55), 66 y ss.

del cual se hace posible la conjunción de tiempo y actividad necesaria para el cumplimiento de esa obligación a tenor del concepto mismo de *opera* como jornada de trabajo (65) que sólo puede ser prestada en el día señalado por el patrono.

Ese, y no otro, es el sentido que se debe dar a las palabras de Gayo cuando afirma : *cum enim operarum editio nihil aliud sit quam officii praestatio, absurdum est credere alio die deberi officium quam quo is vellet, cui praestandum est* (D. 38.1.22 pr. ; Gai. 14 *ad ed. prov.*). Por otra parte, tampoco la frase inicial de este mismo fragmento (*cum patronus operas stipulatus sit, tunc scilicet committitur stipulatio, cum poposcerit nec libertus praestiterit*) puede servir de apoyo a esta concepción de la obligación del liberto como una obligación sometida a la condición suspensiva de la *indictio* del patrono, porque esto nos conduciría, en la interpretación del texto, al absurdo resultado de una obligación que nace *después* de haberse solicitado e incumplido su ejecución (66). En realidad, las palabras *tunc scilicet committitur stipulatio* parecen más bien referidas a la posibilidad de entablar la reclamación judicial subsiguiente al incumplimiento y, por tanto, exactamente a lo mismo que

65) D. 38.1.1 (Paul. *l. sing. de var. lect.*): *operae sunt diurnum officium* (vid. D. LIEBS, *Variae lectiones (zwei Juristenschriften)*, en *Studi Volterra* 5 [Milano, 1971], 83); D. 38.1.3.1 (Pomp. 6 *ad Sab.*): *nec pars operae per horas solvi potest, quia id est officii diurni*; D. 40.7.20.5 (Paul. 16 *ad Plaut.*): *operae per singulos dies dantur*.

66) ALBANESE (*supra*, n. 7), 78, señala que para que pueda hablarse de incumplimiento es necesario que las *operae* sean *praeteritae*; es decir, ya debidas según las modalidades de la promesa, específicamente requeridas (*indicere operas*) por el patrono y no prestadas.

D. 45.1.73 pr. o D. 50.17.186, este último en su conexión original (67).

Nos queda todavía el obstáculo de D. 38.1.24 (Iul. 52 dig.), donde se afirma expresamente que las *operae libertorum confestim non cedunt, quia id agi inter eos* -es decir, entre patrono y liberto- *videtur, ne ante cederent quam indictae fuissent* (68). Sin embargo, puesto que la prestación a la que se obliga el liberto no consiste en cumplir cualesquiera jornadas laborales, sino aquellas concretas *operae* que el patrono en aras de su propia conveniencia le solicite (69), tampoco aquí la *indictio* se configura como condición suspensiva, sino, claramente, como un acto de determinación (en sentido temporal) de una prestación no plenamente determinada (en este sentido) con anterioridad (70).

Por lo demás, los textos relativos a la obligación de *dare operas* no hablan en absoluto de *condicio*, sino que emplean una

67) Vid. *supra*, n. 63.

68) S. SOLAZZI, *Sull'obbligazione a termine iniziale*, en *Iura* 1 (1950), 36, entiende que la obligación del liberto no nace inmediatamente; vid. también R. KNÜTEL, *Stipulatio und pacta*, en *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag* (München, 1976), 204 y s.

69) D. 38.1.22 pr. y D. 38.1.24; vid. G. FABRE, *Libertus. Patrons et affranchis à Rome* (Roma, 1981), 326.

