

CONSIDERACION DEL *CONSTITUTUM DEBITI*

COMO GARANTIA PERSONAL ABSTRACTA

EVA MARÍA POLO ARÉVALO
UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ
ELCHE (ALICANTE)

El desarrollo de las relaciones comerciales en ámbitos que exceden el marco nacional exige el establecimiento de un sistema de garantías que asegure el cumplimiento de las obligaciones que surgen en el tráfico negocial. En Roma, la inexistencia de un registro que diera publicidad a la titularidad de los bienes, las cargas y gravámenes que pesaban sobre ellos, ocasionaba que el sistema de garantía personal fuera preferido al de garantía real¹. Resulta evidente que la vinculación de una *res* –sobre todo en el caso de inmuebles— para garantizar el cumplimiento de una obligación requiere la seguridad jurídica que proporciona la publicidad registral a la que el acreedor puede acudir para informarse del estado de cargas del bien ofrecido en garantía; de ahí que el tráfico negocial romano diera prioridad al sistema de garantías personales, sobre todo a partir de la expansión territorial que posibilitó el establecimiento de relaciones comerciales entre poblaciones heterogéneas con ordenamientos jurídicos diversos.

La complejidad de la práctica comercial romana desarrollada a partir del siglo III a.C. ocasionó el surgimiento de garantías personales que iban más allá de las formas tradicionales de afianzamiento empleadas². Como afirma ARCHI la multiplicidad de institutos que en derecho clásico operaban en el ámbito de la garantía para dar impulso a la circulación del crédito se pone de manifiesto en los escritos de los grandes jurisconsultos de

¹ FERNANDEZ BARREIRO Y PARICIO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*, Madrid, 1991, p. 439.

² Como pone de manifiesto ARCHI la simplificación operada en el *Corpus Iuris* respecto al tema de las garantías personales no refleja bien la concepción clásica que ofrece una gran riqueza de soluciones al problema de las garantías del crédito. Esta riqueza de soluciones se debe a las exigencias prácticas que imponen a los juristas tener presente la intensidad y amplitud de las garantías que se debían prestar según los casos. Por ello, continua el autor, “*la molteplicità degli istituti, che in diritto classico operano nell’ambito di questo lato concetto di garanzia del credito, con strutture proprie adguate ai diversi fini individuati con grande finezza dal sistema romano nel suo trapazo dalla giurisprudenza tardo-republicana a quella del Principato*”. ARCHI, “*Contributi alla critica del Corpus Iuris. II. Riforme giustinianee in tema di garanzie personali*”, en *BIDR, Terza Serie, IV (Vol LXV dell’intera collezione)*, 1962, p 133.

la primera mitad del siglo III, que tendían a resolver problemas existentes en un mundo económico rico y exigente³. En efecto, la frecuencia de relaciones comerciales –no sólo en el ámbito interno sino también en el internacional— en una sociedad de ordenamientos dispares debía frenar, sin duda, operaciones mercantiles de gran envergadura⁴; si a ello se suma que los instrumentos de garantía existentes para asegurar la obligación del deudor tenían una fuerte vinculación con la relación originaria, seguramente existirían numerosos obstáculos para dar la imprescindible seguridad exigida en la praxis comercial⁵. De ahí que se buscara un instrumento de garantía que permitiera dar la mayor flexibilidad y seguridad al acreedor y que las exigencias de la práctica negocial encontraran una respuesta en el denominado *constitutum debiti alienii*, al proporcionar una nueva forma de garantía personal, independiente, abstracta y que pudiera desvincularse de la obligación principal⁶.

Parece claro, y ha sido aceptado pacíficamente por la doctrina existente en torno al tema⁷, que el ámbito del *constitutum*, en su función originaria, se circunscribió a los sujetos de la

³ ARCHI, “*Contributi alla critica del Corpus Iuris. II. Riforme giustinianee in tema di garanzie personali*”, *op. cit.*, p 133.

⁴ Para RICART la mayor dificultad para entender la función económico-social del *constitutum* estriba en el conocimiento, sólo aproximativo, que podemos alcanzar en relación a las prácticas negociales de la Antigüedad y, por ende, de las necesidades que la natural agilidad del tráfico jurídico requerían. Sigue comentando la autora que “*en la Antigüedad romana la protección de las relaciones jurídicas obligatorias, sobre todo aquellas en las que el deudor debía pagar una pecunia no debían funcionar con la ductilidad que el tráfico mercantil requería*”. RICART, “*Perfil del “Constitutum Debiti”*”, en Seminarios Complutenses de Derecho Romano (Febrero-Mayo 1991), III, pp. 135 y 136. Igualmente, AMIRANTE también entiende que tanto el *receptum* como el *constitutum* “*costituce ancor oggi per la dottrina un problema di difficile soluzione, i termini stessi del quale sono quasi sempre oscuri*”. Vid. AMIRANTE, “*Recensioni “André Magdelain, Le consensualisme dan l’Edit du Preteur (Publications de l’institut de droit romanin de l’Université di Paris”, XVIII, Sirey, 1958*”, en *BIDR, Terza Serie, II (Vol. LXIII dell’intera collezione)*, 1960, p. 311.

⁵ Como afirma RICART, Roma sufre la contradicción entre un tráfico mercantil galopante y un ordenamiento poco flexible en lo que se refiere a las variaciones de los sujetos de las obligaciones. RICART, “*Constitutum debiti*” y “*Solutionis causa adiectus*”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (Homenaje al Prof. Arias Bonet), Madrid, 1990, p. 242.

⁶ ARCHI entiende que institutos como el *constitutum debiti* que “*se non rientrano nel concetto usuale di garanzia, vivono però in stretto rapporto con questo, e in ogni caso, sono parte integrante di quel dinamismo del diritto di credito, che la giurisprudenza classica ha saputo creare*”. Continúa manifestando el autor que “*qui viene meno la possibilità di dare concreta applicazione a una varietà di istituti, che il mondo degli affari Romay ignora o non richiede più. E dato il modo con il quale il diritto privato romano si è venuto sviluppando a partire dal IV secolo, il punctum dolens è questo: detti istituti sono vivi e presenti proprio in quella letteratura giuridica, sulla quale scuola e prassi del periodo postclásico e giustiniano si appoggiano, perchè fundamento del sistema*”. ARCHI, “*Contributi alla critica del Corpus Iuris. II. Riforme giustinianee in tema di garanzie personali*”, *op. cit.*, p 134.

