FELIPE OSTERLING PARODI
MARIO CASTILLO FREYRE

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES



Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. XVI
PRIMERA PARTE - TOMO I

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1994

Felipe Osterling Parodi, abogado y Doctor en Derecho, fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Es profesor principal de esta materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Mario Castillo Freyre, abogado y Magister en Derecho, es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

La presente obra trata sobre la Teoría General de las Obligaciones y luego analiza, en forma exegética, el articulado del Código Civil Peruano de 1984 relativo a esta materia, vinculando los temas con sus antecedentes nacionales y extranjeros, doctrina, jurisprudencia y concordancias.

En palabras del ilustre jurista argentino Doctor Guillermo A. Borda "...esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984; es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del derecho civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana."

MARIO CASTILLO FREYRE
Profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón

FELIPE OSTERLING PARODI
Profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES
PRIMERA PARTE

TOMO I

BIBLIOTECA
PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. XVI

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1994

Primera edición, noviembre de 1994. 3,000 ejemplares

Cubierta: Grabado de Honoré Daumier

Tratado de Las Obligaciones
(Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. XVI, primera parte, Tomo I)

Copyright © 1994 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 626390, 622540 anexo 220.

Derechos reservados

ISBN 84-8390-955-3
ISBN 84-8390-970-7

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru.

Esta obra está dedicada a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, **alma mater** de los autores, al celebrar setenta y cinco años de docencia del Derecho, con devoción y brillantez.

Ella también está dedicada a los ilustres juristas que integraron la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, conocida como Comisión Reformadora, y la Comisión Revisora correspondiente. Gracias a su esfuerzo y talento dotaron al Perú de un cuerpo civil moderno e idóneo para la realidad de un país que surge con fuerza incontrastable. Nos referimos al Código Civil de 1984.

Sus nombres se consignan a continuación, excluyéndose, por obvias razones, a quien fue Presidente de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, Felipe Osterling Parodi, coautor de este Tratado.

COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISION DEL CODIGO CIVIL

Max Arias Schreiber Pezet
Jorge Avendaño Valdez
Ismael Bielich Flórez +
Héctor Cornejo Chávez
Manuel de la Puente y Lavalle
Fernando de Trazegnies Granda
Alberto Eguren Bresani +
Carlos Fernández Sessarego
Manuel García Calderón Koechlin
Rómulo E. Lanatta Guilhem +
José León Barandiarán +

Lucrecia Maisch von Humboldt de Portocarrero +
Félix Navarro Irvine +
Valentín Paniagua Corazao
Jorge Vega García +
Fernando Vidal Ramírez

ASESORES

Jack Bigio Chrem
Carlos Cárdenas Quirós
Sergio León Martínez
Jorge Muñiz Ziches
Delia Revoredo Marsano de Mur
Rafael Rosselló de la Puente
Jorge Vega Velasco
Shoschana Zusman Tinman

COMISION REVISORA

Javier Alva Orlandini, Presidente
César Fernández Arce, Vicepresidente
Jack Bigio Chrem
Roger Cáceres Velásquez
Ricardo Castro Becerra
Edmundo Haya de la Torre +
Roberto Ramírez del Villar
Guillermo Velaochaga Miranda
Rodolfo Zamalloa Loaiza

ASESORES

Mario Alegría Campos
Julio César Quintanilla

"La teoría de las obligaciones, según Tarde, es en jurisprudencia lo que la teoría del valor es en economía política: el problema central donde llegan todas las pendientes de las discusiones."

René Demogue.Traité des Obligations en Général.

TOMO I

CONTENIDO GENERAL

Nota del Editor 17
Prólogo 23
A Manera de Presentación 29

Nota Preliminar de los Autores 39

Teoría General de las Obligaciones

1. Preámbulo 71

2. Definición y conceptos generales de la obligación 72

3. Evolución de las obligaciones 101

4. Naturaleza jurídica de la obligación 112

5. Elementos de la obligación 139
   5.1. Sujetos de la obligación 140
   5.2. Vínculo jurídico 143
   5.3. Objeto de la obligación 144
      5.3.1. Posibilidad del objeto 145
      5.3.2. Licitud del objeto 147
      5.3.3. Determinación o determinabilidad del objeto 148
      5.3.4. Patrimonialidad de la obligación 148
   5.4. Causa de la obligación 166

6. Clasificación de las obligaciones 183
A. Por su fuente 204
B. Por la naturaleza de la prestación 206
C. Por la pluralidad de objetos 209
D. Por la pluralidad de sujetos 210
E. Por estar determinada o ser determinable la prestación 212
F. Por su independencia 213
G. Por ser puras o modales 213
H. Por agotarse instantáneamente con el cumplimiento de una prestación o ser duraderas 214
I. Por el contenido de la prestación 215
J. Por ser obligaciones de naturaleza u obligaciones monetarias 215
K. Por ser obligaciones de medios o de resultado 215
L. Obligaciones "**propter rem**" 218
M. Por su exigibilidad 219

7. Obligaciones y derechos reales 255

8. Las **astreinte** 277

CODIGO CIVIL PERUANO
Libro VI
Las Obligaciones

SECCION PRIMERA
Las obligaciones y sus modalidades

TITULO I
Obligaciones de dar

Principio de identidad en las obligaciones de dar bien cierto 287
Artículo 1132 287
Fuentes nacionales del artículo 1132 287
Fuentes y concordancias extranjeras 289
Análisis 290
Jurisprudencia peruana del artículo 1132 301

Concordancias nacionales 303

Deber de información del deudor al acreedor sobre el estado del bien 305
Artículo 1133 305
Fuentes nacionales del artículo 1133 305
Fuentes y concordancias extranjeras 306
Análisis 306
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1133 307
Fundamento 307

Obligación de conservación del bien. Bienes accesorios 309
Artículo 1134 309
Fuentes nacionales del artículo 1134 309
Fuentes y concordancias extranjeras 311
Análisis 313
Concordancias nacionales 316

