

JURISMAT

Revista Jurídica

Número 20/21

2024 - 2025

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 20-21 – PORTIMÃO – NOVEMBRO 2024 / MAIO 2025

Ficha Técnica

Título:	JURISMAT – Revista Jurídica Law Review – N.º 20-21
Director:	Alberto de Sá e Mello
Edição:	Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / Univ. Lusófona) Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A 8500-656 Portimão PORTUGAL
Edição on-line:	https://recil.grupolusofona.pt/
Catálogo:	Directório Latindex – folio 24241
Correspondência:	info@ismat.pt
Capa:	Eduarda de Sousa
Data:	Novembro 2024 / Maio 2025
Impressão:	ACD Print
Tiragem:	100 exemplares
ISSN:	2182-6900

JURISMAT – REVISTA JURÍDICA DO ISMAT

COMISSÃO CIENTÍFICA

Carlos Rogel Vide

Universidad Complutense de Madrid

Jorge Miranda

Universidade de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa & ULHT

José de Faria-Costa

Universidade Lusófona & ISMAT

José Lebre de Freitas

Universidade Nova de Lisboa

Luiz Cabral de Moncada

Universidade Lusófona & ISMAT

Manuel Couceiro Nogueira Serens

Universidade de Coimbra & ULHT

Maria Serrano Fernández

Universidad Pablo Olavide – Sevilla

Maria dos Prazeres Beleza

Supremo Tribunal de Justiça

Mário Ferreira Monte

Universidade do Minho

Milagros Parga

Universidad de Santiago de Compostela

Paulo Ferreira da Cunha

Universidade do Porto

Silvia Larizza

Università degli Studi di Pavia

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
ARTIGOS	11
ANTÓNIO BRÁZ TEIXEIRA	
A Filosofia Política de Augusto Saraiva	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA	
Direito, Justiça e Pena, entre o Mito e a Razão: Convite à Reflexão Crítica	21
MIGUEL SANTOS NEVES	
Gaza, o conflito Israel-Palestina e <i>lawfare</i> : limitações na capacidade do direito internacional regular os conflitos armados	49
MARIA DOS PRAZERES BELEZA	
Especialidades mais relevantes das acções de responsabilidade civil por violação do direito da concorrência (<i>private enforcement</i>)	103
ANA ISABEL SOUSA MAGALHÃES GUERRA	
A Influência da Inteligência Artificial na Vida Familiar	129
HATIM ANOUAR	
Délai d'appel élargi du procureur général au Maroc a l'épreuve de l'égalité des armes	139
ROBA IHSANE	
La justice prédictive	153
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL	
Breve análise, reflexiva, sobre a necessidade de reformulação do Código Comercial..	173
HANANE OUBELKACEM, FATIMA ZAHRA OUASSOU & BOUCHRA JDAIN	
La responsabilité médicale : une étude rétrospective dans la région de Souss Massa (sud du Maroc)	189
MIGUEL ÁNGEL ENCABO VERA	
Estructuctura de la relación obligatoria: sujetos y objeto de la obligación en el derecho comparado español y portugués.....	217

ARTIGOS DE ESTUDANTES E DIPLOMADOS DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT 241

BIANCA ANDREIA DOS SANTOS VIANA

- A responsabilidade penal no exercício de maus-tratos a animais de companhia:
breves notas sobre a constitucionalidade do tipo legal 243

MANUEL CATARINO

- Breve reflexão nos 50 anos do lock-out em Vieira de Leiria e da revolução de Abril . 255

MARIANA CARRAÇA

- A influência das criptomoedas no sistema jurídico português: um panorama atual 273

Estructura de la relación obligatoria: Sujetos y objeto de la obligación en el derecho comparado español y portugués¹

MIGUEL ÁNGEL ENCABO VERA *

Sumario

1. Estructura básica de la relación obligatoria. 2. Los sujetos de la obligación. 2.1. Clases de sujetos determinados o determinables. 2.2. Pluralidad de sujetos. 3. El objeto de la obligación. 3.1. La conducta debida: el objeto de la prestación en general. 3.2. Las obligaciones de dar. 3.3. Las obligaciones de hacer. 3.4. Las obligaciones de no hacer. 3.5. Obligaciones alternativas. 3.6. Obligaciones facultativas. 3.7. Obligaciones pecuniarias. 4. Bibliografía. 5. Webgrafía.

Resumo

Este estudo trata dos elementos básicos da estrutura de uma obrigação sob a ótica do Direito das Obrigações. Esses elementos são: sujeitos (relacionados à obrigação), objeto (conduta jurídica) e causa jurídica (nexo ou causa de justificação jurídica).

JURISMAT, Portimão, n.^{os} 20-21, 2024-2025, pp. 217-239.

* Profesor Titular de Derecho civil, Universidad de Extremadura.

¹ Con agradecimiento al Prof. Dr. Alberto Sá e Mello, y al ISMAT de Portimão, por haber propiciado la presente investigación.

Resumen

El presente estudio se refiere a los elementos básicos de la estructura de una obligación desde el punto de vista del Derecho de obligaciones. Dichos elementos serían: sujetos (los relacionados con la obligación), objeto (la prestación) y vínculo jurídico (nexo o causa de justificación jurídica).

Abstract

This study is about the basic elements of the structure of an obligation from the point of view of the Law of Obligations. Those elements are: subjects (related to the obligation), object (legal conduct) and legal cause (nexus or cause of legal justification).

1. Estructura básica de la relación obligatoria.

El vínculo jurídico entre la obligación y el crédito, o el poder de exigir la prestación se refiere al deber, es decir a la deuda (DEBITUM o SCHULD), aunque ya sostuvo SAVIGNY que en realidad la deuda se refería propiamente a una CONDUCTA a desplegar por el deudor.

Cierto es que se suele sostener que el “*nexum*” se refería, en el derecho romano, a aquella sumisión por anticipado del deudor para el caso de incumplimiento. El “*nexum*” al que yo me quiero referir es, realmente, la “causa”, nada que ver con lo que significó el término histórico, que, como recuerda VERA-CRUZ PINTO, fue abolido por la Lex Poetelia Papiria.² En mi opinión, el término “*nexum-causa*” contribuye a dar vigencia al término “VÍNCULO JURÍDICO”;³ siendo el

² VERA-CRUZ PINTO, “O conceito jurídico de *obligatio* e a definição legal de obrigação: estar obrigado é ter de cumprir no prazo fixado o que é devido ao credor”, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo, 2021, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-60039900408: “... A oposição entre *nexum* e *obligatio* não é a de o primeiro ser um vínculo direto e a segunda um vínculo potencial; mas de o primeiro permitir uma realização sobre o corpo do devedor (*legis actio per manus iniunctionem*) através de uma *actio personae*, e a segunda só permitir a satisfação do crédito sobre o seu património (*bonorum venditio*) – pela *actio*”

³ Esta é a «definição clássica» de obrigação, e cada seu elemento merece tratamento monográfico... A obrigação é um vínculo, ou seja, uma relação... A obrigação é, à primeira vista, o conjunto do dever do obrigado e do direito — chamado «crédito» — da pessoa perante quem a outra está obrigada. Na verdade a lei identifica a obrigação com uma relação subjacente, em virtude da qual — ou seja, por causa da qual — o obrigado está obrigado. Para a generalidade dos efeitos, na lei portuguesa, não se encontra

“*nexum-causa*” aquella parte de la estructura jurídica que permite justificar la existencia misma del vínculo jurídico de la obligación (causa), al poner en situación jurídica a los sujetos que forman parte de la relación obligatoria, en virtud de la justificación del por qué (causa) se ha de realizar la prestación u objeto de la obligación. Tengamos en cuenta, en este sentido, al *Código Civil portugués*, que establece en su artículo 397.º: *que la obligación: «é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação»*. En palabras de MENEZES CORDEIRO: “... *assim, não há obrigação sem causa, ou seja, não se permitem obrigações abstratas, em resultado da necessidade de verificar a validade dessa mesma obrigação (por se tratar de um vínculo abstrato perceptível apenas pelo intelecto das pessoas)*”.⁴

Podríamos proponer que los elementos básicos de la estructura de una obligación serían: sujetos (los relacionados con la obligación), objeto (la prestación) y vínculo jurídico (nexo o causa de justificación jurídica). Del nexo causal nos acabamos de referir, por lo que nos ocuparemos a continuación de los sujetos y objeto de la obligación.