⁷ BRUNS, *Das “constitutum debiti”*, en *Zeitschir. F. R. gestch*, I, 1861, pp. 28 y ss.; ASTUTI, “*Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento. I. Il costituito debito*”, en *Annali Camerino*, XI, 1937, pp. 83 y ss.; ROUSSIER, “*Le constitut*”, en *Varia, Etudes de droit Roman*, III, Paris, 1958, pp. 1 y ss. y FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di Diritto Romano, I, Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 23. Vid.

relación principal y sirvió fundamentalmente para fijar el plazo en que el deudor debía pagar la deuda contraída⁸. Por ello, en las relaciones entre acreedor y deudor el *constitutum sine diei adiectione* no resultaba válido⁹:

D. 13, 5, 21, 1.- (*Paulus, libro XXIX, ad Edictum*).- *Si sine die constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba edicti late pateant: alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim ut constituisti non solvas: sed modicum tempus statuendum est non minus decem dierum, ut exactio celebretur.*

El origen del *constitutum*, como pone de manifiesto Astuti¹⁰, prevería una promesa de pago por parte del deudor para fijar o dilatar el plazo de cumplimiento que tenía en el contrato principal¹¹. Por ello el incumplimiento del *constitutum* se consideraba *grave est fidem fallere* y de ahí la condena agravada como consta en GAYO, IV, 171¹²:

También de FREZZA, “*Questioni essegetiche e sistematiche in materia di constitutum debiti*”, en *Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli*, Milano, 1961, p. 702.

⁸ En D. 13, 5, 3, 2 queda reflejada claramente que la función originaria del *constitutum* fue la fijación de un término para el pago por parte del deudor. D. 13, 5, 3, 2.- (*Ulpianus, libro XXVII, ad Edictum*).- *Si is, qui et iure civili et praetorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? et labeo ait teneri constitutum, quam sententiam et pedius probat: et adicit labeo vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta: quam sententiam non invitus probarem: habet enim utilitatem, ut ex die obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur.*

⁹ TONDO, “*In tema di “constitutum debiti”*”, en *LABEO*, IV, 1958-2, p. 213. En Derecho Justiniano el constituto se convierte en un negocio estipulativo y por tanto sería válido también *sine diei adiectione*. Vid. C. 4, 18, 1.- (*Imp. GORDIANUS A. FELICI*).- *Si pro alieno debito te soluturum constituisti, pecuniae constitutae actio non solum adversus te, sed etiam adversus heredes tuos perpetuo competit. (Dat. VII. Kal. Iul. Sirmii, Caess. Conss.). AUTHENT. ut quum de appellat cognose. Ad hoc aliud (Nov. 115 c. 6).- Si quando quis pro se vel pro alia persona pecuniam se solvere constituerit vel sponderit, si dicens: “satisfaciam tibi” tenetur pro quantitate, Quam promisit. Sin autem sic dixerit: “Satisfiet a me et ab illo et illo”, illis quidem, quos nominavit, non consentientibus, solus pro rata tantum portione persolvit. Sin autem dixerit: “Satisfiet” verbo impersonaliter prolato, non tenebitur. Sin autem sic dixerit: “Erit tibi satisfactum aut a me aut ab illo”, illo quem nominavit non consentiente solus in solidum tenebitur.*

¹⁰ ASTUTI, “*Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento...*”, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

¹¹ Por ello, según GUIZZI, en etapa preclásica el *constitutum* sólo se llevaba a cabo para deudas vencidas, asumiendo el deudor una ampliación en el cumplimiento de su obligación. Vid. GUIZZI, voz “*Constitutum debiti*”, en *NNDI*, IV, Torino, 1959, p. 299. Vid. también D. 13, 5, 21, pr.- (*Paulus libro XXIX ad Edictum*).- *Promissor stichi post moram ab eo factam mortuo sticho si constituerit se pretium eius soluturum, tenetur.*

¹² Como pone de manifiesto FREZZA, la originaria tutela edictal de la *pecunia constituta* consistía en agravar la *summa sponsionis* en el caso de un crédito en el que el deudor hubiera fijado un *certus dies solutionis*. El pretor permitía realizar una *sponsio poenalis* por la mitad del importe del crédito cuando se demostrara que se había fijado un plazo para el pago. De esta inicial tutela penal se pasaría a la protección por medio de una acción distinta a la *actio certae pecuniae*: la *actio de pecunia constituta*. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni...*, I, *op. cit.*, p. 238. Vid. respecto al tema de la tutela jurídica, ASTUTI, “*Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento...*”, *op. cit.*, pp. 143 y ss.

GAYO, IV, 171.- *Temeritas tam agentium quam eorum cum quibus agitur, coerceri modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione modo metu infamiae coercetur, eaque praetor ideo aduersus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, uelut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, uelut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae partis dimidia.*

El denominado *constitutum debiti propii* favorecía al acreedor al otorgarle una nueva acción que le ofrecía mayor seguridad en el cobro puesto que la condena se agravaba, tal y como se puede leer en el texto de GAYO¹³. El incumplidor era condenado a pagar la deuda, más la mitad adicional de la misma, porque a la *actio de pecunia constituta* se añadía la *sponsio dimidia partis*. El acreedor, por tanto, tendrá a su favor tanto la acción derivada del contrato principal como la derivada del *constitutum*¹⁴.

No obstante la función originaria del *constitutum*, lo cierto es que en la compilación de Justiniano se regula como una forma de garantía personal que absorbe al *receptum*¹⁵ *argentari* y que adopta los beneficios de la *fideiussio*¹⁶. Por tanto, desde el nacimiento de esta figura —enmarcada en la estricta relación comercial generada entre deudor y acreedor— hasta su concepción justiniana como garantía personal, se asiste a una evolución de extraordinaria relevancia que seguramente tiene sus raíces en la cada vez más compleja práctica comercial de Roma, cuyas dimensiones internacionales debieron repercutir en la regulación y conceptualización del *constitutum* como una forma especial de garantizar una obligación¹⁷. La función de garantía personal, ajena a la génesis del *constitutum*, debió

¹³ Vid. FREZZA, “*Questioni esegetiche e sistematiche...*”, *op. cit.*, p. 709.

¹⁴ Vid. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, II, *Arpino*, 1914, p. 162.

¹⁵ Vid. a este respecto, DIAZ-BAUTISTA, “*Les garanties bancaires dans la législation de Justinien*”, en *RIDA*, 3ª Série, XXIX, 1982, pp. 165 y ss.

¹⁶ La posibilidad de emplear el *constitutum* para prestar garantías personales o reales fue reconocida ya por BRUNS (*Das “constitutum debiti”*, *op. cit.*, pp. 66 y 67) premisa que fue seguida por otros autores posteriores como KNIEP, *Die Mora des Schuldners*, I, 1871, pp. 99 y ss.; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. Privatrecht*, II, *Leipzig*, 1901, pp. 1.379 y ss. o ROUSSIER, *Le constitut*, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