Concurrencia de acreedores de bienes inmuebles 317
Artículo 1135 317
Fuentes nacionales del artículo 1135 317
Fuentes y concordancias extranjeras 319
Concurrencia de acreedores de bienes muebles 321
Artículo 1136 321
Fuentes nacionales del artículo 1136 321
Fuentes y concordancias extranjeras 324
Análisis de los artículos 1135 y 1136 325
El problema de los documentos de fecha cierta 332
El problema del registro de la propiedad 339
La transmisión de la propiedad inmueble en el Derecho Civil Francés 343
a. Generalidades históricas 343
b. El derecho de propiedad 350
c. La transferencia de propiedad en el Derecho Civil Francés 364
c.1. Antecedentes 364
c.2. El contrato de compraventa y el problema de la transferencia de propiedad en el Derecho Romano y en el antiguo Derecho Francés Pre-napoleónico 369

c.3. Alcances de la definición del contrato de compraventa en el Código Civil Francés 380
c.4. Características del contrato de compraventa en el Código Civil Francés 386
c.5. Bondades que la Escuela Exegética atribuye al sistema de transferencia de la propiedad adoptado por el Código Civil Francés 387
c.5.1. Obligación de transferir propiedad 388
c.5.2. En la compraventa la obligación de enajenar transmite de inmediato la propiedad 393
c.6. La transmisión inmediata del derecho de propiedad no constituye parte de la esencia del contrato de compraventa en el Derecho Francés 398
c.7. ¿La transmisión inmediata de propiedad, en los casos en que resulta posible, rige también respecto de terceras personas ajenas a las partes contratantes de la compraventa? 401
La transferencia de propiedad en el Perú 406
Código Civil de 1852 406
Código Civil de 1936 408
Código Civil de 1984 415
La transferencia de propiedad de los bienes muebles 476
Análisis de los diversos supuestos de concurrencia de acreedores de acuerdo con las diversas clases de bienes que son susceptibles de formar parte de un contrato de compraventa 483
a. Compraventa de bienes que ya han dejado de existir 483
a.1. Bienes que han dejado de existir totalmente 483
a.2. Bienes que han dejado de existir parcialmente 483
b. Compraventa de bienes futuros 483
b.1. Bienes **in rerum natura** 484
b.1.1. Bienes inmuebles 484
b.1.2. Bienes muebles 484
b.2. Bienes **non in rerum natura** 484
b.2.1. Bienes inmuebles 484
b.2.2. Bienes muebles 485
c. Compraventa de bienes existentes pero en peligro de dejar de existir 486
d. Compraventa de bienes presentes 486

d.1. Bienes inmuebles 486
d.2. Bienes muebles 487
d.2.1. Bienes muebles no registrables 487
d.2.2. Bienes muebles registrables 487
Propuesta de eventual modificación legislativa 491
Libro V, Derechos Reales, Sección Segunda, Título I, Clases de Bienes 492
Libro V, Derechos Reales, Título II, Propiedad, Sub Capítulo IV, Transmisión de la Propiedad 496
Jurisprudencia peruana del artículo 1135 501
Concordancias nacionales del artículo 1135 503
Concordancias nacionales del artículo 1136 504

NOTA DEL EDITOR

Hace exactamente diez años, el 14 de Noviembre de 1984, un nuevo Código Civil entraba en vigencia en el Perú, fruto de casi dos décadas de reflexiones, intercambios de ideas y preparación de las diferentes versiones de cada una de las partes de este importante cuerpo legal. Y hace también exactamente diez años, el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica daba inicio a la Biblioteca "Para leer el Código Civil".

Ciertamente, esto no es una coincidencia: dado que el nuevo Código había sido redactado en buena parte por profesores de la Universidad Católica, su Fondo Editorial comprendió la importancia de servir a la comunidad jurídica nacional colocando a su alcance las interpretaciones y explicaciones del Código formuladas por los propios miembros de las Comisiones legislativas -tanto de la usualmente llamada "Reformadora" como de la Revisora- y también por otros profesores e investigadores del Derecho formados dentro del mismo ambiente científico que constituía el **alma mater** de muchos de los legisladores. Y es así como el primer volumen de la colección salió a la venta precisamente el día mismo de la entrada en vigencia del Código.

Ese primer volumen fue un impulso entusiasta, aunque todavía un tanto apresurado. El Código estaba recién estrenándose y ciertamente no había transcurrido el tiempo necesario para que los comentarios pudieran haberse desarrollado y madurado suficientemente como para producir obras mayores. En realidad, los trabajos incorporados en ese primer volumen estaban destinados

a constituir un número extraordinario de la Revista "Derecho", el órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Sin embargo, la decisión de utilizar ese material para formar el primer tomo de una Biblioteca jurídica tenía sobre todo un valor gestual; era un acto que constituía, en verdad, una propuesta y un serio compromiso: declarábamos de esta manera que queríamos ocuparnos a fondo del Código Civil; y, de otro lado, dado que no se trataba de una publicación aislada sino que se anunciaba como el nacimiento de una colección, asumíamos la difícil responsabilidad de continuar promoviendo y publicando estudios sobre el Código con la idea de llegar a cubrir algún día todo su articulado en el futuro.

Después de diez años, podemos sentirnos satisfechos. Los autores más importantes han aceptado nuestra invitación de contribuir a la formación de la Biblioteca y ahora, con el Tratado de Obligaciones que entregamos al público, son dieciséis los volúmenes que integran la colección. Todavía no hemos alcanzado nuestra meta de cubrir todo el Código; pero las piezas que hemos colocado en el rompecabezas son ya tantas que comienza a percibirse la silueta general del Derecho Civil: el Título Preliminar, las obligaciones, el contrato en general, la responsabilidad extracontractual, la compra venta y la permuta, el arbitraje, la extinción de acciones y derechos, el error y la ignorancia en el Derecho, son algunos de los temas que ya forman parte de la Biblioteca.

Es interesante señalar que, a diferencia del análisis puntual bajo la forma de artículos científicos que fue la base de los dos primeros volúmenes, los restantes son verdaderos Tratados que quieren estudiar en su integridad la materia. En algunos casos, este afán exhaustivo y riguroso ha obligado a dividir los volúmenes en varios tomos; y así, los trabajos sobre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad por productos defectuosos tienen dos tomos cada uno, el volumen correspondiente al contrato en general tiene seis tomos y la presente obra tendrá nueve tomos. En algunas semanas aparecerá un volumen dedicado al Derecho de Sucesiones que será también de varios tomos.

Dentro de este espíritu doblemente conmemorativo -tanto del Código como de la Biblioteca- que preside la presente publicación, nos complace particularmente entregar al medio jurídico el *Tratado de las Obligaciones* escrito por Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre.

El Derecho Civil ocupa una posición central dentro del sistema jurídico. Es verdad que perdió un poco este papel protagonista dentro de la regulación de las conductas sociales durante el transcurso de este siglo, debido a las influencias socialistas y estatizantes; sin embargo, también es cierto que esa posición crucial está siendo retomada ahora, gracias a la recuperación del dominio de lo privado que hemos visto en los últimos años. Pero, dentro del Derecho Civil, el campo de ese complejo formado por el acto jurídico, las obligaciones y los contratos, constituye a su vez el eje, lo que lo convierte en el centro del centro. La importancia de ese tejido de derechos y obligaciones -porque cuando hablamos de obligaciones estamos refiriéndonos implícitamente a los derechos, que son su contraparte; y viceversa- como trama de la vida social es tal que algunos pensadores político-jurídicos han querido entender la sociedad como un contrato global, dentro del cual se celebran múltiples contratos particulares; y la organización jurídica de un país no sería sino la red de los derechos y obligaciones resultantes.