2. Los sujetos de la obligación

2.1. Clases de sujetos determinados o determinables

Toda obligación vincula jurídicamente, al menos, a dos personas, denominados acreedor y deudor. El término acreedor está relacionado, a su vez, con el término **crédito**, que se refiere al **derecho subjetivo de crédito** que conlleva una serie de facultades o poderes jurídicos (aunque también puede haber cargas en las relaciones jurídicas complejas). El acreedor tiene derecho a exigir una conducta determinada. El **término deudor** se le relaciona naturalmente con la **deuda** que tiene que ver con el **deber** de realizar una prestación o adoptar un determinado comportamiento.

Sujetos de una relación obligatoria pueden ser tanto las personas físicas como las jurídicas, incluso aquellas personas que tengan su capacidad de obrar

diferença relevante, contudo, entre essa relação subjacente e o conjunto do dever obrigacional e do crédito”. <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/obrigacao>”.

⁴ António MENEZES CORDEIRO, en su obra “DIREITO DAS OBRIGAÇÕES, NOÇÃO E COORDENADAS GERAIS DAS OBRIGAÇÕES”, y siguiendo a Mafalda MALÓ, en el curso de 2016-17; <https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/05/Direito-das-Obriga%C3%A7%C3%B5es-I-Mafalda-Mal%C3%B3.pdf>.

limitada o se encuentre discapacitada.⁵

Una cuestión importante es el de la **determinación directa de los sujetos**, que en principio deben estar plenamente identificados. No obstante cabe la determinación indirecta “a posteriori”, como en los contratos en favor de terceros, o a favor de persona a designar más adelante.⁶ En este sentido, el artículo 511 del Código civil portugués establece: “*La pessoa do credor pode não ficar determinada no momento em que a obrigação é constituída; mas deve ser determinável, sob pena de ser nulo o negócio jurídico do qual a obrigação resultaria*”; es decir, el sujeto o los sujetos de la relación obligatoria han de ser determinables.

Se suele distinguir entre relación obligacional simple y compleja. En la **relación obligatoria simple**, los sujetos de la obligación serían un acreedor, que ocupa exclusivamente dicha posición, y un deudor, que ocuparía en exclusiva dicha situación. Mientras que en las **relaciones obligaciones complejas** la misma persona ostenta la condición de acreedor y deudor, como en la compraventa, por ejemplo.

2.2. Pluralidad de sujetos.

El Código civil español contempla a la pluralidad de sujetos: Sección 4ª, del Capítulo III- de las diversas especies de obligaciones, del Título Primero del Libro Cuarto, titulada “De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias”. La obligación con pluralidad de sujetos puede organizarse (legal o convencionalmente) de forma diversa: puede darse el caso de existir una pluralidad de acreedores y/o una pluralidad de deudores. A continuación, vamos a ver estas situaciones desde el punto de vista de la obligación.

La doctrina distingue entre obligaciones parciarias (denominadas también conjuntas en Portugal),⁷ mancomunadas y solidarias. El Código civil español no

⁵ En el mismo sentido, ROGEL, en *Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid 2016, págs. 14 y ss.

⁶ Siguiendo a ROGEL, en *Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid 2016, pág.15.

⁷ Así, por ejemplo, dentro de la doctrina portuguesa, MENEZES CORDEIRO, “*Direito das obrigações, noção e coordenadas gerais das obrigações*”, y siguiendo a Mafalda MALÓ, en el curso de 2016-17; <https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/05/Direito-das-Obriga%C3%A7%C3%B5es-I-Mafalda-Mal%C3%B3.pdf>, págs. 36 y ss. “*A obrigação plural pode assumir natureza parciária quando o credor apenas pode exigir a prestação de forma integral, ou seja, só de todos os devedores (parciariedade passiva). Ainda, quando só todos os credores possam pedir, ao devedor, a totalidade da prestação (parciariedade ativa). Também se podem designar, assim, de conjuntas (exigem, ou o conjunto de devedores, ou o conjunto de credores)... Presume-se que os vários credores ou os vários devedores assumam posições iguais. Não será assim se, da lei ou do negócio jurídico,*

presume la solidaridad (art.1137 Código civil español), sino la fragmentación de la deuda (obligaciones parciarias) en el art.1138 Código civil español, en defecto de estas últimas las obligaciones serán mancomunadas. La obligación solidaria deberá establecerse expresamente legal o convencionalmente. Así el artículo 1138 del Código civil español: “Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda **se presumirán divididos en tantas partes iguales** como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros”. En Portugal la situación es parecida: “*Presume-se que os vários credores ou os vários devedores assumam posições iguais. Não será assim se, da lei ou do negócio jurídico, resultar uma proporção diversa (534º del Código civil portugués). Cabe aos interessados ilidir a presunção – até lá, são tratados como partes iguais*”.⁸ Así pues, en la **obligación parciaria o conjuntiva** hay tantas deudas como deudores haya, en virtud del principio de fragmentación de las obligaciones que acabamos de comentar en ambos Ordenamientos jurídicos.

En el Derecho español, en la **obligación mancomunada** existe una sola deuda, pero cada uno de los diversos deudores sólo está obligado a cumplir la parte de la deuda que le corresponde (mancomunidad pasiva). La prestación debida se puede exigir al conjunto de deudores, pero si alguno resulta insolvente, no están los demás obligados a cubrir su insolvencia (art.1139 Código civil español). Cabe hablarse de una relación externa e interna, tal y como vamos a señalar a continuación respecto a las obligaciones solidarias.

En las obligaciones solidarias observamos una relación externa e interna respecto a los deudores, siguiendo al artículo 137 Código civil español En la **relación externa**⁹ distinguimos entre solidaridad activa o pasiva. En la

resultar uma proporção diversa (534º). Cabe aos interessados ilidir a presunção – até lá, são tratados como partes iguais... O beneficium divisionis afasta a regra da integralidade da prestação (763º), permitindo que, na parciariedade ativa, cada credor só possa pedir a sua parcela/quota-parte. Mais uma vez, é determinante a divisibilidade, que já não será opção se daí resultar prejuízo para o credor... A parciariedade tem aplicação supletiva, funcionando sempre que um preceito específico da lei ou um acordo das partes não imponham a solidariedade. Será fundamental, nestas obrigações, determinar se a prestação é divisível ou indivisível”.

⁸ MENEZES CORDEIRO, “Direito das obrigações, noção e coordenadas gerais das obrigações”, y siguiendo a Mafalda MALÓ, en el curso de 2016-17; <https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/05/Direito-das-Obriga%C3%A7%C3%B5es-I-Mafalda-Mal%C3%B3.pdf>, pág. 37.