¹⁷ La Doctrina ha ofrecido diversas explicaciones para justificar la reforma llevada a cabo por Justiniano en su *Corpus Iuris*. COLLINET y ROUSSIER entienden que la constitución justiniana contenida en C. 4, 18, 2

adquirir una habitualidad cada vez mayor llegando a tornar la regulación de esta figura en derecho justiniano que la conceptúa como un medio de garantía personal para la que originariamente no estaba pensada¹⁸. De hecho, Gayo incluye el *constitutum debiti* entre las formas de afianzamiento personal¹⁹:

satisface una exigencia que venían reclamando los juristas por la evolución que había tenido al final de la época clásica el *constitutum debiti* en el Oriente imperial. Se trata pues de una sanción legislativa a la práctica jurídica. Vid. En este sentido COLLINET, *Etudes historiques sur le droit de Justinien. I. Le caracteres oriental de l'ouvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident*, Paris, 1912, pp. 270 y ss. y ROUSSIER, *Le constitut*, op. cit., pp. 1 y ss. GUIZZI, por su parte, entiende que la esfera de aplicación del *constitutum* se amplía por obra de Labeón para asumir una más amplia función de garantía de las eventuales causas de extinción o de falta de perseguibilidad de la deuda originaria, como son la prescripción, muerte del deudor o del acreedor en una determinada categoría de créditos, cesación del peculio en la *actio de peculio*, etc... Vid. GUIZZI, voz “*Constitutum debiti*”, op. cit., p. 299. Por último, ASTUTI y FREZZA, entienden que el hecho de que en C. 4, 18, 2 no se haga referencia expresa al *constitutum debiti alieni*, sino al *constitutum* en general, hace que no se pueda sostener que la reforma justiniana fuera debida a las exigencias de la práctica —y en particular la práctica oriental—, sino a exigencias sistemáticas y escolásticas. En efecto, según ASTUTI se trataba de dar solución a la confrontación que existía entre el concepto de *pactum* y el de *stipulatio*, definiendo el *constitutum debiti* “*come una promessa di pagamento pura e semplice parallela alla stipulatio debiti*”. Por ello el autor entiende que se trataba de revisar las antiguas fuentes de las que se quería conservar la mayor parte posible pero adaptadas al pensamiento de la época justiniana. Así, todo ello lleva al autor a una valoración negativa “*fondata sl riconoscimento della mancanza di una funzione tipica, di una pratica utilità ed applicabilità generale dell’istituto offerto dalla riforma giustiniana, beninteso nell’ipotesi fondamentale del constitutum debiti propri*”. Vid. ASTUTI, “*Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento...*”, op. cit., pp. 282 y ss. Le sigue FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni...*, I, op. cit., pp. 283 y 284. Por su parte, ARCHI, también entiende con ASTUTI y FREZZA que C. 4, 18, 2 no está examinando el desarrollo y evolución que el *constitutum debiti —propi o alieni—* hubiera podido tener en la práctica oriental del Imperio, sino que “*appartiene a quel gruppo di constitutiones, che Giustiniano stesso definisce ad commodum propositi operis pertinentes. Questa circostanza ha un peso, perchè ci avverte che ci troviamo di fronte a una costituzione diretta per l’appunto a emendare e a coartare il ius antiquum. E pertanto un testo pieno di valore per afferrare come questo ius viveva, e con quali caratteri*”. Así, continua ARCHI afirmando que la reforma de Justiniano se encuadra dentro del problema de las garantías del crédito en el ámbito de la Compilación y por ello “*in C. 4, 18, 2 noi ci troviamo di fronte a un testo, che ufficialmente parla del constitutum debiti, sia propri che alieni*” y que “*appare anche troppo evidente che il solo constitutum debiti alieni è quello vivo. Il quadro delle garanzie del credito nell’ambito del diritto giustiniano appare da questa riforma non chiarito, ma reso, semmai, più complesso*”. Vid. ARCHI, “*Contributi alla critica del Corpus Iuris. II. Riforme giustiniane in tema di garanzie personali*”, op. cit., pp. 148 y 149.

¹⁸ Distinguirán así las fuentes dos modalidades de *constitutum*: el llevado a cabo por el deudor para fijar un *dies* para el cumplimiento, denominado *constitutum debiti propii* y el contraído por un tercero para garantizar la obligación derivada del negocio principal y reforzar este vínculo jurídico. Son numerosos los autores que niegan la clasicidad del *constitutum debiti alieni*, sin embargo, como afirma GUIZZI, tanto en *Paul. Sent.* II, 2, 1 como en *D. 13, 5, 11*, parece que tuvo vigencia en derecho clásico, si bien con menor relevancia que el *constitutum debiti propii*. Vid. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II, Milano, 1941, pp. 152 y ss., con una referencia bibliográfica extensa respecto a este extremo y GUIZZI, voz “*Constitutum debiti*”, op. cit., p. 300.

¹⁹ Se menciona por GAYO el límite de la *lex Cornelia*, que según RICART sería la *lex Cornelia de adpromissoribus*, del año 81 a.C. que establecía un límite máximo para afianzar de 20.000 sextercios. RICART, “*Perfil del “constitutum debiti”*”, op. cit., p. 141, nota 17 y “*Constitutum debiti*”, en *Derecho Romano de Obligaciones, Homenaje al Prof. Jose Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p.697, nota 11.

GAYO, III, 124.- *Sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est quae lege idem pro eodem apud eundem eodem anno uetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia; et quamuis sponsores uel fidepromissores in amplam pecuniam, uelut in sestertium C milia se obligauerint, tamen dumtaxa in XX milia tenentur. Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est, quae sine ulla condicione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. Appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur; itaque et si uinum uel frumentum aut si fundum uel hominem stipulemur, haec lex obseruanda est.*

Algunos autores²⁰ han visto en la ampliación del *constitutum* una forma para garantizar el cobro de las deudas cuyo pago no estaría seguro²¹, habiendo desarrollado así una función de garantía personal de las obligaciones que se acentuaría en el periodo postclásico, recogiénose expresamente en la compilación de Justiniano²², en la que incluso se aplica, en caso de pluralidad de garantes, el *beneficium divisionis*²³.

Resulta evidente que la principal ventaja del *constitutum* era la falta de solemnidad para llevarlo a cabo, al ser un acto jurídico consensual basado en la *conventio* de las partes. A este respecto, se entiende superada la doctrina que enmarcaba el *constitutum* dentro de los

²⁰ PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, pp. 239 y GUIZZI, voz “*Constitutum debiti*”, *op. cit.*, p. 299.

²¹ Según PEROZZI, el *constitutum* se amplió para ofrecer una garantía del pago a las eventuales causas de extinción o de imposibilidad de perseguir la deuda primitiva, como por ejemplo cuando la deuda ha prescrito, el deudor o acreedor han muerto, la cesación del peculio en la *actio de peculio*, etc. Vid. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, *op. cit.*, p. 239.

²² Vid. a este respecto ROUSSIER, *Le constitut*, *op. cit.*, pp. 1 y ss. Entiende el autor que el constituto en la época postclásica actuaría como medio de garantía personal del crédito y la reforma justiniana se atiene a este desarrollo que presenta el instituto. La compilación hará revivir el instituto con una función muy distinta para la que fue creado en origen, pasando de ser una promesa de pago a un medio de garantía personal.

²³ TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 608 y MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2001, p. 386.

negocios solemnes²⁴, aunque son muy dispares todavía las opiniones doctrinales sobre su encuadre jurídico.