André-Jean Arnaud* dijo alguna vez que las relaciones sociales privadas podían ser entendidas como un gran juego, cuyas reglas están contenidas en el Código Civil. De esa manera, el Código definía primero a los jugadores con derecho a participar en el juego (nacimiento de la personalidad, nombre, edad requerida, grupos de jugadores, etc.); luego establecía las piezas que utilizaban los jugadores para llevar adelante la partida (bienes muebles

---

* André-Jean ARNAUD: Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise. Bibliothèque de Philosophie du Droit. Vol. XVI. Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1973, passim.

e inmuebles) y, además, las prendas y sanciones a los que infringían las reglas de juego (garantías de cumplimiento, responsabilidad civil, etc.).

Sin embargo, no cabe duda de que las reglas que determinan la acción misma de los jugadores, las que controlan la partida, son las que regulan las obligaciones, es decir, los compromisos recíprocos que asumen los jugadores y que constituyen la esencia de ese juego de intercambios privados.

El tema de esta obra en nueve tomos es, entonces, muy importante en sí mismo. Pero la obra lo es más aún por sus autores, cuya calidad académica y cuya experiencia de investigadores garantiza el tratamiento más cabal de tal tema.

Felipe Osterling Parodi es profesor de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, con casi cuarenta años de enseñanza ininterrumpida. Este sólo hecho es suficiente para demostrar su autoridad en la materia. Pero, además, Osterling ha sido el Presidente de la Comisión llamada Reformadora que redactó el Código Civil actualmente vigente; por consiguiente, nadie mejor que él podía hacerse cargo del estudio de una parte tan fundamental de ese cuerpo de leyes. Abogado ilustre, legislador sapiente, admirado profesor universitario, político digno, ha encontrado afortunadamente todavía tiempo dentro de tantas y tan apremiantes ocupaciones para realizar una reflexión monumental.

Mario Castillo Freyre es también profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, joven y entusiasta investigador que en pocos años ha publicado ya varios libros y cuya colaboración hace ahora posible ese Tratado que, por su extensión y perspectivas, posiblemente no tiene precedentes en la bibliografía jurídica peruana.

El Fondo Editorial está seguro de que el medio jurídico nacional y extranjero encontrará extraordinariamente útil esta obra y

reitera su compromiso de continuar explorando el Derecho Civil con la ayuda de sus más destacados estudiosos.

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
Director de la Biblioteca "Para leer el Código Civil"
Presidente del Fondo Editorial

PROLOGO

El universo jurídico de las obligaciones, es prácticamente infinito. El hombre está naturalmente inmerso en la sociedad, convive con sus semejantes, se relaciona con éllos. Esta convivencia entraña un tejido de relaciones jurídicas que generan derechos y obligaciones.

Esta vasta materia ha sido tratada con erudición y profundidad por los eminentes Profesores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre en la obra que tengo el honor de prologar.

Luego de un breve prefacio, los autores desarrollan una magistral Teoría General de las Obligaciones, en la que ponen de manifiesto un completo conocimiento no sólo de la doctrina nacional, sino también de la francesa, italiana y argentina. Las prolijas citas de muy numerosos autores, les permiten confrontar ideas acerca de los tópicos más relevantes de esta materia y llegar a conclusiones siempre sagaces y bien fundadas.

Es de destacar su claridad de ideas en materia tan compleja, complejidad que algunas veces desesperó a quienes se ocuparon del tema. Basta recordar que sólo respecto de uno de esos temas, la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones, Dumoulin escribió en el Siglo XVI una obra que llamó **Extricatio labyrinthy dividue et individue** y comparaba los meandros de la materia como un verdadero laberinto y suministraba "diez claves y tres hilos" para salir de él. Verdad es que la elaboración doctrinaria posterior clarificó muchos de estos problemas, pero no

por ello esta materia ha dejado de ser extraordinariamente compleja.

Esta Teoría General de las Obligaciones trata de temas tan importantes como la definición y concepto general de la obligación, su evolución histórica, su naturaleza jurídica, sus fuentes y su clasificación.

Me limitaré a una breve referencia a algunos de los más importantes temas tratados en esta teoría general, pues referirme a todos significaría darle a este prólogo una extensión imprudente.

Los juristas romanos elaboraron una magnífica teoría de las obligaciones, teoría a la cual el derecho moderno debe mucho. Lo que no quiere decir que ella haya perdurado intacta hasta nuestros días. No podría haber permanecido así, dado que las circunstancias políticas y sociales han cambiado fundamentalmente y el derecho debe ser expresión de ellas. Las relaciones humanas son hoy más ricas y complejas, la contratación ha asumido múltiples formas nuevas y es mucho más activa que antiguamente; el principio liberal, "lo que es libremente querido es justo" se ha demostrado falso porque en la realidad de la vida moderna, los fuertes imponen sus condiciones al "débil contractual", lo que obligó al Estado a intervenir en sus relaciones, intervención que a veces se exageró en desmedro de la justicia, fenómeno éste repudiado por los autores, que reconociendo la necesidad de una solidaridad entre los seres humanos, dicen con razón que esa solidaridad no se consigue con nociones asfixiantes para el mundo contractual.

Por otra parte, las grandes concentraciones urbanas hacen que el círculo de actividades de cada uno tienda a penetrar más el de sus semejantes. Estamos tan próximos unos de otros que resulta casi imposible actuar sin riesgo de causar un daño y, sin embargo, dicen los Mazeaud, estamos condenados a actuar más y más. Enorme influencia en este fenómeno ha tenido el maquinismo moderno. Las máquinas y, en particular, los automóviles, crean innumerables riesgos y daños. Ha cambiado también el concepto que constituye el fundamento de la obligación de indemnizar con motivo del daño ocasionado a una persona. La responsabilidad extracontractual estaba basada en el concepto de

culpa: **pas de responsabilité sans faute**. Es decir, se miraba el problema desde el ángulo del autor del hecho dañoso; hoy se lo mira preferentemente del ángulo de la víctima. Así han surgido la responsabilidad por el riesgo creado, la obligación de garantía, la responsabilidad objetiva.

Todo ello ha generado una muy importante evolución conceptual y legal sobre este polifacético tema de las obligaciones.

Los autores tratan con su habitual agudeza el problema de las fuentes. Sabido es que en este punto, se sostienen en doctrina muy distintos puntos de vista; desde los que, en un extremo, sostienen que la única fuente de las obligaciones es la ley, hasta el otro, que encuentran numerosas fuentes: la ley, los contratos, los cuasicontratos, la voluntad unilateral, los delitos y los cuasidelitos.