⁹ ROGEL, en *Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid 2016, págs. 17 y ss.: “... Están, en primer lugar, las cuestiones en torno a la relación externa, del acreedor con los deudores solidarios, básicamente las siguientes: Deber de prestación como deber indistinto: Cualquiera de los deudores debe y puede pagar la totalidad, liberándose a sí mismo y a los demás (art. 1145.I C.c.). Derecho de elección correspondiente al acreedor, que puede dirigirse, a su gusto, contra uno, varios o todos los deudores. (Art. 1144 C.c.).

solidaridad activa cualquiera de los acreedores podrá reclamar, a cualquiera de los deudores, la íntegra prestación objeto de la obligación. Art. 1145 Código civil español; existiendo un derecho de elección (1144 Código civil español). En la **solidaridad pasiva** todos y cada uno de ellos quedan obligados a cumplir íntegramente la obligación cuando el acreedor le obliga a ello. La comunicación de la responsabilidad, siguiendo al artículo 1144 del Código civil español, todos son responsables de las culpas de los demás si parece la cosa o la prestación se hace imposible. Respecto a la cobertura de la insolvencia, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1145.III del Código civil español. En la **relación interna**¹⁰ hay que destacar la **acción de regreso**, prevista en el artículo 1145 Código civil español: “el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo”. Igual podríamos decir en Portugal, siguiendo a MENEZES CORDEIRO: “*A expressão relações internas respeita ao relacionamento entre os cocredores, tidos como iguais, perante o devedor. No caso de o credor cujo direito tenha sido satisfeito para além da parte que lhe competia, deve satisfazer os outros a parte que eles tinham na prestação – quando não seja divisível, procura-se um encontro de valores. O credor satisfeito só entrará em mora depois de ser interpelado pelos restantes – só assim lhes deverá juros ... A expressão relações externas corresponde às relações que se estabelecem entre cocredores e devedor. Ora, a escolha do credor solidário cabe ao*

«Ius variandi» del acreedor que, siempre que no haya sido enteramente satisfecho, puede dirigirse contra deudores distintos de aquel a quien hubiere demandado previamente (art. 1144 C.c.). Comunicación de la responsabilidad: Si la cosa debida hubiese perecido o la prestación se hubiere hecho imposible mediando culpa de cualquiera de los deudores solidarios, todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses (1147.II C.c.). Cobertura de la insolvencia: La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia de un deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno (art. 1145.III C.c.). Excepciones oponibles por el deudor solidario: Las que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales (art. 1148 C.c.)”. En el Derecho portugués, siguiendo a MENEZES CORDEIRO, “*Direito das obrigações, noção e coordenadas gerais das obrigações*”, y siguiendo a Mafalda MALÓ, en el curso de 2016-17; <https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/05/Direito-das-Obriga%C3%A7%C3%B5es-I-Mafalda-Mal%C3%B3.pdf>, pág. 37.

¹⁰ ROGEL, en *Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid 2016, pág.18: “...Por ello y de conformidad con el art. 1145.II C.c., el que hizo el pago puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo, discutiendo la doctrina si el deudor que paga puede subrogarse en el crédito, lo cual implicaría una posición más fuerte que la derivada de una mera acción de regreso, pues, en la subrogación, la antigüedad del crédito —que se transfiere con derechos y garantías anexas— es la originaria. Un argumento a favor de la subrogación podría encontrarse en el artículo 1210.3º del Código civil —norma posterior al 1145 del mismo cuerpo legal—, que la presume cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación —que bien puede ser un deudor solidario—, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda”.

*devedor, nos termos do artigo 528º. O dever de cumprir não cessa pelo facto de o devedor cumprir perante um credor diferente (caso contrário, esvaziar-se-ia o conteúdo dos direitos de crédito de titulares não convenientes). No caso de ocorrer impossibilidade superveniente da obrigação: por facto imputável ao devedor, a solidariedade mantém em relação ao crédito da indemnização (529/1); por facto imputável a um dos credores, fica este obrigado a indemnizar os demais (529/2). Por fim, a satisfação do direito de um dos credores, nos termos do artigo 532º, extingue a relação global, em face dos restantes credores – ou seja, exonera o devedor”.*¹¹

3. El objeto de la obligación

3.1. La conducta debida: el objeto de la prestación en general.

El OBJETO DE LA OBLIGACIÓN O PRESTACIÓN: es la conducta a desplegar por el deudor. LA OBLIGACIÓN PROYECTA UNA CONDUCTA DEBIDA (conducta para el futuro).¹² En este sentido la PRESTACIÓN DEBIDA sería sinónimo de obligación. La obligación (en sentido técnico u obligación a secas) se caracteriza por la nota de la patrimonialidad de la prestación (contratos p.e.), para distinguirla de otras conductas no patrimoniales o deberes jurídicos (no ser obligados a declarar nuestra ideología o creencias religiosas, art. 16.2 CE, p.e.).

En el artículo 397 del Código civil portugués, igualmente se desprende la idea de que la ejecución de obligación es la conducta a realizar por el deudor en beneficio del acreedor. Realizar la prestación por parte del deudor se considera como cumplimiento, dando lugar a la extinción de la obligación (artículo 762º.1 del Código civil portugués). La prestación puede consistir en una acción o en una omisión (artículo 398º.1 del Código civil portugués). La **posibilidad física y jurídica**: de modo que la imposibilidad de prestación produce la nulidad del negocio jurídico, debe constituir una imposibilidad originaria (artículo 401º.1

¹¹ En el Derecho portugués, siguiendo a MENEZES CORDEIRO, “*Direito das obrigações, noção e coordenadas gerais das obrigações*”, y siguiendo a Mafalda MALÓ, en el curso de 2016-17; <https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/05/Direito-das-Obriga%C3%A7%C3%B5es-I-Mafalda-Mal%C3%B3.pdf>, págs. 38 y ss.

¹² ROGEL, en *Derecho de obligaciones y contratos, Madrid 2016*, pág. 20: “El objeto de la obligación no aparece fijado con exactitud en el Código civil, que, en ocasiones, identifica como tal a las cosas o a los servicios y, en otras, parece pensar más en comportamientos debidos. Para la mayoría de la doctrina, el objeto de la obligación es, precisamente, un comportamiento o conducta proyectada del deudor, comportamiento o conducta de prestación o, más abreviadamente, prestación, que puede ser de dar, hacer o no hacer y puede versar —eso sí— sobre cosas o servicios”.

del Código civil portugués). Si la disposición apareciera posteriormente imposible después de la constitución del negocio, ésta no sería considerada nula. En el Derecho portugués se presume que la obligación es en principio fungible, es decir, su cumplimiento puede ser realizado por cualquier persona (artículo 767°.1. del Código civil portugués). Sólo en el supuesto de que el deudor no pudiera realizar la prestación debería ser reemplazado en el cumplimiento de la obligación; lo que nos ocupará tener en cuenta las obligaciones de hacer infungibles, que veremos más adelante.

Respecto al contenido de la obligación, el artículo 398.º del Código civil portugués, **consagra la autonomía de la voluntad** para establecerlo, ya que dispone: “*1. As partes podem fixar livremente, dentro dos limites da lei, o conteúdo positivo ou negativo da prestação. 2. A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal*”. Igual que el Código civil español, que, en su artículo 1255, dispone: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Limitaciones legales que se estudian en sede del Derecho de contratos, a los que remitimos al lector.

LA PRESTACIÓN DETERMINADA: En principio y normalmente el contenido de la prestación está determinado desde el primer momento, pero en otras ocasiones las partes lo aplazan para un momento posterior. El Derecho español permite este último caso, siempre que en el momento inicial existan ya datos suficientes para esa futura concreción. Lo que se rechaza es la total y absoluta indeterminación, de ahí que digamos que lo normal será lo determinado, o sea determinable sin necesidad de ningún otro pacto o acuerdo. En el Derecho portugués, la obligación debe ser determinable (artículo 280º del Código civil portugués); y no debe confundirse indeterminable con indeterminado, ya que en el caso de haber indeterminación inicial, se aplicará el artículo 400 del Código civil portugués.