Entre otros autores, ha estudiado la naturaleza del *constitutum* Magdelein²⁵ negándole el carácter de pacto puesto que, según el autor, en ningún lugar se califica este negocio como *pactum*, esto es, como intercambio de consenso que genera una responsabilidad sobre la base de la *bona fides*. Así, mantiene que tanto en el caso del *receptum* como en el del *constitutum* se trata de promesas o cláusulas edictales que no entran en las previsiones del *edictum de pactis*²⁶; contrapone, por tanto, el consensualismo de derecho común, que daría origen a los contratos de buena fe y el consensualismo especial y excepcional, caracterizado en el *constitutum* y en los *recepta* por una responsabilidad absoluta, abstracta y agravada; en los citados negocios el pretor interviene, según el autor, de forma autoritaria para regular el instituto en una cláusula edictal, de tal forma que, para cualquier modificación, sería necesaria la intervención del pretor concediendo excepciones²⁷.

Rehuyendo también integrar el *constitutum* dentro de la categoría de los *pacta*, Iglesias²⁸ entiende este negocio como una promesa abstracta de derecho pretorio que, por su rigidez en el efecto jurídico producido y la atenuación o exclusión del elemento causal se configuraría como un contrato formal. También Guizzi²⁹ entiende que el *constitutum* se

²⁴ En este sentido, FERRINI, “*Sulla teoria generali dei pacta*”, en *Opere*, III, Milano, 1929, p. 257 y PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, *op. cit.*, p. 239.

²⁵ MAGDELEIN, *Le consensualisme dans l’Edict du Preteur*, Paris, 1958, pp. 167 y ss. Según el autor, las acciones concedidas para la tutela del *receptum* o del *constitutum debiti* no dependían del *edictum de pactis* y ello porque la regulación del contenido de estos negocios estaban preestablecidos de forma autoritaria por el pretor, previendo siempre una responsabilidad agravada respecto al derecho común. Por ello, según el autor no pueden ser estos negocios reconducidos a la categoría de los pactos.

²⁶ MAGDELEIN, *Le consensualisme dans l’Edict du Preteur*, *op. cit.*, p. 173.

²⁷ MAGDELEIN, *Le consensualisme dans l’Edict du Preteur*, *op. cit.*, pp. 169 y ss. En contra de estas conclusiones, vid. TALAMANCA, “*La storia dell’Edictum de Pactis*”, en *LABEO*, VI, 1960-2, pp. 278 y ss. Según el autor “*non è vero che le clausule edittali del constitutum e dei recepta contenessero una disciplina autoritativa degli effetti di questi negozi, e soprattutto in ordine all’responsabilità del debitore*”, añadiendo que “*l’unico frammento dell’edictum de pecunia costiuta si riferisce agli elementi strutturali del negozio, e cioè alla necessità dell’assistenza del debito precedente: ma a questo proposito è da rilevare che i giuristi classici trattano della c.d. responsabilità assoluta del constituens per il ritardo nel commento alla formula: e se i giustinianeí, nonostante la loro avversione alle formulae, ne riportano addirittura il tenore letterale, ciò rende evidente che nulla di tutto questo doveva trovarsi nella discussione della clausula edittale*”.

²⁸ IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Barcelona, 1998, p. 397.

²⁹ GUIZZI, voz “*Constitutum debiti*”, *op. cit.*, p. 299.

trata de una *conventio* y entraría dentro de los negocios bilaterales, si bien esta nota tiene un valor marginal.

No obstante, tampoco han faltado autores que han entendido que el *constitutum* si podría considerarse como pacto; entre otros, Volterra –que emplea la denominación de *pecunia constituta*– integra este negocio dentro de los *pacta pretoria* y lo conceptúa como una forma de garantizar las obligaciones³⁰.

En cualquier caso, lo que resulta claro, como opina Ricart³¹, es que el consenso y el acuerdo de voluntades constituyen el “*motor generador*” del *constitutum*³², tal y como se expresa además claramente en D. 13, 5, 1, pr.:

D. 13, 5, 1, pr.- (*Ulpianus, libro XXVII ad Edictum*).-
*Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui
constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave
est fidem fallere.*

Con independencia de la ventaja que suponía la falta de solemnidad para su conclusión, la principal aportación del *constitutum*, a nuestro juicio, es haber dado satisfacción a las necesidades de garantía en el cumplimiento de las obligaciones surgidas en el tráfico comercial³³ dando cabida a un medio de aseguramiento abstracto y, por tanto, desvinculado del contrato principal³⁴. Seguramente, los instrumentos de afianzamiento tradicionales se habrían mostrado insuficientes por la rigurosa nota de accesoriedad que tenían respecto de la obligación garantizada; se buscaría, por tanto, una forma de garantía, que rompiera con la rigidez que suponía la accesoriedad lográndose mediante la utilización de un instrumento jurídico preexistente –el *constitutum*– para fines muy distintos para el que fue creado, esto es, como medio de garantía personal. Se presenta, pues, el *constitutum* como una garantía abstracta o independiente –despojada del carácter accesorio característico del instituto

³⁰ VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, p. 593.

³¹ RICART, “*Constitutum debiti*”, *op. cit.*, p. 697.

³² Y por ello, según RICART, si sería posible la calificación jurídica del *constitutum* como pacto. Vid. RICART, “*Perfil del “constitutum debiti”*”, *op. cit.*, p. 139.

³³ Lo que parece evidente, como afirma RICART, es que el *constitutum debiti* supone “*algo más que un instrumento de aplazamiento de pago*”. RICART, “*Perfil del “constitutum debiti”*”, *op. cit.*, p. 137.

³⁴ Entre otros, ARIAS RAMOS-ARIAS BONET entienden el *constitutum debiti alieni* como una modalidad de fianza. ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II, Madrid, 1981, p. 664.

fideusorio— de tal forma que las obligaciones dimanantes del contrato y de la garantía se desvincularían jurídicamente y, por tanto, la relación entre garante y beneficiario se presentaría independiente de las circunstancias que pudieran existir entre deudor y beneficiario y entre deudor y garante.

Se produce, pues, una escisión entre el denominado *constitutum debiti propii* y el *constitutum debiti alienii*, pasando a tener éste último una función distinta del primero, con características y requisitos propios³⁵. A este respecto, cabe destacar que, en su función de garantía personal, el *constitutum* no necesitó ya la fijación de un *dies solutionis*, exigencia que se había revelado esencial para la validez de éste³⁶. Así, en D. 13, 5, 5, 3 se observa que la exigencia del plazo no resulta condición *sine qua non* para que el garante quede obligado: *tenetur Titius de constituta pecunia*.

D. 13, 5, 5, 3.- (*Ulpianus, libro XXVII, ad Edictum*).-
Iulianus quoque libro undecimo scribit: titius epistulam ad me talem emisit: "scripsi me secundum mandatum seii, si quid tibi debitum adprobatum erit me tibi cauturum et soluturum sine controversia" tenetur titius de constituta pecunia.

Con independencia de la supresión del requisito de fijación de un plazo para el pago, exigido para la validez del *constitutum* llevado a cabo por el deudor³⁷, el fragmento citado pone de relieve dos aspectos adicionales de interés: por una parte, que la obligación de pago asumida por el garante se presenta como una obligación independiente y autónoma que, pese a tener su justificación en el contrato que se garantiza, nace y se desarrolla en el ámbito del *constitutum*; y, por otra parte, el fundamento jurídico que consta en el texto para

³⁵ La denominación de *constitutum debiti propii* y *alieni* no se corresponde con las fuentes. Vid. MAGDELEIN, *Le consensualisme dans l'Edict du Preteur*, op. cit., pp. 133 y ss.