70) WALDSTEIN (*supra*, n. 8), 33, señala, también a propósito de D. 7.7.1, que el paralelismo con el caso del parto de una esclava "macht einerseits die Realitätsbezogenheit klar, andererseits wird aber hier ein rechtliches Element als Voraussetzung für die Konstituierung der spezifischen Realität der *opera* mit dem faktischen Vorgang verbunden. Erst beides zusammen ergibt die Realität *opera*", y concluye (p. 34): "Es handelt sich also nicht um eine allein von Natur aus gegebene oder entstehende Realität".

terminología que parece más propia del término, y esto únicamente para determinar el espacio temporal que los servicios necesitan por su propia naturaleza para ser cumplidos (71). Así pues, esas expresiones hacen alusión a la determinación *a posteriori* de un término en el que la prestación debe ser cumplida por el liberto. Como señala DE ROBERTIS (72), las *operae officiales* comenzaban a "cedere" *ex die petitionis* porque, por la propia naturaleza de la relación, el liberto debía prestarlas *ex commodo patroni*, según dice Juliano en D. 38.1.24. Y que nada hay en ello de extraño jurídicamente lo confirma la semejanza de esta situación con la posibilidad -documentada- de confiar a la decisión del acreedor la fijación del momento en que un mutuo debe ser devuelto (73).

Nos encontramos, en definitiva, con una obligación, la de *dare operas*, cuyo objeto está tan estrechamente vinculado al momento cronológico que no se considera físicamente existente

71) D. 7.7.1: *si dies venit*; D. 38.1.23.1 (Iul. 22 dig.): *dies operarum cedere*; D. 45.1.73 pr.: *dies earum (operarum) cedit*; D. 38.1.24: *re ipsa inest obligationi tractus temporis, sicuti cum Ephesi dari stipuletur, dies continetur*. VOCI, *Le obbligazioni*, 304 (en p. 307 n. 33 dice que las *operae libertorum* "non cedunt se non dal giorno dell'indictio"). En cambio, no parece que K. VISKY, rec. a P. PESCANI, *Le operae libertorum. Saggio storico-romanistico* (Trieste, 1967), en *Index* 1 (1970), 221 y ss., comparta la concepción de la *indictio* como condición suspensiva, pues dice (p. 224) que sobre la base de la *stipulatio operarum* el patrono podía "specificare il termine" más conveniente para el cumplimiento de la prestación. Por su parte, DE ROBERTIS (*supra*, n. 61), 32 y s., traduce (*operae*) *cedere* por "maturare".

72) DE ROBERTIS (*supra*, n. 61), 108 y ss.

73) En efecto, C.G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*⁷ (Tübingen, 1909), recoge bajo el n° 153 (p. 352) casos de mutuo a restituir *qua die petierit*.

sino en el momento en que el patrono solicita y el liberto presta los servicios correspondientes. Pasado ese momento -ese tiempo- sin que el liberto haya atendido el requerimiento del patrono, la prestación ya no puede ser cumplida porque su objeto, conexión inescindible de tiempo y actividad, no puede existir in *rerum natura* (74). Por eso no cabe hablar en estas circunstancias de *mora debitoris*: ésta, en cuanto simple retraso imputable en el cumplimiento, presupone que la prestación es todavía posible, pero esto es justamente lo que no ocurre en el caso de las *operae libertorum*, donde incumplimiento e imposibilidad física definitiva van unidos en el sentido de que el primero ocasiona inevitablemente la segunda (75).

7. La obligación de *dare operas* y la obligación de cosa futura

Resulta así que el caso de las *operae indictae nec praestitae* se asemeja al de la obligación de cosa futura en la que el propio deudor impide que la cosa debida llegue a alcanzar existencia física; también en este caso la prestación resulta ya de imposible cumplimiento porque su objeto no existe ni llegará a existir in *rerum natura*. Pero la semejanza no va más allá. Las *operae* no

74) DE ROBERTIS (*supra*, n. 61), 15 y s., 29 y ss. D. 12.6.26.12 (Ulp. 26 *ad ed.*): ... *nam plerumque robur hominis, aetas, tempus, opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest.*

75) KASER (*supra*, n. 55), 107 y nn. 77 y 205. Sobre la *perpetuatio obligationis* en estos casos, vid. en sentidos contrapuestos BIANCHI FOSSATI VANZETTI (*supra*, n. 55), 91 y ss., y el propio KASER, *ibid.* 135 y s.