LA PRESTACIÓN POSIBLE FÍSICA Y LEGALMENTE: La prestación ha de ser posible física y legalmente; ya que la imposibilidad produce la nulidad del negocio jurídico. Así el artículo 401º.1 del Código civil portugués dispone: “*1. A impossibilidade originária da prestação produz a nulidade do negócio jurídico. 2. O negócio é, porém, válido, se a obrigação for assumida para o caso de a prestação se tornar possível, ou se, estando o negócio dependente de condição suspensiva ou de termo inicial, a prestação se tornar possível até à verificação da condição ou até ao vencimento do termo. 3. Só se considera impossível a prestação que o seja relativamente ao objecto, e não apenas em*

relação à pessoa do devedor”. En el Derecho español igualmente establece que la ilicitud contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno.¹³ Pueden ser objeto del contrato, según el artículo 1271 del Código civil español: todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras e igualmente todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres; y esa licitud en las cosas y/o servicios han de ser posibles, según el artículo 1272 del Código civil español. En Portugal “... o objeto *negocial não pode ser contrário a qualquer disposição que tenha caráter injuntivo (280º.1 e 294º del Código civil portugués). A ilicitude pode ser de resultado ou de meios: negócio vise objetivamente um resultado ilícito ou proponha a alcançar um resultado lícito, através de meios cuja utilização é proibida por lei*”.¹⁴

La prestación puede tener un carácter **UNILATERAL o BILATERAL**. En las **OBLIGACIONES UNILATERALES** sólo existen obligaciones para una de las partes; el que recibe el bien no tiene ninguna obligación. En las **OBLIGACIONES BILATERALES** ambas partes están obligadas y son acreedoras y deudoras la una de la otra. En las **OBLIGACIONES PRINCIPALES** existe una equivalencia o interdependencia, de forma que varias de las obligaciones están conectadas en relación de interdependencia y equivalencia con la obligación de la contraparte (compra-venta p.e.). En las **OBLIGACIONES ACCESORIAS** existe una subordinación respecto a alguna obligación principal. Las obligaciones accesorias seguirán a la obligación principal. En este sentido traemos a colación un ejemplo referido al Derecho tributario y administrativo portugués sumamente ilustrativo de aplicación del Derecho civil de modo supletorio respecto a las **obligaciones accesorias de garantía** en los contratos.¹⁵

¹³ Los artículos 1.305 y 1.306 del C.c.e., se ocupan, el primero atendiendo a los supuestos constitutivos de delito o falta; y el segundo, a los de causa torpe. Quedan fuera de su regulación excepcional los de objeto ilícito y los de causa ilícita por ser contraria a las leyes (art. 1.275 C.c.e.).

¹⁴ DUARTE CANAU, “Direito das Obrigações”, <https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/05/Direito-das-Obriga%C3%A7%C3%B5es-I-Duarte-Canau.pdf>

¹⁵ Susana ESTÊVÃO GONÇALVES e Catarina FERNANDES, Actualidad Jurídica Uria Menéndez / ISSN: 1578-956X / 48-2018 / 154-161, “Imposto do selo: da aplicação da exclusão de tributação às garantias bancárias autónomas e respetivas contragarantias”, https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5813/documento/foro_por_01.pdf?id=7889&forceDownload=true. “In casu, a ratio legis da exclusão de tributação de garantias simultâneas e *materialmente acessórias de um contrato* especialmente tributado em Imposto do Selo é a de evitar situações em que um determinado negócio jurídico, que envolva vários contratos relacionados, seja tributado mais do que uma vez em Imposto do Selo. Neste sentido afirmou Bruno SANTIAGO que “[a] intenção do legislador é clara e compreensível: evitar situações de dupla tributação sempre indesejáveis e que onerariam excessivamente as operações” – cf. As garantias das obrigações e o Imposto do Selo, in Estudos em Homenagem do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Volume IV, Coimbra

La prestación puede ser **divisible o indivisible**. Las **OBLIGACIONES DIVISIBLES** son aquellas que permite el pago fraccionado. El deudor podrá pagar parte de la deuda y liberarse parcialmente, porque no alteraría la naturaleza de la prestación, como podrían ser por ejemplo las obligaciones

Editora, 2011, pág. 130. E a verdade é que nada distingue, para efeitos do escopo da norma – evitar a dupla tributação de uma determinada operação –, uma garantia bancária autónoma das demais garantias, pelo que a posição da ATA parece também em face do elemento teleológico de interpretação das normas jurídicas. Finalmente, mas não com menor relevância para este efeito, cabe analisar “as circunstâncias em que a lei foi elaborada” (ou seja o elemento histórico), em particular a evolução do requisito da “acessoriedade” (necessário à aplicação da exclusão de tributação das garantias), que, como se demonstrará, evoluiu de forma clara de uma acessoriedade formal para uma acessoriedade material. Mais afirmou o referido autor que “(...) o regime actual representa um alargamento do conceito de acessoriedade, porquanto se exige a existência de uma ligação material entre a garantia prestada e a obrigação garantida, independentemente de constarem do mesmo documento, prevalecendo, assim, o princípio da substância sobre a forma. Reflecte-se, deste modo, a tendência para a gradual alteração de uma das ancestrais características deste imposto, no sentido de o mesmo deixar de incidir sobre documentos, passando, ao invés, a tributar operações, não abrangidos por qualquer outro tipo de tributação indirecta, de certa forma espelhada no âmbito de incidência objectiva do imposto, que, por remissão, inclui as realidade constante das verbas da actual Tabela Geral, objecto de reformulação face à anteriormente em vigor” – cf. Ob. Cit. pág. 36. Decorre, assim, também do elemento histórico por comparação entre o anterior regime que exigia uma acessoriedade formal (i.e., que as garantias integrassem o mesmo documento das obrigações garantidas) para efeitos de aplicação da exclusão de tributação em Imposto do Selo e o regime atual introduzido pela Lei n.º 150/99, de 11 de setembro – que a aplicação da exclusão de tributação em Imposto do Selo implica, por um lado, que as garantias se destinem a garantir uma obrigação especialmente tributada em Imposto do Selo, independentemente da sua natureza ou forma (critério da acessoriedade material) e, por outro lado, que tais garantias sejam constituídas no mesmo dia em que a obrigação garantida (critério da simultaneidade). Tendo em conta os referidos elementos de interpretação da lei, resulta, pois, claro que, com o atual requisito da acessoriedade material, o legislador vem apenas exigir, para efeitos de aplicação da exclusão de tributação, a existência de uma mera relação de causalidade, instrumentalidade ou “dependência causal” da garantia face à obrigação garantida. Como salientou Luís FRAGOSO o preenchimento do requisito de acessoriedade material basta-se com “(...) uma verdadeira dependência causal da garantia face à obrigação garantida, ou seja, a primeira apenas surge como consequência da segunda, apenas existe enquanto a segunda existir e reduz-se à medida que a obrigação garantida se vai reduzindo” – cf. Garantias bancárias autónomas e Imposto do Selo. Tributar ou não tributar? Essa é a questão, Verbo jurídico, Março 2010, pág. 8. Aliás, como a própria ATA assumiu no Despacho SDG, P2010000295, de 24 de março de 2010 “(...) a garantia só é materialmente acessória quando recai única e exclusivamente sobre as responsabilidades emergentes do contrato principal e não sobre quaisquer outras responsabilidades / obrigações já constituídas ou a constituir”. Neste mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) em Acórdão, de 24 de outubro de 2012, proferido no processo n.º 258/12, no qual pode ler-se que “contratos acessórios são aqueles que têm por finalidade assegurar o cumprimento de outro contrato, denominado principal (...)”.

pecuniarias. En las **OBLIGACIONES INDIVISIBLES** el deudor sólo se libera cumpliendo la totalidad de la deuda. El Acreedor no está obligado a admitir un cumplimiento parcial. Se refiere a aquellas obligaciones que no permiten su fragmentación. La regla general en el Código civil español es la indivisibilidad, dispuesta en el artículo 1169 del Código civil español: “A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación. Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda”. No obstante, al menos en España, cabe la aceptación del pago parcial voluntaria por parte del acreedor (art. 1213 del Código civil español), o por otras disposiciones forales o del derecho mercantil (letras de cambio, pagaré, cheque, etc).¹⁶