³⁶ La invalidez del *constitutum sine die* queda reflejado en D. 13, 5, 21, 1.- (*Paulus, libro XXIX ad Edictum*).- *Si sine die constituas, potest quidem dici, te non eneri, licet verba Edicti late pateant; alioquin et confestim agi tecum poterit, si satitum, ut constituisti, non solvas; sed modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur.*

³⁷ Por tanto, en las relaciones entre acreedor y tercero garante, el objeto del *constitutum* no se constreñirá a la fijación de un término para el pago, sino que puede tener otras finalidades. Vid. a este respecto FREZZA, "Questioni esegetiche e sistematiche...", op. cit., p. 709. Vid. también D. 13, 5, 26.- (*Scaevola, libro I, Responsorum*).- *Quidam ad creditorem litteras eiusmodi fecit: "decem, quae lucius titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum habes penes me, domine." respondit secundum ea quae proponerentur actione de constituta pecunia eum teneri.*

que considerar válido el *constitutum sine diei adiectione* efectuado por un tercero: *me tibi cautorum et soluturum sine controversia*. A continuación, se desarrollarán estas dos ideas reflejadas en D. 13, 5, 5, 3.

Referente a la autonomía que tiene el *constitutum* respecto de la relación principal, queda reflejada de forma concisa en el texto de Ulpiano, al declarar la validez de este negocio realizado por un tercero que desconoce si existe o no la deuda que garantiza en el momento en que él lleva a cabo el negocio. Se pone así de relieve la autonomía entre la obligación principal y la derivada del *constitutum*³⁸, ya que la incerteza de la existencia del crédito por parte del garante no resulta impedimento alguno para que pueda llevar a cabo su compromiso de garantía. Ello no quiere decir que, si el crédito hubiera estado ya satisfecho o hubiera devenido nula la obligación garantizada, el *constitutum* fuera válido; en D. 13, 5, 5, 3 se está haciendo referencia, como pone de manifiesto Frezza, a una incerteza subjetiva, esto es, al desconocimiento del garante de la existencia de la obligación³⁹. Por tanto, para la validez del *constitutum* tan sólo se requiere que la obligación principal derive de un vínculo obligatorio constituido válidamente y existente en el momento en que tiene lugar el constituto⁴⁰, siendo indiferente la certeza o incerteza del garante a este respecto. Así se deduce también de D. 13, 5, 11, pr.:

D. 13, 5, 11, pr.- (*Ulpianus, libro XXVII, ad Edictum*).-
Hactenus igitur constitutum valebit, si quod constituitur debitum sit, etiamsi nullus apparet, qui interim debeat: ut puta si ante aditam hereditatem debitoris vel capto eo ab hostibus constituat quis se soluturum: nam et pomponius scribit valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est.

De las fuentes citadas se percibe claramente la autonomía e independencia de la obligación asumida por el garante en virtud del *constitutum*, ya que la obligación principal sólo se

³⁸ Como afirma TONDO, la responsabilidad ex constituto es valorada en función del contenido concreto que las partes han dado al constituto mismo, pudiendo servir para modificar de forma indirecta la obligación principal. Vid. TONDO, “*In tema di “constitutum debiti”*”, *op. cit.*, p. 222.

³⁹ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni...*, I, *op. cit.*, p. 244.

⁴⁰ Como pone de manifiesto FREZZA, con independencia de la validez del negocio, la obligación del tercero constituyente no puede considerarse accesoria de la obligación del deudor principal del mismo modo en que

requiere en el nacimiento de aquél *—hactenus igitur constitutum valebit, si quod constituitur, debitum sit—* independizándose a partir de ese momento ambas obligaciones. De ahí que, como se pone de manifiesto en D. 13, 5, 18, 1, aun en el supuesto de que con posterioridad al constituto se hubiera hecho imposible la obligación principal, *nihilominus teneat constitutum*.

D. 13, 5, 18, 1.- (*Ulpianus, libro XXVII, ad Edictum*).- *Quod adicitur: "eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse", interpretationem pleniorum exigit. nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum fuit cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo celsus et iulianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem iulianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur.*

Por tanto, la falta de carácter fideusorio ocasiona que, una vez que se ha constituido válidamente, pueda seguir un camino distinto al del negocio garantizado; si éste deviene nulo o ineficaz, no por ello el *constitutum* correrá su misma suerte.

La vinculación del *constitutum* con el negocio originario también requiere la concurrencia de idénticas partes contractuales⁴¹: el deudor principal y el acreedor-beneficiario de la relación subyacente, al que se suma el tercero-garante, obligado en virtud del *constitutum*. Ahora bien, puesto que, como se ha manifestado, la accesoriedad en este tipo de garantías se soslaya, cabe preguntarse si el deudor principal puede no intervenir en la operación de garantía, siendo válido el *constitutum* contraído por el tercero. A este respecto, D. 13, 5, 27 parece dar respuesta afirmativa a esta cuestión, toda vez que en el texto consta que el deudor puede estar ausente cuando un tercero constituye a su favor:

es accesoria la obligación del *adpromissor*. FREZZA, "*Questioni esegetiche e sistematiche...*", *op. cit.*, p. 709.

⁴¹ En D. 13, 5, 5, 2 Ulpiano refiriéndose a las modificaciones de los sujetos en la obligación principal, permite la creación de un *constitutum* a favor de un tercero extraño a la relación originaria, aunque según ASTUTI, sin embargo, la alteración del beneficiario sería una aplicación tardía del instituto. Vid. ASTUTI, "*Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento...*", *op. cit.*, pp. 152 y ss.

D. 13, 5, 27.- (*Ulpianus, libro XIV ad Edictum*).- *Utrum praesente debitore an absente constituat quis, parvi refert. hoc amplius etiam invito constituere eum posse pomponius libro trigensimo quarto scribit: unde falsam putat opinionem labeonis existimantis, si, postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum exceptionem dandam: nec immerito pomponius: nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare.*

En el fragmento citado se menciona que el *constitutum* puede ser contraído por el tercero, no sólo en ausencia del deudor, sino incluso en contra de su voluntad, ratificándose esta premisa en D. 13, 5, 14, 3, que afirma la validez de la conclusión del *constitutum* entre ausentes, sin que se requiera en este caso la concurrencia de ningún requisito especial de forma:

D. 13, 5, 14, 3.- (*Ulpianus, libro XXVII, ad Edictum*).- *Constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicut pacisci, et per nuntium et per nosmet ipsos, et quibuscumque verbis.*

La validez del *constitutum* efectuado en ausencia del deudor ha dado lugar a la discusión doctrinal sobre la naturaleza unilateral o bilateral de este negocio. La tesis de la unilateralidad ha sido mantenida fundamentalmente por Roussier⁴², mientras que otros autores como Astuti⁴³, Magdelein⁴⁴ o Ricart⁴⁵ han abogado por la inclusión del *constitutum* en la categoría de los negocios bilaterales, por ser un negocio consensual donde la declaración del deudor sería insuficiente para su validez⁴⁶. Además, en opinión de

⁴² ROUSSIER, *Le constitut*, op. cit., pp. 162 y ss.