son una cosa futura que, como el parto de la esclava o los frutos aún no producidos, pueda o deba llegar a existir según lo acostumbrado en el orden natural de las cosas ; por el contrario, es habitualmente la conducta del liberto ante la *indictio* de su patrono lo que decidirá su existencia o inexistencia *in rerum natura*. De ahí que, dejando aparte algunos supuestos en los que el incumplimiento y por ende la imposibilidad no resultan imputables al deudor (76), las fuentes coincidan en afirmar que sólo se puede entablar reclamación judicial por aquellos servicios que han sido solicitados e incumplidos por el liberto (77), esto es, por aquellos servicios que no han llegado a existir *in rerum natura* (78). Esta es una hipótesis de imposibilidad sobrevenida del todo semejante a la del legado de usufructo poco antes recogida (79) : la obligación es inicialmente válida y su prestación sin duda posible ; su cumplimiento dependiente, como en todos los casos, de la voluntad del deudor (en el caso de

76) Un caso bien claro es el del liberto que se ve impedido de prestar las *operae* que su patrono le requiere como consecuencia de una enfermedad : D. 38.1.15 pr. (Ulp. 38 *ad ed.*) ; un caso distinto en D. 38.1.23.1 (Iul. 22 *dig.*).

77) D. 38.1.13.2 (Ulp. 38 *ad ed.*) : *iudicium de operis tunc locum habet, cum operae praeterierint. Praeterire autem non possunt, antequam incipiant cedere, et incipiunt posteaquam fuerint indictae* ; en el mismo sentido, D. 38.1.3 pr. ; D. 38.1.8 pr. ; D. 38.1.22 pr. ; D. 38.1.24 e incluso D. 45.1.73 pr.

78) Las *operae libertorum* pueden ser *praeteritae* (requeridas por el patrono y definitivamente incumplidas por el liberto) o *futuræ*, pero ni unas ni otras tienen existencia actual *in rerum natura* ; vid. B. BIONDI, *Iudicium operarum*, en *Annali Perugia*, 1914 = *Scritti giuridici* III (Milano, 1965), 70.

79) Vid. *supra*, § 4: D. 33.2.6.

las *operae*, también de su actualización por la *indictio* del patrono); su incumplimiento, definitivo, irrecuperable.

En cambio, en la obligación sobre cosa futura, la imposibilidad sobrevenida sólo es concebible una vez que la *res* ha llegado a existir *in rerum natura*. Si, por el contrario, tal existencia no llega a darse, se habrá frustrado la condición que suspendía el nacimiento de la obligación correspondiente, y será necesario, en su caso, acudir al cumplimiento ficticio de la condición (80).

80) Poco importa a este respecto que se trate de una condición implícita. Para la compraventa, vid. ARANGIO-RUIZ (*supra*, n. 42), 117 y s., 210; A. MASI, *Studi sulla condizione in diritto romano* (Milano, 1966), 224 y s.; *contra* G. DONATUTI, *Sull'adempimento fittizio delle condizioni*, en *SDHI* 3 (1937), 72 y s. Para la estipulación, VOCI, *Le obbligazioni*, 48 n. 21; *contra* DONATUTI, 74 y s., para quien el cumplimiento ficticio de la condición sólo se daba, en el derecho clásico, en aquellos negocios que se interpretaban *ex voluntate*. Legados: FERRINI (*supra*, n. 52), 364; GROSSO (*supra*, n. 52), 457 y ss. Dice BETTI, *Istituzioni* II, 1, 45, que "l'idoneità e l'esistenza dell'oggetto, quando sia plausibile prevedere il suo venire in essere come cosa futura, dev'essere apprezzata con riguardo al tempo dell'avverarsi della previsione", y cita en n. 36 D. 45.1.73 pr.