Las obligaciones pueden tener a menudo un **plazo o término determinado**. Las **obligaciones puras** son exigibles desde su establecimiento, en virtud de lo dispuesto en el art. 1113.I del Código civil español. En este sentido, ROGEL sostiene que “... a pesar de lo cual se entiende que **un lapso prudencial para el pago no atenta contra el espíritu de la prestación** y la finalización, en su caso, de la misma están en función de un acontecimiento futuro y cierto. Se suele distinguir entre **término inicial y término final**. En el plazo cierto, en el Derecho español habría que tener en cuenta el art. 1125.II del Código civil español respecto a la concretización del día futuro determinado. El Código civil español se refiere a las obligaciones a plazo en los artículos 1125 a 1130. Siguiendo a ROGEL respecto a estos artículos: “... parecen pensar, fundamentalmente, en el término inicial ...”.¹⁷ Respecto al **término esencial**,

¹⁶ ROGEL, en *Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid 2016, pág.29, dice lo siguiente: “Las obligaciones de hacer serán divisibles —estando al 1151 C.c.— cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas u otras cosas análogas. Si la obligación, además de indivisible, es mancomunada y cualquiera de los deudores incumple, procede —de conformidad con el art. 1150 C.c.— la indemnización de daños y perjuicios”.

¹⁷ ROGEL, en *Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid 2016, págs. 32 y ss. ... «Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, solo serán exigibles cuando el día llegue», establece el art. 1125.I. En base al 1127, el plazo se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que, del tenor de la obligación o de otras circunstancias, resultara haberse puesto en favor del uno o del otro. A decir del 1126, lo que anticipadamente se hubiese pagado en las obligaciones a plazo —renunciando al beneficio que éste comporta— no se podrá repetir. Si el que pagó ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa antes del vencimiento del mismo. El artículo 1129 establece los siguientes supuestos de pérdida, por el deudor, del beneficio del plazo: «1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3º. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas

siguiendo a ROGEL: “... en los que la prestación se quiere o solo es útil en un momento determinado. Si dicho término es absoluto o propio, el cumplimiento tardío es imposible; si es relativo o impropio, puede reclamar tal cumplimiento el acreedor, sin que pueda, en cambio, efectuarlo «motu proprio» el deudor ...”.¹⁸ También se distingue entre **obligaciones de tracto único o instantáneas** (compraventa instantánea, p.e.) y **obligaciones de tracto sucesivo**, cuando la obligación se prolongan en el tiempo (alquiler, pensiones, etc.).

Según el Código civil español: “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa” (art.1088 del Código civil español), veamos cada uno de ellos en particular.

3.2. Las obligaciones de dar

La OBLIGACIÓN DE DAR es la obligación por excelencia, en referencia, generalmente, al ámbito material del contenido de la prestación así establecida. Este tipo de obligaciones son de gran importancia tradicional en las economías basadas en el intercambio de cosas de la más variada índole. Implica la entrega alguna cosa, el obligado cumple con la obligación entregando la cosa al acreedor y la realización del conjunto de actos que posibiliten el traspaso posesorio. El contenido de la prestación de dar implica, por lo tanto, y explícitamente, la entrega, o el traspaso posesorio, que puede tener una función traslativa o consistir meramente en un acto restitutorio.¹⁹ También el Código civil español señala: «El obligado a dar una cosa lo está también a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia» (art. 1094 Código civil español). ROGEL señala que “... desde que nace la obligación de entregar una cosa fructífera, el acreedor tiene derecho a los frutos de ésta (art. 1095 Código civil español); «la obligación de dar cosa determinada —en fin— comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados» (art. 1097 Código civil español).²⁰

En principio **la obligación de dar se refiere a una cosa material**; descartamos

garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras. El 1128, en fin, establece determinados supuestos en que el plazo vendrá determinado por los Tribunales, y el 1130 como hacer el cómputo del mismo, cuando venga señalado por días”.

¹⁸ ROGEL, en *Derecho de obligaciones y contratos, Madrid 2016*, pág. 32, añade que “... El cumplimiento tardío es imposible, por definición y salvo error por mi parte, en casos tales como los siguientes: taxi alquilado para ir al aeropuerto a las 7, con el fin de coger un avión a las 9, que viene a las 10; balcón alquilado para ver la comitiva de una boda un día determinado o presenciar la actuación de una tonadillera de postín —se han pagado 6.000 euros por uno hace unos años en Valladolid, para este último menester...”

¹⁹ ROGEL, en *Derecho de obligaciones y contratos, Madrid 2016*, pág. 19.

²⁰ ROGEL, en *Derecho de obligaciones y contratos, Madrid 2016*, págs. 19 y 20.

que se pueda referir al traspaso posesorio de bienes inmateriales (aunque cabría hablarse de algo parecido a la posesión de estado en el derecho de paternidad de los derechos de autor, o en la apariencia de ejercicio de un derecho económico), como patentes, marcas o el derecho de autor, porque la expresión material puede ser tenida o disfrutada por una pluralidad de personas que son las que se encuentran en contacto material con las distintas multiplicaciones de la cosa materializada (copias de libros, por ejemplo).

En el Derecho portugués: “As **prestações de coisa** são aquelas que envolvem essencialmente a entrega ou, de outro modo, o proporcionamento de uma coisa — em princípio, corpórea — ao credor. Contrapõem-se às prestações de facto, que podem ser de facto positivo ou negativo. As prestações de coisa podem ser de três tipos bastantes diferentes: As **prestações de dare**, no direito português, são aquelas cujo sentido é a passagem definitiva de uma coisa da esfera do devedor para a esfera do credor. Os seus exemplos centrais são o conteúdo das obrigações de entrega da coisa pelo vendedor e pelo doador. As **prestações de praestare** correspondem a atribuições de proporcionar temporariamente uma coisa ao credor. Os seus exemplos prototípicos são as obrigações de entrega do locador e do comodante para início da execução do contrato, ou seja, para que o locatário ou comodatário fique com a coisa (temporariamente) em seu poder. As **prestações de reddere** correspondem sobretudo às obrigações de devolver uma coisa ao proprietário uma vez findo o contrato. Incluem não só essas obrigações do locatário e do comodatário, mas também, por exemplo, a obrigação de devolução de um empreiteiro a quem tenha sido entregue uma coisa para reparação, tal como a obrigação do mandatário de entregar ao mandante as coisas que tenha recebido em execução do mandato. As obrigações de reddere têm um regime muito próximo do das obrigações com prestação de facto. Pelo contrário, as obrigações de dare têm um regime específico, em que assume destaque a matéria da transferência do risco (cf. art. 796.º do Código Civil). As **prestações de praestare** são uma figura de algum modo intermédio, sem grande relevância autónoma no todo contratual da atribuição temporária do gozo da coisa”.²¹

Dentro de las obligaciones de dar se distingue entre: específicas (cuando recae sobre una cosa concreta y determinada), o genéricas (cuando recae sobre un determinado número o medida de cosas pertenecientes a un género). Las **OBLIGACIONES GENÉRICAS** no tienen por objeto algo concreto y determinado, sino la pertenencia a un género concreto. Se llama especificación al momento en el que se elige que cosas de las que componen el género es la que ha de entregarse específicamente. Las **OBLIGACIONES ESPECÍFICAS** se refieren a obligaciones individualizadas. La cosa a entregar está determinada

²¹ <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/prestacao-coisa>.

en su concreta individualidad. Dentro de las obligaciones genéricas se suele afirmar que se caracterizan porque en ellas no existe el riesgo de que la prestación llegue a hacerse imposible por pérdida o destrucción de la cosa debida, ya que “el género no perece” (*genus numquam perit*). Cuando en una obligación genérica no se ha precisado el nivel de calidad que debe entregar el deudor, se aplica la *regla de la calidad media*, de forma que ni el acreedor puede exigir una calidad superior, ni el deudor se libera entregando la calidad inferior. Así el artículo 1167 del Código civil español dispone: “Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior”. Un tipo especialmente importante de obligación genérica es la obligación pecuniaria, a la que nos referiremos más adelante.