El positivismo se aferra a la primera posición. No hay otra fuente de obligaciones que la ley. La voluntad de las partes sólo puede crear obligaciones en tanto se funde en la ley, por lo que ésta es la fuente última y verdadera. En este sentido, Tarde dice: "En el momento en que se dice que mi voluntad me obliga, esta voluntad ya no existe; ella me ha devenido extraña, de tal modo que es exactamente como si yo recibiera la orden de otro". Por su parte, Schlossmam sostiene: "No es difícil probar la falsedad de la teoría de la voluntad. Nada hay más variable que la voluntad y el deseo. Mañana yo tendré más experiencia y sin embargo, ¡será la voluntad de hoy la que me dirigirá! ¡Yo estaré obligado a obedecer a un pasado que repudio, del que me arrepiento y que tal vez, encuentre absurdo! Pero ¿con qué derecho este predominio de mi personalidad de un día sobre la del día siguiente? Si no se hace intervenir la idea de necesidad social, protegida por la ley, no se encontrará ningún lazo racional, entre la voluntad individual y la obligación; tan falso es que la una engendra la otra".

Quizás las expresiones más altas de ese positivismo hayan sido Kelsen, en un plano puramente lógico, y Duguit, con un significado político y sociológico, brindando los mejores argumentos jurídicos al totalitarismo marxista. Pero la humanidad tiene una fe

ardiente en que el hombre tiene derechos innatos que ningún legislador podría negarle. Es por eso que este positivismo hoy debe considerarse superado. No es verdad que la voluntad del hombre sólo tenga fuerza jurígena porque la ley lo dispone. Esta no hace otra cosa que prestarle su apoyo; pero su fuerza, su vigor jurídico depende de un derecho natural de los hombres. Por ello, los autores sostienen, con razón, que la fuente de las obligaciones son dos: la ley y la voluntad.

Otro de los temas tratados con mayor agudeza, es el de las obligaciones naturales. Los autores pasan una prolija revista de las opiniones de los más importantes juristas sobre este tema que tantas perplejidades ha suscitado en la doctrina. ¿Cómo se explica que se dé categoría de *obligaciones* a éstas, que no dan acción al acreedor para exigir su cumplimiento ni permiten imponer sanciones al incumplidor? Este interrogante exige penetrar en su naturaleza jurídica, sobre la cual se han sostenido diferentes puntos de vista:

a) Para algunos autores, se trataría de una deuda sin responsabilidad; para Pacchioni ésta es una de las más claras y felices aplicaciones de la tesis que distingue entre deuda y responsabilidad; b) Para otros, las obligaciones naturales serían simplemente deberes de conciencia a los que la ley toma en consideración para hacerles producir ciertos y limitados efectos jurídicos; c) Se sostiene también que no hay entre las obligaciones civiles y naturales una diferencia sustancial de naturaleza; en unas y otras hay un vínculo jurídico, sólo que el que corresponde a las segundas es menos eficaz, puesto que no da acción para hacerlas cumplir, pero sí una excepción para retener lo pagado.

La primera de estas teorías describe con acierto los efectos de estas obligaciones, pero no penetra en su esencia; la segunda acierta en cuanto ve en ellas un deber de conciencia; pero en verdad toda obligación supone para el deudor el deber de conciencia de cumplir con lo que se debe; y por lo demás, hay deberes de conciencia que no producen efecto jurídico alguno. Parece preferible, por tanto, considerar que no existe entre las obligaciones naturales y las civiles una sustancial diferencia de naturaleza. Hay

en las dos un vínculo que produce efectos jurídicos; sólo que en las primeras ese vínculo es laxo, no produce todos los efectos de una obligación civil, sino sólo algunos, de carácter muy reducido. En las obligaciones naturales el deudor ha entendido obligarse jurídicamente; esa obligación tiene una causa legítima, un objeto determinado y preciso, no obstante lo cual la ley no confiere acción al acreedor para exigir su cumplimiento por distintas razones (falta de requisitos formales, exigencias de seguridad jurídica, como ocurre en el caso de las deudas prescriptas, o de moral, como es la inexigibilidad de las deudas de juego). Pero si el deudor cumple, no podrá luego repetir lo pagado aduciendo que su pago carece de causa, puesto que la tiene.

Después de considerar este y otros fundamentales problemas que plantea el gran tema de las obligaciones, los autores entran de lleno al análisis puntual de cada una de las disposiciones del Código Civil peruano. Para desarrollar el Tratado, han preferido usar el método exegético. Pero este método, utilizado ya por los primeros comentaristas del Código Napoleón, ha sido enriquecido notablemente por los autores. A cada artículo del Código siguen sus fuentes nacionales, entre las que se computan los Códigos, leyes y proyectos de leyes anteriores; luego vienen las fuentes y concordancias extranjeras, entre las que se computan prácticamente todos los Códigos americanos y europeos. Esto sentado, se hace un prolijo análisis del texto, apoyado en doctrina nacional y extranjera. Finalmente se enumeran todas las concordancias de la norma comentada con las otras del Código Civil, lo que facilita enormemente la tarea del intérprete, que tiene así aclarado todo el panorama legislativo en torno a la cuestión a que se refiere la norma anotada.

Está demás decir que esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984; es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del derecho civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana.

Buenos Aires, agosto de 1994.

GUILLERMO A. BORDA

A MANERA DE PRESENTACION

Usualmente cuando se presenta una obra se destacan los antecedentes del autor y se relata también su contenido. He considerado indispensable hacer fundamentalmente lo primero, pues la envergadura de la obra haría que cualquier análisis del contenido resultara insuficiente.

Felipe Osterling Parodi realizó sus estudios de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, siendo el alumno más distinguido de su promoción. Recibido de abogado, hizo estudios de post-grado en la Universidad de Michigan y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, y luego, en el Perú, optó el grado académico de Doctor en Derecho. Su carrera profesional la inició en el Estudio del Doctor Félix Navarro Irvine, donde había realizado su práctica. En 1957 fue llamado por su maestro Jorge Vega García para incorporarse al Estudio Olaechea, donde hizo una meteórica carrera de abogado, pasando a ser socio en 1963.

En 1960 fui llamado por el mismo maestro Vega García para incorporarme al Estudio Olaechea, y la oficina en que se me ubicó estaba frente a la del Doctor Osterling. De inmediato surgió entre nosotros una recíproca simpatía y amistad que con el correr de los años se hizo fraterna. He sido testigo de excepción del enorme talento del abogado Osterling, así como de su vocación docente.

Desde que lo conocí me di cuenta que Felipe Osterling era

lo que se llama un abogado nato. Dueño de una sólida personalidad, de conocimientos sorprendentes en un hombre de su edad, dotado de una saltante capacidad de diálogo y siempre abierto al cambio de ideas y a la búsqueda de una solución en los procesos y en las gestiones en que interviene, doy fe que en él se dan el don de la persuasión y la fuerza de la lógica, a lo que une la flexibilidad y comprensión que es propia de las personas de marcada inteligencia. No era pues de extrañar que su **alma mater**, la Pontificia Universidad Católica del Perú, lo llamara a la enseñanza, dictando desde 1957 cursos de Derecho Internacional Privado, Contratos y Práctica de Derecho Civil. Desde 1964 es Profesor Principal del curso de Derecho de Obligaciones en la Universidad Católica y desde 1988 Profesor Extraordinario del mismo curso en la Universidad de Lima, siendo un maestro que destaca por sus amplios conocimientos, la profundidad de sus conceptos y una claridad meridiana en el dictado de sus clases. Se cuentan por miles los discípulos de Felipe Osterling que han alcanzado notoriedad en el Foro, y entre ellos está Mario Castillo Freyre, coautor de la obra que estoy presentando.