⁴³ ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento...*, op. cit., p. 14.

⁴⁴ MAGDELEIN, *Le consensualisme dans l'Edict du Preteur*, op. cit., pp. 196 y ss.

⁴⁵ Según RICART se puede descartar que el acreedor tuviera que doblegarse al *constitutum*, porque, aunque las fuentes no hagan prácticamente referencia a éste, lo cierto es que ese silencio no se debe deducir, según la autora, la unilateralidad del negocio. Vid. RICART, “*Constitutum debiti*”, op. cit., p. 698.

⁴⁶ MAGDELEIN, *Le consensualisme dans l'Edict du Preteur*, op. cit., pp. 196 y ss. En contra de las conclusiones de MAGDELEIN se muestra TALAMANCA que opina que “*voler ricavare da Ulpiano, 27 ad. ed., D. 13, 5, 14, 3 che il constitutum si conclude come un patto, ma non è un patto, mi sembra erroneo: si deve tener presente, per la retta interpretazione del passo, che il termine pacisci doveva esser usato nel significato tecnico, ormai prevalente secondo l'A. stesso, ed allusivo al pactum de non petendo: sul fatto che*

Magdelein no está claro que el deudor pudiera haber fijado de forma unilateral un plazo para el pago sin el consentimiento del acreedor, resultando poco probable que aquél, de forma espontánea, propusiera agravar su responsabilidad⁴⁷. Sin embargo, pese a incluir el *constitutum* dentro de los negocios bilaterales, lo cierto es que, como afirma Astuti⁴⁸, la nota de bilateralidad en la constitución de la garantía queda desvirtuada tanto en cuanto al *constitutum debiti propii* como en el *alieni*, ya que, según este autor, hay que tener en cuenta que es un pacto cuyo beneficiario es el acreedor, por lo que en el *propii* no sería necesario la intervención del acreedor para la validez de este acto y podía conformarse con la declaración unilateral del deudor⁴⁹.

Se debe añadir, no obstante, que las fuentes se muestran tajantes respecto a la imposibilidad de que, al menos en su función de garantía, el *constitutum* pueda ser perfeccionado sólo con la declaración unilateral del deudor; en este caso, el tercero no quedaría obligado:

D. 13, 5, 5, 4.- (*Ulpianus, libro XXVII, ad Edictum*).-
*Sed si quis constituerit alium soluturum, non se pro
alio, non tenetur: et ita pomponius libro octavo scribit.*

Referente a la conexión entre obligación principal y obligación del garante que se está analizando surge la cuestión de si ésta última podría ser más gravosa que aquella. La lógica jurídica indicaría que la obligación del garante nunca podría ser económicamente superior a

il constitutum essendo una convenzione rientri nel più ampio significato di pactum, il passo non dice nulla". Vid. TALAMANCA, "La storia dell' "Edictum de Pactis", *op. cit.*, p. 291, nt. 24^a.

⁴⁷ MAGDELEIN observa que el establecimiento de un plazo para el pago o agravar la responsabilidad del deudor hubiera tenido sentido en el caso de que el constituto privara al acreedor de la acción derivada del contrato principal o, al menos, hubiera podido oponerse a la demanda con una *exceptio pacti*. Vid. MAGDELEIN, *Le consensualisme dans l'Edict du Pretour*, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

⁴⁸ ASTUTI, "Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento...", *op. cit.*, pp. 46 y ss.

⁴⁹ Además, la terminología empleada en las fuentes "pone nettamente in primo piano la dichiarazione di volontà del debitore, la promessa del costituente, mentre alla corrispondente manifestazione di volontà del creditore, e in generale al comportamento del destinatario del constitutum non è dato nelle fonti il minimo rilievo". ASTUTI, "Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento...", *op. cit.*, p. 14. Según el autor, "l'elemento della bilateralità della manifestazione di volontà dell'accordo intervenuto fra le parti non ha, como fonte della responsabilità ex constituto, alcun risalto". En el mismo sentido, BURDESE, *Diritto privato romano*, Torino, 1993, p. 491. Igualmente, AMIRANTE, en su recensión a la obra de MAGDELEIN, también mantiene que en el edicto pretorio no se hace referencia al acuerdo de voluntades, por lo que surgiría la duda respecto a la consensualidad de esta figura y sobre todo respecto a la posibilidad de ver en la manifestación del consentimiento la fuente de la asunción de la responsabilidad derivada del negocio. Vid. AMIRANTE, "Recensioni "André Magdelain, Le consensualisme dan l'Edit du Pretour...", *op. cit.*, pp. 296 y ss.

la obligación principal, porque el contrato principal es el que sirve para determinar la cantidad asegurada y así consta también en D. 13, 5, 11, 1:

D. 13, 5, 11, 1.- (*Ulpianus, libro XXVII, ad Edictum*).-
Si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est: ergo et is, qui sortem et usuras quae non debebantur constituit, tenebitur in sortem dumtaxat.

La obligación garantizada es tenida en cuenta inicialmente, por tanto, para fijar el importe de la garantía, sirviendo de referencia inicial respecto a la suma por la que el tercero puede obligarse⁵⁰. Ahora bien, si el garante se obligara a un importe superior al de la deuda garantizada, el *constitutum* no por ello deviene inválido, sino que simplemente se reduce en la cantidad excedida: *non tenebitur in id quod plus est*⁵¹.

D. 13, 5, 1, 8.- (*Ulpianus, libro XXVII ad Edictum*).-
Sed et is, qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur: videtur enim debitum et quod iure honorario debetur. et ideo et pater et dominus de peculio obstricti si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, cum constituebatur: ceterum si plus suo nomine constituit, non tenebitur in id quod plus est.

D. 13, 5, 11, 1.- (*Ulpianus, libro XXVII ad Edictum*).-
Si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita

⁵⁰ FREZZA, “*Questioni esegetiche e sistematiche...*”, *op. cit.*, p. 709. El autor entiende que el tercero constituyente asume la obligación de pagar eventualmente *intra certam diem* “no contestuale con l’obbligazione del debito, né condizionato, se non geneticamente, dalla validità di questa”. TONDO prefiere hablar de “*dipendenza sostanziale, in quanto la validità del constitutum è condizionata dalla esistenza ed efficienza del vincolo obbligatorio cui esso si riferisce*”. De hecho, el autor afirma que “*nella formula dell’azione è, infatti, chiaramente evidenziato il riferimento del constitutum al rapporto di debito precedente*” y añade que “*il rapporto di debito funge da presupposto e da limite di validità del constitutum che ad esso si riporta*”. Vid. TONDO, “*In tema di “constitutum debiti”*”, *op. cit.*, p. 221. RICART adopta la denominación de “*conexión mínima*” para referirse a la conexión entre obligación principal y la derivada del *constitutum*, entendiendo que “*el camino que siga la obligatio sortis no condiciona el del vínculo que surge del c.d.*”. Vid. RICART, “*Perfil del “constitutum debiti”*”, *op. cit.*, p. 145.