3.3. Las obligaciones de hacer

En el Derecho portugués se proponen una serie de obligaciones que tienen en común el verbo “hacer”, y que implica cierta actividad por parte del deudor: “*As prestações de facto são aquelas que envolvem essencialmente apenas o comporta-mento do devedor, e não entrega de uma coisa ao credor... As prestações de facto são as prestações prototípicas, que mais facilmente se enquadram nas categorias gerais do direito de obrigação, uma vez que a obrigação é normalmente definida (cf. art. 397.º do Código Civil) como o vínculo de adstricção do devedor à realização de uma prestação, e uma prestação é uma acção ou, melhor dizendo, a descrição de um tipo de acção... Nas prestações de facto, a importância essencial é do comportamento do devedor e daquilo que esse comporta-mento produz (causa). Os exemplos principais de prestações de facto são as que correspondem às obrigações dos empreiteiros e dos prestadores de serviços (independentes ou como trabalhadores subordinados). As prestações de facto podem ser de facto positivo (obrigações de fazer), de facto negativo (obrigações de não fazer) e obrigações de polaridade indefinida. Neste último caso inclui-se, p. ex., uma obrigação de ter certa passagem aberta em certo momento, que é o mesmo que uma obrigação de não ter a passagem fechada nesse momento e que se pode concretizar quer numa actuação positiva (abrir a passagem) quer numa actuação negativa (não a fechar)....*”²²

Las OBLIGACIONES DE HACER son de gran importancia en el sector de los servicios. Implican la **realización de una actividad** por el deudor. Distinguiremos entre obligaciones de hacer infungibles y fungibles y obligaciones de medios o de resultado.

²² <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/prestacao-facto>.

1. **PERSONALÍSIMA O INFUNGIBLE:** es aquella obligación de hacer en la que se tiene en cuenta la calidad y circunstancia de la persona. El acreedor no está obligado a recibir una prestación de una persona diferente a la establecida. Un determinado pintor artístico, podría servir de ejemplo. El acreedor no puede ser compelido a recibir la prestación de un tercero (art. 1161 Código civil español), extinguiéndose la obligación por la muerte del deudor (art. 1595 Código civil español).
2. **NO PERSONALÍSIMA O FUNGIBLE:** es indiferente quien cumple la obligación de hacer. Un operario cualquiera en un taller de reparaciones de vehículos, por ejemplo.
3. **OBLIGACIÓN DE MEDIOS:** el deudor se compromete a desplegar una conducta diligente. Sin exigencia de un resultado concreto (médicos, abogados, p.e.). El fin último esperado por el acreedor es potencial.
4. **OBLIGACIÓN DE RESULTADO:** desempeño de una actividad con un resultado concreto que es exigible.

3.4. Las obligaciones de no hacer

Las **OBLIGACIONES DE NO HACER:** imponen al deudor una actividad negativa. La obligación de no hacer (negativa) supone el compromiso de observar un comportamiento negativo o de omisión que deberá prolongarse durante un cierto tiempo o durante toda la vida en que se den determinadas circunstancias; no abrir ventanas o huecos sobre la propiedad del vecino, por ejemplo. En el Derecho portugués: “...As **obrigações de facto negativo** incluem as obrigações de abstenção, ou obrigações de facto negativo em sentido estrito, e as obrigações de impedimento, ou **obrigações de acção positiva** para um facto negativo. O regime das **obrigações de abstenção** e das obrigações de impedimento é em grande parte comum (cf. art. 829.º, n.º 1, do Código civil português). É comum considerar as **obrigações de tolerância, ou obrigações de pati**, como um tertium genus junto às obrigações com prestação de facto e às obrigações com prestação de coisa. As supostas prestações de pati, contudo, são por vezes simples prestações de facto negativo; outras vezes, não são prestações, por não corresponderem a uma obrigação, mas sim a uma atribuição de outro tipo: é o caso em que a atribuição corresponde ao direito de gozo do pretendo credor sobre uma coisa pertencente ao pretendo devedor”.²³

²³ <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/prestacao-facto>.

3.5. Obligaciones alternativas.

La **OBLIGACIÓN ALTERNATIVA** se produce cuando se previenen varias prestaciones desde el origen como posibilidades de cumplir la obligación debida.²⁴ Siguiendo el Código civil portugués: “... o devedor exonera-se com o cumprimento de uma delas... Compreendendo duas ou mais prestações possíveis, mas tendo o devedor apenas de realizar uma delas, suscita-se a questão de saber a quem cabe a escolha da prestação a realizar. Supletivamente, diz-nos a lei, compete ao devedor, a menos que se haja convencionado que será efetuada pelo credor ou por terceiro, apenas não podendo escolher parte de uma prestação e parte da outra. Quando à impossibilidade, compreendendo duas ou mais prestações possíveis, urge saber o que acontece se uma das prestações se tornar impossível antes da escolha. Por exemplo, por destruição da coisa. O regime varia consoante a impossibilidade seja ou não imputável às partes e a quem tenha sido atribuída a escolha. As obrigações alternativas encontram-se reguladas nos artigos 543.º a 549.º do Código Civil.”²⁵

Pueden tener una finalidad de garantía. La elección, salvo pacto en contrario, le corresponde al deudor coincidiendo ambos Ordenamientos jurídicos ibéricos. Habrá un momento en el que se elegirá definitivamente la que se llevará a cabo. El Art 1131 Código civil español dispone: “... el obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas”.

3.6. Obligaciones facultativas.

Realmente habría que denominarlas “**OBLIGACIONES CON CLÁUSULA**

²⁴ LABATE LACAZ, “Obrigações alternativas: características e noções fundamentais”, São Paulo 2015. <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6778/1/Marina%20Vessoni%20Labate%20Lacaz.pdf>. “... A primeira codificação a tratar das obrigações alternativas foi o Código Napoleão em 1804, cuja matéria foi disciplinada nos artigos 1.189 e seguintes, no seu Livro III. O Código Civil italiano de 1865 também dedicou artigos às obrigações alternativas, assim como a atual legislação civil de 1942, que regulamenta as obrigações alternativas nos artigos 1.285 e 1.286. Em 1900, o Código Civil alemão (BGB), vigente até os dias de hoje, trata da matéria nos artigos 262 a 265. O legislador português, por sua vez, se inspirou no Código de Napoleão para o tratamento dado ao tema. Na América do Norte, mais especificamente na província de Quebec, no Canadá, o Código Civil local, atualizado em março de 2008, possui disposições semelhantes à Lei brasileira, na medida em que determina, como regra, que é direito do devedor escolher qual obrigação alternativa ele usará para adimplir sua obrigação. São sete artigos dedicados ao tema. O Estado da Louisiana, nos Estados Unidos da América, em seu Código Civil, traz oito artigos sobre a matéria”.

²⁵ <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/obrigacoes-alternativas>

FACULTATIVA”, y son aquellas en las que sólo existe una sola prestación debida, pero la ley o el acuerdo entre particulares autoriza al deudor que pueda librarse realizando una prestación distinta (prestación facultativa). Por ejemplo, el Art 1454 Código civil español: “... *si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas.*”.