Profundamente arraigado con su **alma mater**, Osterling integró la Comisión Académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú y fue Decano del entonces Programa Académico de Derecho desde 1970 hasta 1972, habiendo actuado como representante de los profesores principales ante la Asamblea Universitaria y como miembro del Consejo Económico de la Universidad, del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y del Comité Asesor del Departamento de Derecho, cargo este último que hoy nuevamente desempeña.

Todos los egresados de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima a quienes conozco, me han expresado su admiración por el Profesor Osterling, quien en un curso sumamente técnico y abstracto como el de Obligaciones logra despertar el interés de los educandos, gracias a su facultad oratoria y a su fecunda imaginación, que le permite poner ejemplos muy claros sobre los diferentes temas que integran el Derecho de Obligaciones, bonificado todo ello por ese fino sentido del humor que le caracteriza.

Con el prestigio que tiene como abogado y profesor universitario no llamó la atención que fuese nombrado miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil, como representante de la Corte Suprema de Justicia, y en esa calidad, Presidente de la Comisión. A partir de ese momento se había avanzado muy lentamente, pero al impulso de la energía del joven Presidente hubo un cambio radical que determinó el avance de los trabajos, en base a una metodología distinta. Fue así como entregó, en una hermosa ceremonia, al entonces Presidente del Congreso y Senador de la República Doctor Oscar Trelles Montes, en presencia del Presidente de la Corte Suprema de la República Doctor Alvaro Chocano Marina y de distinguidos dignatarios peruanos y extranjeros, el Proyecto del nuevo Código Civil, el 15 de julio de 1981.

Así como Carlos Fernández Sessarego ha entrado a la Historia del Derecho Peruano como autor del Decreto Supremo Número 95, de fecha 1 de marzo de 1965, por el que se creó la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, más conocida como Comisión Reformadora, también Felipe Osterling ocupa un privilegiado lugar en el proceso de elaboración de la nueva ley civil, no sólo por la riqueza de sus ponencias, sino particularmente por el empuje que le dio a la Comisión que presidía hasta cumplir su cometido.

En el cúmulo de coincidencias que me unen a Felipe Osterling, está el haber sido nombrados al mismo tiempo asesores legales ad-honorem del Ministerio de Marina, en 1972. Fue para nosotros un honor proporcionar nuestros servicios a la Marina de Guerra del Perú, actuando con patriótico celo y coincidiendo siempre en nuestras apreciaciones de Derecho. Como anécdota puedo citar la férrea posición que asumimos frente al propósito dictatorial que culminó con la expropiación de los medios de comunicación.

Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, Osterling une a sus facultades intelectuales y a sus conocimientos jurídicos una gran capacidad para el consejo y para la celebración de importantes acuerdos, por lo que no fue raro que se le nombrase asesor y director de diversas compañías de notoria impor-

tancia, a todas las cuales llegó y llega la voz capacitada y prudente de este notable abogado.

Al triunfar el arquitecto Fernando Belaunde Terry en las elecciones de 1980, y en su calidad de militante del Partido Popular Cristiano, Osterling fue llamado a desempeñar el cargo de Ministro de Justicia. Como bien ha señalado Luis Bedoya Reyes "nuestra historia reservó a Felipe Osterling Parodi un privilegio singular: recrear, volver a fundar, integrando a base de partes sobrevivientes a su desmantelamiento, el Ministerio de Justicia que nació con la República y que la revolución de 1968 decidió suprimir; y devolver en 1980 a ese órgano nacional el espíritu que presidió su acción y que reclamaba el sitio que le corresponde en el aparato estatal del Perú. Cumplida esa tarea fijó rumbo y comenzó una marcha hasta hoy continuada y ampliada por los Ministros que lo han sucedido"*.

Es célebre la frase de Fernando Belaunde Terry: "No dormiré una sola noche en Palacio de Gobierno sin prensa libre".

Al volver el Perú al pleno Estado de Derecho y al ejercicio total de la democracia, existía la absurda y abusiva confiscación de los medios de expresión que no fueron adictos al régimen dictatorial del General Juan Velasco Alvarado. Constituia, por lo tanto, la primera tarea del nuevo Ministro de Justicia planear las medidas necesarias para el restablecimiento de la libertad de expresión y difusión del pensamiento y la devolución de los medios de expresión a sus propietarios. Fui testigo y colaborador de la forma como se resolvió este complejo problema, culminado la tarde del 28 de julio de 1980.

A su retiro del Ministerio, Osterling retornó al bufete que habíamos formado con Jorge Vega Velasco y Rafael Rosselló de la Puente, y lo hizo con el conocimiento y brillo que le caracterizan,

---

* BEDOYA REYES, Luis. Presentación hecha al Libro En Justicia, de Felipe Osterling Parodi, Página 9. Editado por el Centro de Documentación e Información Andina (CEDEI), 1983.

enriquecido por las experiencias vividas en el Ministerio de Justicia y, en términos generales, en el complejo y problemático mundo de la política.

Por cierto que Osterling continuó en la actividad política como dirigente del Partido Popular Cristiano, en el que había asumido funciones de alta responsabilidad. No fue simple coincidencia que el Partido lo incluyera en la lista de postulantes a una Senaduría, logrando ese cargo con el mayor número de votos nacionales de la lista que integró en las elecciones realizadas en abril de 1985.

Está aún fresca la notable defensa del sistema democrático que hizo este destacado jurista en el Senado de la República, resaltando sus intervenciones en los debates -que transmitió la televisión-, cuando se logró impedir la estatización de los bancos, financieras y compañía de seguros.

Como era de esperar, Osterling volvió a integrar la lista del Partido Popular Cristiano, como postulante de una Senaduría, en 1990, cargo que nuevamente obtuvo con la mayor votación nacional, por lo que le correspondió presidir las Juntas Preparatorias del Senado de la República.

Ya llegará el momento en que Felipe Osterling relate los hechos y los problemas que surgieron en la época en que fue reelegido Senador y luego, el 26 de julio de 1991, Presidente del Senado. Me consta, y ello es también del dominio público, que hizo grandes esfuerzos para buscar la fórmula que se requería para el sostenimiento de la democracia y del Estado de Derecho, interrumpidos el 5 de abril de 1992.

Al realizar esta semblanza he puesto de relieve las calidades personales del coautor de la obra que presento, así como el retorno del maestro y jurista a la Cátedra y al Foro, pero en calidad de deudor de sus colegas y discípulos; pues, en efecto, faltaba un libro en el que estuvieran recogidas sus investigaciones jurídicas.

Señala Justiniano en las Instituciones (**Instituta**), que "toda

obligación se disuelve en lo que se debe" (Libro III, Título XXIX, párrafo inicial).