⁵¹ La diferencia respecto a la *fideiussio*, aparte de que esta reclama la solemnidad de la *stipulatio*, es que en el *constitutum*, el garante se puede obligar un objeto distinto al de la relación principal. Vid a este respecto SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, II, *op. cit.*, p. 300. En el mismo sentido, TONDO, “*In tema di “constitutum debiti”*”, *op. cit.*, p. 222.

est: ergo et is, qui sortem et usuras quae non debebantur constituit, tenebitur in sortem dumtaxat.

D. 13, 5, 12.- (*Paulus, libro XIII, ad Edictum*).- *Sed et si decem debeantur et decem et stichum constituat, potest dici decem tantummodo nomine teneri.*

Hasta aquí, se ha podido comprobar como las fuentes requieren una vinculación entre relación jurídica subyacente y *constitutum*, si bien esta conexión, como se afirma en la doctrina, es de las denominadas genéticas o mínimas⁵², puesto que sólo se exige que en el momento de llevarlo a cabo exista una relación subyacente válida y que el importe debido en la relación principal constituya el límite de la obligación asumida por el garante. Esta mínima vinculación que debe existir entre la relación principal y *constitutum* convierte a éste negocio en un modo de afianzamiento que supera los límites de la fianza clásica para favorecer al acreedor, escapando a sus reglas y moldes. La dificultad que presenta la accesoriedad en la fianza para el tráfico mercantil ocasiona que la práctica escape a la misma y busque garantías personales no accesorias, aún cuando ello supusiera forzar las reglas y el concepto clásico de esta forma de garantía⁵³.

Aparte de la mínima conexión exigida entre obligación principal y garantizada, el efecto fundamental del carácter autónomo del *constitutum* es la posición favorable que pasa a ocupar el acreedor: éste se encontraría con dos medios procesales para reclamar su deuda en caso de que se produjera el incumplimiento⁵⁴: la acción derivada del contrato principal y,

⁵² FREZZA, “*Questioni esegetiche e sistematiche...*”, *op. cit.*, p. 709 y RICART, “*Perfil del “constitutum debiti”*”, *op. cit.*, p. 145.

⁵³ Como afirma RICART, el *constitutum debiti* cumple un importante papel en el tráfico negocial del mundo romano, “*al ampliar el ámbito de seguridad de las relaciones jurídicas y es otra de las figuras en las que se aprecia la capacidad del Derecho romano para adaptarse a realidades cambiantes*”. RICART, “*Perfil del “constitutum debiti”*”, *op. cit.*, p. 148.

⁵⁴ En el *constitutum debiti propi*, el acreedor cuenta con la *actio de pecunia constituta* y con la *actio certae creditae pecuniae*. ASTUTI, seguido por FREZZA, afirman que el acreedor que decide accionar de *sorte* en lugar de utilizar la acción derivada del *constitutum* se entiende que ha aceptado el pago de la deuda después del tiempo fijado para el *dies constituti*. Así, el ejercicio de una de las dos acciones implica tácitamente la renuncia de la otra acción, aunque resulta evidente según ASTUTI que “*non è testimonianza nè traccia alcuna nelle fonti... ed anche per quanto riguarda l’ammisibilità di una eccezione meramenta dilatoria... s’impone una duplice limitazione, sia per l’ipotesi di costituito tal che non possa inferirsi con sicurezza la rinuncia del creditore ad agire ante diem per ottenere la prestazione dovutagli, nonchè, naturalmente, di espressa riserva, sia per il carattere strettamente personale che al patto dovrebbe pur sempre attribuirsi e ciò nel caso di obbligazione solidale e di constitutum debiti alieni*”. Vid. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento...*, *op. cit.*, pp. 107 y 108 y FREZZA, “*Questioni esegetiche e sistematiche...*”, *op. cit.*, p. 709.

adicionalmente, la acción derivada del *constitutum*, que le ofrece la posibilidad de exigir al garante el cumplimiento de su obligación sin necesidad de alegar nada respecto del contrato principal⁵⁵:

D. 13, 5, 28.- (*Gaius, libro V ad Edictum provinciale*).- *Ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet.*

La acumulación de los medios procesales derivados de la relación principal y del *constitutum* lleva a plantear la cuestión acerca de si el acreedor que hubiera cobrado la deuda principal podría, no obstante, exigir la garantía, toda vez que se trata de un pacto autónomo e independiente desvinculado de la relación precedente. La mayoría de la doctrina⁵⁶ entiende que si el acreedor interpone la acción contra el deudor principal y liquida la deuda con éste, debe entenderse que renuncia implícitamente al ejercicio de la acción contra el tercero constituyente, pero si no se le satisface la deuda, el acreedor podría reclamar la deuda contra el garante, porque el ejercicio de la *actio de sorte* no lleva implícita la renuncia de la *actio de pecunia constituta*, toda vez que son acciones distintas y derivadas de negocios diversos⁵⁷. Precisamente la autonomía de la obligación constituida por el tercero es lo que origina que el acreedor no encuentre cerrada la vía posterior de la reclamación contra éste, aún en el caso de haber optado con anterioridad al ejercicio de la acción derivada del contrato principal⁵⁸.

Iglesias, por su parte, entiende que, pese a la acumulación inicial de las acciones, si una de las deudas se satisface, la otra se extinguiría de forma automática⁵⁹. Según Biondi no sería posible que el acreedor se dirigiera contra el garante, una vez satisfecho el crédito, porque

⁵⁵ La acción derivada del *constitutum*, *actio pecunia constituta*, tendría un plazo de un año para su ejercicio en el derecho clásico. ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II, *op. cit.*, p. 643.

⁵⁶ Entre otros autores, vid. FREZZA, “*Questioni esegetiche e sistematiche...*”, *op. cit.*, p. 710; IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Barcelona, 1998, p. 397; BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p. 495.

⁵⁷ D. 13, 5, 18, 3.- (*Ulpianus, libro XXVII ad Edictum*).- (...) *et tutius est dicere solutione potius ex hac accione facta liberationem contingere, non litis contestatione* (...).

⁵⁸ FREZZA, “*Questioni esegetiche e sistematiche...*”, *op. cit.*, p. 710.

⁵⁹ IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, *op. cit.*, p. 397.

éste podría defenderse con la *exceptio doli o pacti*⁶⁰. Sin embargo, Arias Ramos-Arias Bonet discrepan al mantener que el carácter de accesoriedad queda borrado porque la obligación principal no desaparece *ipso iure* por la extinción de aquella⁶¹.