Respecto a la obligación facultativa, no siempre la Doctrina científica española se ha ocupado de su estudio, aunque presenta algunos interrogantes a resolver. Ejemplos de ello se refieren a la cercanía a otro tipo de obligaciones, como las alternativas o las obligaciones con cláusula penal, que hubo que delimitar. La práctica generalidad de la doctrina española utiliza como base argumental para aceptar la vigencia de las obligaciones facultativas en el Derecho español los artículos 1166, 1255, 1901 y 1153 de Código Civil español.²⁶ Así el artículo 1166 del *Código Civil* establece: “El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor”. Por lo que en el caso de que las partes lo hubieran acordado habrá que tener en cuenta el artículo del 1255 Código civil español, de forma que el deudor pueda liberarse, por pacto entre deudor y acreedor, de la obligación asumida realizando una prestación distinta a la inicialmente *debida*. ALBALADEJO ya lo afirmó en su momento: “No harían falta más argumentos para apoyar la admisión de la obligación facultativa en el Código, pero, además, la prueban las citadas sentencias de 13 mayo 1936, 23 enero 1957, 28 febrero 1961, 16 diciembre 1983 y 22 junio 1984 (la de 2 junio 1910 era para Cataluña) ... Además de estas Sentencias, últimamente merece ser reseñada la STS 23 de octubre de 2002 (RJ 2002/9305), en cuyo fundamento jurídico 8.º se contienen las siguientes declaraciones: El reconocimiento de la obligación facultativa en nuestro Derecho «se puede apoyar -además de «a contrario sensu» del art. 1166 CC- en el art. 1153, inciso segundo del párrafo primero, que reconoce la modalidad de cláusula penal denominada pena de arrepentimiento o «multa *poenitentialis*», en la que la misma -«cuando expresamente se reserva este derecho»- actúa con función liberatoria, de tal modo que resulta una excepción a la regla del inciso primero del mismo párrafo con arreglo al que «el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena», habiendo configurado la doctrina aquella facultad solutoria que supone el «dinero de arrepentimiento» como una obligación facultativa con cláusula de sustitución o englobada en las

²⁶ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, “Sobre las obligaciones facultativas en derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 11/2005, Diciembre - Noviembre 2005, <https://vlex.es/vid/obligaciones-facultativas-derecho-289852>.

obligaciones facultativas...”.²⁷

Incluso en Portugal ha tenido éxito el término “**obligación con facultad alternativa**”, que ha llegado a utilizarse en las jurisdicciones administrativas; así el Acuerdo del *Tribunal Central Administrativo Sur*, de 21 de abril de 2026, recogida por Cristina DOS SANTOS²⁸, relativo a una ejecución para pago de cuantía cierta con facultad alternativa, dispone: “... *No tocante ao acto de pagamento, na veste de acto de cumprimento e, por consequência, liberatório do dever de prestar a cargo do Município Recorrente, os termos da transacção corporizam uma obrigação com faculdade alternativa, modalidade relativamente a cujo regime a doutrina chama a atenção que “(..) não coincide com o das obrigações alternativas. As diferenças resultam, evidentemente, do facto de, nas do primeiro tipo [obrigação com faculdade alternativa] ser devida uma única prestação, embora, conforme o caso, possa efectuar-se ou exigir-se uma outra. A sua disciplina jurídica decorre dos princípios gerais, não se tendo considerado necessário acautelá-la com normas específicas. Nas obrigações alternativas, o seu objecto compreende duas ou mais prestações, mas em que o devedor se exonera efectuando aquela que, por escolha, vier a ser designada”, vd. artº 543º nº 1 C. Civil. Nas obrigações com faculdade alternativa, o seu objecto é constituído “(..) por uma só prestação – a única que o credor tem o direito de exigir – embora o devedor possa exonerar-se mediante a realização de uma outra prestação, sem necessidade de consentimento do credor. A hipótese mais frequente é a da faculdade alternativa pertencer ao devedor, a qual tanto resulta de negócio jurídico ...como da própria lei. Concebe-se, todavia, que a faculdade alternativa existe em benefício do credor, também derivada de estipulação das partes ou de preceito legal. (..)”*

3.7. Obligaciones pecuniarias.

Aunque las obligaciones pecuniarias no están reguladas expresamente en el Código civil español, son referidas frecuentemente (arts. 1108, 1170, 1445 y 1753 del Código civil español). El origen etimológico procede del latín, en el

²⁷ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, “Sobre las obligaciones facultativas en derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 11/2005, Diciembre - Noviembre 2005, <https://vlex.es/vid/obligaciones-facultativas-derecho-289852>.

²⁸ El ejemplo de los Tribunales portugueses se refería a préstamos hipotecarios, es decir, a varios productos financieros que estaban garantizados por un derecho real que recae sobre un inmueble. El préstamo hipotecario es la obligación garantizada y la hipoteca es la obligación de garantía. <http://www.gde.mj.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/f8214ee91e20c05880257fa200478f1a?OpenDocument>, DOS SANTOS citando a ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra Editora/1984, págs. 493-494.

plural de “*pecus*” (oveja) por la versatilidad de dicho animal como medio de pago.²⁹

En el Derecho portugués el Código civil regula el cumplimiento de las obligaciones “*em moeda com curso legal apenas no estrangeiro* (art. 558.º)”, que no impide al deudor pagar en moneda con curso legal en Portugal (euros). El artículo 558.º del Código Civil portugués regula la forma de cálculo para aquellas situaciones en las que el deudor opta por pagar en moneda con curso legal en el país: “...— *será de acordo com o câmbio do dia do cumprimento da obrigação e do lugar para este estabelecido. No entanto, se o credor estiver em mora, pode o devedor cumprir de acordo com o câmbio da data em que a mora se deu. De notar que o direito de pagar em moeda com curso legal em Portugal, não obstante se ter estipulado que o cumprimento se daria em moeda com curso legal no estrangeiro, é apenas conferido ao devedor, não podendo o credor exigir o pagamento em moeda com curso legal no país*”.

La crisis económica derivada de la pandemia de Covid-19 ha propiciado el análisis de algunas soluciones propuestas por la doctrina, comparándolas con el régimen civil común, y cuestionando la suficiencia de sus fundamentos.³⁰ Por lo que no estaría demás anticiparse a nuevas crisis semejantes, bien con una legislación específica “anticrisis” o bien regulando las bases de una revisión cuantitativa, cuyo análisis desbordaría los objetivos de este estudio.

Se suelen contemplar las siguientes clases de deudas pecuniarias:

²⁹ ROGEL, en *Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid 2016, págs.20 y 21, textualmente: “«Pecuniaria» viene del latín *pecunia* —hoy, moneda o dinero— y, a la postre, de *pecora*, plural de *pecus* —oveja—. Y es que, en los pueblos primitivos, las ovejas se utilizaron como medio de trueque de cosas o de servicios, dada su general apetencia y la versatilidad de sus productos —leche, queso, lana, carne, estiércol—. Las ovejas, con todo, tenían el problema de su traslado, eran ruidosas y eran malolientes, razones todas por las cuales se tendió a encontrar otro objeto que, menos voluminoso y más valioso, pudiese jugar su papel. En esta línea, se valoraron las especies, se valoró la sal, origen de la primacía de los Romanos, se valoraron las perlas y se valoraron, también y en fin, los minerales preciosos y, muy singularmente, el oro y la plata, primero en trozos y luego acuñados con la efigie de quien avalase autenticidad y peso. Empezó, entonces, a hablarse de moneda y de dinero. «Moneda» viene del latín *moneta*, habiendo, si no me equivoco, una diosa con la misma denominación al lado de cuyo templo se custodiaban las piezas de oro, plata, cobre u otro metal, circulares generalmente, que habían sido acuñadas. «Dinero», en fin, viene de *denarius*, adjetivo que se refiere al número 10 o lo contiene y, como sustantivo y en Roma, era moneda que, siendo de plata, equivalía a 10 ases y, siendo de oro, a cien sestercios”.

³⁰ MENDES CORREIA “Obrigações pecuniárias e perturbações no cumprimento: algumas notas a propósito da pandemia da COVID-19”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ISSN-e 0870-3116, Vol. 61, N.º. 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: COVID-19 e o Direito), págs. 207-220.

A) MONEDA INDIVIDUAL: entrega de bienes muebles preciosos no se trata de una obligación pecuniaria propiamente dicha. Por ejemplo, un sestercio determinado acuñado en una determinada ceca en la época de Adriano, el emperador romano.