El trabajo cuya presentación estoy haciendo ha sido el fruto de casi toda una vida profesional y particularmente de dos años de un esfuerzo extraordinario. Ahora la deuda que tenía el maestro ha quedado pagada con creces, al escribir junto con un valioso discípulo, Mario Castillo Freyre, este notable Tratado sobre Obligaciones, que es monumental no sólo por su contenido sino por su extensión y su lograda técnica.

Es coautor del Tratado uno de los discípulos más calificados de Osterling, Mario Castillo Freyre. Mario Castillo hizo su práctica pre-profesional en el Estudio Olaechea (entre los años 1985 y 1988) y es también una persona muy identificada con la Universidad Católica, su **alma mater**. De estudiante fue elegido y se desempeñó como representante en el Consejo de la Facultad (1985-1987), Presidente del Centro de Estudiantes de Derecho (1987-1988) y Presidente de la Federación de Estudiantes de la Universidad. Castillo desde muy joven dio pruebas de su vocación jurídica y de su capacidad de trabajo, la misma que se ha visto reflejada al optar con honores sus grados académicos de Bachiller y Magister en Derecho con mención en Derecho Civil en la Universidad Católica y publicar luego su primera obra titulada "Los Contratos Sobre Bienes Ajenos" (1990), que fue seguida por otros dos muy importantes libros de Derecho Civil: "El Bien Materia del Contrato de Compraventa" (1992) y "El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta" (1993).

Castillo Freyre es profesor fundador de las cátedras de Obligaciones (1990), Contratos Parte General (1991), Contratos Típicos I (1991) y Contratos Típicos II (1993) en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE); además de ser, desde 1993, profesor de Contratos Típicos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, habiendo adquirido justificado prestigio entre sus alumnos, por la profundidad de sus lecciones y el método de su enseñanza. Adicionalmente, la Universidad Católica ha encomendado a Castillo, en el presente semestre académico, el dictado del curso de

Obligaciones. Estoy seguro que Mario Castillo se consagra ahora definitivamente como un jurista de gran calidad, al ser coautor de este brillante Tratado.

En la actualidad Castillo ejerce su profesión de manera independiente, y se encuentra en la etapa final de instalación de su estudio de abogado.

Una coincidencia adicional entre los coautores y quien escribe estas líneas es que Mario Castillo, así como Felipe Osterling y el autor de esta presentación, somos recoletanos.

No es, por tanto, casualidad que se hayan unido Osterling y Castillo para preparar este extraordinario Tratado de Obligaciones. Es realmente satisfactorio para mí, quien fui el primero en destacar la existencia de una Escuela Peruana de Derecho Civil, que esta Escuela adquiera mayor prestigio con la excelencia de este Tratado, que además de ser el más logrado estudio hecho en el Perú sobre las Obligaciones, tendrá, sin duda, gran aceptación en el extranjero.

Es conocida la frase de Toulemon "el contrato está en la persona como el esqueleto en la piel". El concepto es igualmente aplicable a las obligaciones. Todos los contratos, sin distinción alguna, contemplan obligaciones en forma de prestaciones de dar, hacer o no hacer.

No han faltado autores que afirman que la Teoría de las Obligaciones debe integrarse en la Parte General del Derecho Civil. Un civilista del relieve mundial de Marcel Planiol ha expresado que si se quisiera organizar para el Derecho Civil un método de enseñanza apropiado a este género de estudios, debería analizarse en primer lugar la Teoría General de las Obligaciones. Cuando el estudiante sepa lo que es un acreedor y un deudor, cómo se es acreedor y cómo se deja de serlo, podrá comprender, sin esfuerzo, las teorías y conceptos que asimila actualmente en forma muy imperfecta. Esta cita, hecha por los autores del Tratado, es en realidad excesiva. Como dicen Osterling y Castillo, la teoría de las obligaciones está bien ubicada en el Código Civil de 1984. Lo

esencial era que la materia quedase integrada en un Libro especial, presentando sistemáticamente ordenadas las reglas referentes a las modalidades y efectos de las obligaciones. Este es, por lo demás, el método seguido en los Códigos Civiles de todo el mundo y por lo tanto también en el Código Civil Peruano de 1984.

Lo primero que debemos destacar en el Tratado es el sistema empleado por los autores. En efecto, en una primera parte se ocupan de la Teoría General de las Obligaciones y en las restantes hacen un profundo y completo análisis de los 219 artículos que integran el Libro VI de las Obligaciones del Código Civil.

Si la Teoría General de las Obligaciones es en opinión de quien hace esta presentación, el trabajo más logrado que se ha escrito en el Perú sobre una materia ordinariamente abstracta y fundamentalmente técnica y que no tiene nada que envidiar a los tratadistas extranjeros, en la segunda parte del Tratado y, desde luego, la más extensa, se hace el análisis de cada uno de los artículos del Código Civil Peruano en materia de Obligaciones, logrando una acabada exégesis del Libro VI. El método empleado ha sido novedoso, al tiempo que completo. Nunca se habían desmenuzado los dispositivos de un Código tan profundamente. Partiendo de las fuentes nacionales de cada precepto, se pasa a las fuentes y concordancias extranjeras. Luego se analiza cada dispositivo sin dejar escapar todos sus elementos y características, para continuar citando la jurisprudencia nacional y, finalmente, las concordancias; llegando a plantear, en ciertos supuestos, una redacción para una eventual modificación de ciertos preceptos.

Una presentación que ya es extensa no puede entrar a comentar la bondad de la exégesis, ni tampoco sus coincidencias y discrepancias con los más grandes especialistas en Obligaciones. Basta, simplemente, señalar que los autores han hecho un trabajo de investigación notable, mostrando un profundo conocimiento del Derecho Civil, con opiniones propias e inéditas en la doctrina peruana y todo ello escrito con gran claridad y bondad de lenguaje.

El Tratado de las Obligaciones de Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre se ubica, por las razones que he señalado

en esta presentación, como una de las más extraordinarias contribuciones al Derecho Civil a nivel mundial. Enriquece con generosidad la doctrina civilista peruana y extranjera y constituye un aporte que consagra en forma definitiva a sus autores, demostrando plenamente la existencia y avances de la Escuela Peruana de Derecho Civil.

Lima, agosto de 1994.

MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET

NOTA PRELIMINAR DE LOS AUTORES

Por Decreto Supremo de primero de marzo de 1965 se constituyó la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil.

Aunque el Código de 1936 aún no había cumplido treinta años de vigencia, un grupo de ilustres juristas y maestros universitarios, presidido por el entonces Ministro de Justicia Doctor Carlos Fernández Sessarego, optó no por preparar una ley de enmiendas, sino por la ardua y difícil tarea de redactar el proyecto de un nuevo Código Civil. Varias razones determinaron tal decisión.