En definitiva, puesto que el *constitutum* no tenía efectos novatorios respecto de la obligación principal –salvo que las partes así lo convinieran expresamente— la acción derivada del mismo no extinguiría *iure praetorio* la existente con anterioridad a favor del acreedor, sino que se daría la coexistencia de las dos acciones, sirviendo el *constitutum* como afianzamiento o refuerzo de la obligación anterior. Por tanto, si el acreedor se dirigía contra el garante, éste no contaría a su favor con *exceptio* alguna para rechazar la *actio* del beneficiario⁶². Esta idea de la inoponibilidad de las excepciones del deudor por parte del garante frente al acreedor se refleja claramente en D. 13, 5, 5, 3 –ya transcrito— puesto que en virtud del *constitutum* el tercero se obliga a pagar *sine controversia*, comprometiéndose frente al acreedor al pago de la deuda de un modo autónomo, esto es, sin que pueda oponer las excepciones fundadas en el negocio originario.

La imposibilidad por parte del garante de alegar, en caso de reclamación, las excepciones que atañen al deudor también se encuentra reflejado en D. 13, 5, 27, en el que incluso se afirma que, aún en el supuesto extremo de que la voluntad del deudor sea que el garante no hiciera frente a la deuda, éste no tenía excepción contra el acreedor:

D. 13, 5, 27.- (*Ulpianus, libro XXVII, ad Edictum*).-
Utrum praesente debitore an absente constituat quis, parvi refert. hoc amplius etiam invito constituere eum posse pomponius libro trigensimo quarto scribit: unde falsam putat opinionem labeonis existimantis, si, postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum exceptionem dandam: nec

⁶⁰ BIONDI, *Istituzioni di diritto romano, op. cit.*, p. 495.

⁶¹ ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano, II, op. cit.*, p. 664.

⁶² ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano, II, op. cit.*, p. 645. Sin embargo, ASTUTI entiende que la *actio de pecunia constituta* fue originariamente penal, para castigar la violación de la *fides* por el incumplimiento del *dies* en que el deudor se había comprometido a pagar, ofreciendo ventajas evidentes sobre la *condictio*, que no permitía agravar la responsabilidad en el supuesto de *mora debitoris*. Vid. ASTUTI, “*Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento...*”, *op. cit.*, pp. 282 y ss.; y ROUSSIER, *Le constitut, op. cit.*, pp. 1 y ss.

immerito pomponius: nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare.

El garante, por tanto, tan sólo podría oponer las excepciones que se derivaran del *constitutum*, y es esta característica la que, a nuestro juicio, constituye una de las innovaciones más relevantes de esta figura, ya que de esta forma se permitía dar seguridad al tráfico mercantil en una sociedad sumamente compleja y con ordenamientos jurídicos muy distintos entre sí.

Ahora bien, el hecho de que el acreedor pudiera exigir el pago al garante sin que éste pudiera oponer las excepciones derivadas de la relación subyacente, sin duda plantearía problemas por reclamaciones abusivas del acreedor; y ello no sólo porque, dirigiéndose directamente contra el garante, aquél podría soslayar las posibles dificultades que tuviera la relación originaria, sino porque incluso podía aprovechar una doble reclamación en caso de que el deudor ya hubiera hecho frente a la obligación principal. A este respecto, las fuentes, teniendo en cuenta la buena fe que debe regir las relaciones contractuales, permiten al constituyente demostrar que el deudor principal había cumplido su obligación:

D. 13, 5, 18, 3.- (Ulpianus, libro XXVII, ad Edictum).- Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit sortis obligationem consumat. et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.

El cumplimiento del deudor, por tanto, tendría por vía de excepción eficacia liberatoria para el tercero constituyente. Igualmente, en D. 13, 5, 30 afirma que, aunque el garante permanece obligado *stricto iure propria accione pecuniae*, sin embargo, *per exceptionem adiuvatur*:

D. 13, 5, 30.- (Paulus, libro II, Sententiarum).- Si quis duobus pecuniam constituerit tibi aut titio, etsi stricto iure propria actione pecuniae constitutae manet obligatus, etiamsi titio solverit, tamen per exceptionem adiuvatur.

En el mismo sentido, en D. 13, 5, 31, a propósito de una reclamación abusiva por parte de los acreedores de un deudor difunto respecto a un tercero que cree ser el heredero, se plantea al jurista la cuestión en estos términos: *quaesitum est, cum ad publium maevium ex hereditate lucii titii nihil pervenerit, an ex scriptura proposita de constituta pecunia conveniri possit et an doli exceptione uti possit?*. La respuesta es clara: *nec civilem eo nomine actionem competere: sed nec de constituta secundum ea quae proponerentur.*

D. 13, 5, 31.- (Scaevola, libro V, Digestorum).- *Lucius titius seiorum debitor decessit: hi persuaserunt publico maevio, quod hereditas ad eum pertineret et fecerunt, ut epistulam in eos exponat debitorem sese esse quasi heredem patrum sui confitentem, qui et addidit epistulae suae, quod in rationes suas eadem pecunia pervenit. quaesitum est, cum ad publium maevium ex hereditate lucii titii nihil pervenerit, an ex scriptura proposita de constituta pecunia conveniri possit et an doli exceptione uti possit? respondit nec civilem eo nomine actionem competere: sed nec de constituta secundum ea quae proponerentur. idem quaesivit, usurarum nomine quod ex causa supra scripta datum sit, an repeti possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse.*

Por lo tanto, dejando a salvo que el garante podía oponer todas las excepciones derivadas del *constitutum* o del incumplimiento de los requisitos formales de la reclamación, las fuentes también permitirían la utilización de la *exceptio doli* en caso de acciones manifiestamente abusivas por parte del acreedor, que fueran en contra del principio de la buena fe contractual y procesal. Se produce, por tanto, la inversión de la carga de la prueba, porque el *onus probandi* de la reclamación abusiva o mala fe del actor recaería sobre el garante, que, de no demostrar tales circunstancias, estaría obligado a pagar sin perjuicio del derecho a repetir contra el deudor.

Ahora bien, se debe tener en cuenta, como manifiesta Wacke⁶³, que la *exceptio doli* es en realidad una derogación de los presupuestos regulares de condena en el proceso formulario

⁶³ WACKE, "La "exceptio doli" en el derecho romano clásico", en Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor Jose Luis Murga Gener, Madrid, 1994, p. 978.

romano, ya que con ella el demandado alegaba la actitud contraria a la *bona fides*, conducta dolosa que no se refería sólo a la reclamación efectuada, sino que podía retrotraerse a momentos anteriores a ella. Así, el demandado estaba protegido también frente a la acumulación de acciones intentadas por el acreedor dirigidas a obtener el resarcimiento de su deuda⁶⁴. Por ello, el tratamiento que se ofrece en los textos respecto al problema de las reclamaciones abusivas del acreedor, permite concluir que la posibilidad de que el garante pudiera rechazar la *actio* con la *exceptio doli*, debería ser restrictiva toda vez que, de otra forma, se desvirtuaría la esencia del *constitutum*, esto es, de constituir una garantía abstracta, independiente y autónoma.

⁶⁴ Vid. a este respecto D. 4, 9, 3, 5.- (*Ulpiano, libro XIV ad Edictum*).- *Novissime videndum, an eiusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit? Et Pomponius dubitat; sed magis est, ut vel officio iudicis, vel doli exceptione alterutra esse conestus debeat.*