B) ESPECIE MONETARIA: suma de dinero con especificación de las piezas monetarias. Art. 1170 del Código civil español.

C) DEUDAS DE DINERO: La obligación consistirá en el pago de una suma de dinero. Le es de aplicación el **PRINCIPIO NOMINALISTA**: Valor nominal del dinero, es el criterio supletorio (en defecto de acuerdo o disposición legal) que establece el Código civil: El deudor cumple entregando la misma cifra nominal prevista inicialmente, en la especie pactada o en su defecto de la de curso legal. Está contemplado en los artículos 1170.I, 1753 y 1754 del Código civil español. Se suele señalar a este principio que *garantiza la seguridad en detrimento de la justicia*.

D) DEUDAS DE VALOR. En estos casos el dinero actúa, o como **equivalente**, ejemplo, valor de una cosa perdida, o como **compensación sustitutiva** de otros bienes, por ejemplo, indemnizaciones. En estas deudas se encuentra una **cláusula de estabilización**, que ajusta las desvaluaciones o subidas del dinero respecto a los costes de la vida, respecto a la obligación pecuniaria en cuestión. Le es de aplicación el **PRINCIPIO VALORISTA**. A estos efectos nos podemos preguntar si acaso: ¿100.00 ptas o 600 euros tiene el mismo valor siempre con independencia de la época en que tendrá lugar la prestación dineraria?. *El criterio más justo es el valorista*, que el nominalista, porque tiene en cuenta el incremento o depreciación del dinero. Así las partes pueden establecer la cláusula de IPC (Índice de los Precios de Consumo, www.ine.es) en las rentas de alquileres o en los pagos de pensiones alimenticias, por ejemplo.

E) DEUDAS DE INTERESES: Los intereses son cantidades que se pagan por la utilización de un capital ajeno.

Interés convencional es aquél que establecen las partes por pacto o contrato. En España el establecimiento de un interés notablemente superior al normal del dinero o desproporcionado es nulo en virtud de la Ley de 23 de julio de 1908, aunque dicha ley ha sido matizada por la jurisprudencia española.

En la Unión Europea recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de su sentencia asunto C-755/22, de 11 de enero de 2024, (ECLI:EU:C:2024:10), ha podido analizar si un **contrato de crédito al consumo** que se ha **concedido sin la evaluación de solvencia suficiente del consumidor** es nulo. La citada Sentencia recuerda que del artículo 8.1 de la Directiva 2008/48 se desprende que el prestamista está obligado a evaluar la solvencia del consumidor antes de la celebración del contrato de crédito así, el **TJUE ya ha subrayado en numerosas ocasiones el carácter precontractual**

de esta obligación. Está claro que la idea europea es que los prestamistas se responsabilicen respecto a la prevención de prácticas irresponsables en la concesión de créditos al consumo, pues unas buenas prácticas contribuyen de manera esencial al buen funcionamiento del mercado del crédito al consumo en toda la Unión Europea.

El **Interés legal** es aquel establecido por la ley, como la **Ley de presupuestos Generales del Estado** y normas complementarias o la legislación de enjuiciamiento civil; e igualmente podríamos decir casi lo mismo respecto a Portugal.

En Portugal los intereses vienen regulados, entre otras normas por los artículos 559 y 561 del Código civil portugués. En Portugal se distingue entre intereses civiles y comerciales. Los comerciales: *“São devidos, em geral, pelos créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas e em particular pelos créditos mencionados no Decreto-lei n.º 62/2013 de 10 de maio, a seguir referido. Os juros legais comerciais são fixados por **Portaria conjunta dos Ministros da Justiça e das Finanças**, nos termos do artigo n.º 102.º, n.º 3 a 5, do Código Comercial Português, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 62/2013, de 10 de maio. À data da redação da presente ficha, a fixação de juros comerciais encontra-se prevista na Portaria n.º 277/13, de 26 de agosto, segundo a qual as taxas de juro comerciais são fixadas semestralmente. O valor de cada uma das taxas de juro comerciais a que se refere a Portaria n.º 277/2013, de 26 de agosto, é divulgado por aviso da Direção-Geral do Tesouro e Finanças, publicado no Diário da República, 2.ª série, até 15 de janeiro e 15 de julho de cada ano. A Portaria n.º 277/2013, de 26 de agosto prevê a fixação de duas taxas de juros comerciais moratórios diferentes consoante as operações a que dizem respeito: 1- uma, é a taxa de juros aplicável aos atrasos de pagamento nas transações comerciais entre empresas ou entre empresas e entidades públicas, previstas no Decreto-Lei n.º 62/2013 de 10 de maio; 2- a outra, é a taxa supletiva de juros moratórios aplicável a outras operações que tenham por objeto créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas, nos termos do artigo n.º 102.º, n.º 3, do Código Comercial português. **As taxas de juro legais, tanto civis como comerciais, variam ao longo do tempo.** Pelo que, o cálculo de juros deve ter em conta as diferentes taxas em vigor para cada fração do período de mora... os juros legais devidos acresce ainda uma taxa de juro compulsória de 5% quando uma sentença judicial condenar no pagamento de uma quantia em dinheiro corrente. Nesse caso, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano – sem que haja necessidade de qualquer outra decisão judicial que o ordene – desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado. Esta sanção pecuniária compulsória acresce aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar, nos termos do artigo*

n.º 829.º-A, n.º 4, do Código Civil português”.³¹

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra 1984.
- MENDES CORREIA, “Obrigações pecuniárias e perturbações no cumprimento de algumas notas a propósito da pandemia da COVID- 19”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ISSN-e 0870-3116, Vol. 61, Nº. 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: COVID-19 e o Direito).
- O’CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos), vol.1, Madrid 2001.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, “Sobre las obligaciones facultativas en derecho español”, Núm. 11/2005, *Revista de Derecho Privado*, Diciembre - Noviembre 2005.
- ROGEL, *Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid 2016.
- SANTIAGO, *As garantias das obrigações e o Imposto do Selo*, in *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Volume IV*, Coimbra, 2011.

5. WEBGRAFÍA

- DUARTE CANAU, *Direito das Obrigações*,
<https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/05/Direito-das-Obriga%C3%A7%C3%B5es-I-Duarte-Canau.pdf>
- ESTÊVÃO GONÇALVES e Catarina FERNANDES, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / ISSN: 1578-956X / 48-2018 / 154-161, “Imposto do selo: da aplicação da exclusão de tributação às garantias bancárias autónomas e respetivas contragarantias”, https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5813/documento/foro_por_01.pdf?id=7889&forceDownload=true.
- LABATE LACAZ, “*Obrigações alternativas: características e noções fundamentais*, São Paulo, Brasil 2015. <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6778/1/Marina%20Vessoni%20Labate%20Lacaz.pdf>.
- MENEZES CORDEIRO, “DIREITO DAS OBRIGAÇÕES, NOÇÃO E COORDENADAS GERAIS DAS OBRIGAÇÕES”, y siguiendo a Mafalda MALÓ, en el curso de 2016-17; <https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/05/Direito-das-Obriga%C3%A7%C3%B5es-I-Mafalda-Mal%C3%B3.pdf>.

³¹ https://e-justice.europa.eu/404/ES/interest_rates?PORTUGAL&clang=pt

VERA-CRUZ PINTO, “O conceito jurídico de *obligatio* e a definição legal de obrigação: estar obrigado é ter de cumprir no prazo fixado o que é devido ao credor”, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo, 2021, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-60039900408.
<http://www.gde.mj.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/f8214ee91e20c05880257fa200478f1a?OpenDocument>,
https://e-justice.europa.eu/404/ES/interest_rates?PORTUGAL&clang=pt

ismat



INSTITUTO SUPERIOR
MANUEL TEIXEIRA GOMES