En primer término, que la ley civil pusiera el mayor énfasis en los derechos de la persona humana y no en el patrimonio. Es cierto que un Código Civil contiene con frecuencia normas que se ciñen primordialmente a los aspectos patrimoniales. Ello ocurre, sin duda, en el Derecho de Obligaciones. Pero también es verdad que esas normas pueden poner énfasis, cuando su naturaleza así lo determina, en los derechos de la persona humana. En síntesis, se quería lograr un Código inspirado en el más profundo humanismo.

Era preciso, por otra parte, adaptar la ley civil a las nuevas realidades sociales, políticas, económicas y tecnológicas de nuestra patria, muy distintas a las que prevalecían en 1936.

El Código vigente en aquella época, redactado por una

pléyade de juristas y maestros insignes, era, a juicio de la Comisión, lacónico, excesivamente lacónico. Numerosas normas de ese Código sólo estaban al alcance de jueces y abogados y, ocasionalmente, de juristas especializados en la materia. El Código de 1936 fue técnico y virtuoso, pero a menudo inalcanzable -debido a la parquedad de sus preceptos- por las personas cuyos derechos y obligaciones él regía. Se había producido un contraste entre las reglas explícitas y pedagógicas del Código Civil de 1852 y las normas técnicas y sobrias del Código Civil de 1936. La Comisión deseó buscar un justo equilibrio entre ambos Códigos. Es verdad que la ley civil no se configura como un tratado o manual de Derecho. Pero ello no significa que sus preceptos sólo puedan estar al alcance de unos pocos. Aquí recogemos el apotegma del eminente Manuel Augusto Olaechea, quien expresaba que la ley debía enseñar.

Por último, cuando la Comisión, en 1979, preparaba el Proyecto final del nuevo Código, luego de amplios diálogos y debates, de extensas reuniones, de éxitos y de sinsabores, se promulga la Constitución Política que entró en plena vigencia el 28 de julio de 1980. Algunos preceptos constitucionales exigieron la adaptación de determinadas normas del Proyecto a ellos. La nueva Constitución Política de 1993 no exige mayores cambios en el Código vigente y ninguno en el Libro VI sobre las Obligaciones.

Cupo a uno de los autores de esta Nota Preliminar, Felipe Osterling Parodi, asumir la presidencia de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil a principios de la década del setenta y de desempeñar ese cargo hasta la promulgación del nuevo Código, el 24 de julio de 1984. Por un honroso e inmerecido privilegio del destino, el Proyecto de Código Civil fue presentado por dicho autor a los Presidentes de los Poderes Públicos en julio de 1981, cuando desempeñaba la función de Ministro de Justicia.

Fue Max Arias Schreiber Pezet, jurista y maestro de singulares calidades intelectuales, miembro de la Comisión desde el primero de marzo de 1965, quien por un merecido designio tuvo la honrosa misión, al promulgarse el nuevo Código, de refrendar la

firma del Presidente Constitucional de la República Arquitecto Fernando Belaunde Terry, un 24 de julio de 1984, cuando ostentaba el cargo de Ministro de Justicia.

La Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil trabajó intensamente, pocos meses después de la presentación del Proyecto de Código Civil y hasta su promulgación, con una Comisión Revisora que instituyó por Ley el Congreso de la República, la que estuvo integrada por distinguidos juristas que representaron al Senado de la República, a la Cámara de Diputados y al Ministerio de Justicia.

Vale aquí la pena dejar constancia expresa de que pocas veces en el Perú ha tenido tanta difusión un proyecto de ley -el Proyecto de Código Civil- y la ley misma -el Código Civil de 1984-. No ha habido foro, llámese Poder Judicial, Universidades, Colegios de Abogados, medios de comunicación social o, en general, instituciones vinculadas al conocimiento, estudio y difusión de las Ciencias Jurídicas, al que no hayan concurrido, y lo continúen haciendo, quienes tuvieron el honor de forjar el nuevo Código Civil. Invariablemente han participado en esos foros con esfuerzo, con talento, con amor por el Derecho y, por cierto, con no pocas incomprensiones. De allí el justo homenaje que los autores les rendimos dedicándoles esta obra.

Hemos deseado hacer una breve génesis del nuevo Código, porque tanto en los trabajos preparatorios como en la elaboración del Proyecto, y luego en la redacción del texto final, participaron selectos juristas, tratadistas, maestros universitarios y abogados, para lograr una ley civil moderna y de avanzada, que ha dado origen a lo que hoy se conoce como Nueva Escuela del Derecho Civil.

El Código Civil de 1984, cuyo Proyecto, en la parte relativa al Derecho de Obligaciones, fue redactado por el coautor de esta obra, Felipe Osterling Parodi, tiene estructura similar, en cuanto a su organización, a la del Código anterior de 1936. Se consideró, sin embargo, que el Derecho de Obligaciones, a diferencia de lo que ocurría con el Código de 1936, debía identificarse en un Libro

separado de las normas sobre el Acto Jurídico, la Responsabilidad Extracontractual, la Prescripción y la Caducidad, y los Contratos.

En efecto, el Código anterior agrupaba en el Libro Quinto, sobre Derecho de Obligaciones, materias vinculadas pero distintas. En la Sección Primera regía los Actos Jurídicos y, además, los Actos Ilícitos y la Prescripción Extintiva. Luego, en la Sección Segunda se refería a las Obligaciones y sus Modalidades y en la Sección Tercera a los Efectos de las Obligaciones. Y finalmente, en las Secciones Cuarta y Quinta trataba de la Parte General de los Contratos y de los Contratos Nominados, respectivamente.

Hoy el Acto Jurídico tiene su propio libro, el Libro II. La generalidad de sus preceptos determinó que la Comisión de Reforma del Código de 1936 ubicara la materia inmediatamante después del Libro I, sobre el Derecho de las Personas.

Las normas sobre Obligaciones se encuentran en el Libro VI, también debido a su generalidad, como sucede con el Acto Jurídico, generalidad que no corresponde necesariamente a otras ramas del Derecho Civil que se agotan en su propio ámbito.

Luego, en el Libro VII, bajo la denominación de Fuentes de las Obligaciones, se incorporan las reglas sobre los Contratos en General, los Contratos Nominados, la Gestión de Negocios, el Enriquecimiento sin Causa, la Promesa Unilateral y la Responsabilidad Extracontractual, materia esta última tratada con el nombre de acto ilícito por el Código Civil de 1936.

Y por último, el Libro VIII trata sobre la Prescripción y la Caducidad. Valga aclarar que en el Código anterior los preceptos sobre prescripción -nos referimos desde luego a la prescripción extintiva- se encontraban ubicados en la parte final de los Actos Jurídicos, a continuación de las normas sobre el Acto Ilícito, y que ese Código no contenía reglas organizadas sobre el importante tema de la caducidad.

En consecuencia, el Código Civil Peruano de 1936 -cuyas

bondades en la materia eran relevantes- constituye antecedente inmediato del Libro VI del Código Civil de 1984, dedicado al Derecho de Obligaciones.

Los preceptos de ese cuerpo legislativo se inspiraron básicamente en las normas del Código Civil Peruano de 1852 y en su fuente más importante, el Código Napoléon, así como en los Códigos Civiles Español y Argentino, en el Código Alemán de 1900, en los Códigos Suizo y Brasileño, y en el Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y Contratos.

Para la redacción del Código Civil de 1984 también fueron tomadas en cuenta las normas de otros Códigos Civiles, Proyectos y Anteproyectos, tales como los Códigos Civiles Italianos de 1865 y 1942; los Códigos Civiles Austríaco, Boliviano, Colombiano, Chileno, Chino, Dominicano, Ecuatoriano, Egipcio, Etíope, Filipino, Griego, Hondureño, Húngaro, Libanés, Mejicano, Polaco, Portugués, Portorriqueño, Ruso, Salvadoreño, Uruguayo y Venezolano; el Proyecto de Código Civil Peruano de 1890, el Proyecto Checoeslovaco, el Proyecto Holandés, el Proyecto Mazeaud, el Proyecto Rojina de Reformas al Código Civil Mejicano, el Proyecto Toro de Código Civil Boliviano y el Proyecto Sánchez de Bustamante de Código Civil Cubano; el Anteproyecto Brasileño de Código de las Obligaciones y el Anteproyecto Ossorio de Código Civil Boliviano. Muchas de las reglas incorporadas en el Libro VI del Código Civil de 1984 encuentran su origen en preceptos allí consignados.

El Libro VI, en suma, no destruye el rico pasado jurídico del Perú, ni disuelve o modifica sustancialmente sus instituciones; trata, simplemente, de perfeccionar el Código Civil de 1936 y de enriquecerlo con la experiencia de los cuarenta y ocho años que transcurrieron desde que entró en vigor. A ello obedecen los cambios e innovaciones que en él se incorporan.

En la primera parte del Libro VI, denominada "Las Obligaciones y sus modalidades", se consignan normas sobre las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer; obligaciones alternativas y facultativas; obligaciones divisibles e indivisibles; obligaciones man-

comunadas y solidarias; reconocimiento de las obligaciones; y transmisión de las obligaciones.

En la segunda parte, referente a los efectos de las obligaciones, se establecen reglas de carácter general; y luego preceptos sobre el pago, tales como sus disposiciones generales, el pago de intereses, el pago por consignación, la imputación del pago, el pago con subrogación, la dación en pago y el pago indebido; la novación; la compensación; la condonación; la consolidación; la transacción; el mutuo disenso; y la inejecución de las obligaciones, que comprende, a su vez, las disposiciones generales sobre esta última materia y las normas sobre la mora y las obligaciones con cláusula penal.

El Libro VI, a diferencia de su antecedente inmediato, incorpora en forma ordenada preceptos sobre la transmisión de las obligaciones. Es así que dedica los artículos 1206 a 1217 a la cesión de derechos. Trata, además, del pago de las obligaciones de dar sumas de dinero, del pago de intereses y de la mora del acreedor, las que se ofrecen como nuevas instituciones y que se comentan en el transcurso de esta obra.

Hemos mencionado la generalidad del Derecho de Obligaciones. Las personas naturales y jurídicas permanentemente generan y extinguen obligaciones. Usualmente ello pasa inadvertido, porque tales obligaciones sobreviven, en los actos propios de la vida cotidiana, tan sólo un momento, y sus consecuencias suelen ser irrelevantes. Nos referimos, por ejemplo, a la adquisición de bienes para el consumo doméstico o al transporte en vehículos públicos. Sin embargo, si en algún momento adquirir bienes para el consumo doméstico o usar un vehículo público perjudicara la salud o integridad física, entonces la relación obligacional podría adquirir singular trascendencia al entrar en juego todos los mecanismos de la responsabilidad.

La contratación mayor es diferente. Un sofisticado contrato de enajenación o determinadas obligaciones de hacer o de no hacer pueden revestir trascendencia tan significativa que determine la aplicación de diversas instituciones del Derecho de Obligaciones.

El Derecho de Obligaciones, por otra parte, se aplica a todas las ramas del Derecho Civil, llámese Derecho de Personas, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones o Derechos Reales, aunque sus preceptos, desde luego, están estrechamente vinculados a las denominadas Fuentes de las Obligaciones.

Pero el Derecho de Obligaciones no se agota dentro del propio Derecho Civil. Es mucho más amplio y se aplica, en rigor, a las demás ramas del Derecho, trátese del Derecho Tributario, Derecho de Trabajo o Derecho Mercantil.

Este carácter general y la singular importancia de la teoría de las obligaciones han inducido a algunos autores a decidir que ellas deben integrarse en la parte general del Derecho Civil.

Quien con más énfasis adopta esta tesis es Marcel Planiol, en el prefacio del Tomo II de su Tratado Elemental de Derecho Civil, citado por Julien Bonnecase[1], cuando expresa que "Si se quisiera organizar para el Derecho civil un método de enseñanza apropiado a este género de estudios, debería analizarse en primer lugar la teoría general de las obligaciones; cuando el estudiante sepa lo que es un acreedor y un deudor, cómo se es acreedor y deudor y cómo se deja de serlo, podrá comprender inmediatamente y sin esfuerzo las teorías e ideas que no asimila actualmente sino en forma muy imperfecta y con dificultad. La experiencia es fácil de hacer; tómese una después de otra, las materias que en el Código Napoléon preceden a las obligaciones, como el estado civil, el matrimonio, la tutela, etc. En cada página, en cada línea, tan pronto como se trata de comentarlas, nos encontramos con las palabras validez, nulidad, obligación, crédito, capacidad, prueba, autenticidad, condición, término, etc., es decir, con numerosas nociones generales que pertenecen a la teoría de las obligaciones; nos vemos pues en la necesidad, para explicar estas materias, de recurrir a la teoría de las obligaciones. Este

---

(1) BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Tomo II, Página 25. Traducción de José M. Cajica Jr. Biblioteca Jurídico - Sociológica. Puebla, México, 1945.

hecho es aún más evidente si se pasa a las sucesiones o donaciones, donde se trata del conjunto de los derechos patrimoniales y que están más estrictamente dominados por las nociones que dependen de la teoría de las obligaciones. Por tanto, en la parte que el Código consagra a las obligaciones se encuentran todos los textos que tienen el valor de principios generales del Derecho, los cuales deben conocerse para comprender los demás."

El propio Julien Bonnecase[2] , citando a René Demogue, expresa que "La ley general de las obligaciones y contratos es la ley esencial y fundamental de la legislación civil. Es la ley de todos, de todos los actos y de todos los instantes. Las otras partes del Derecho, vivificadas y fecundadas por ella, conducen a la misma o de ella se derivan; constantemente es su punto de partida y su fin. En ellas se resumen los elementos de la sociabilidad humana; en los contratos encontraremos la libertad moral del hombre; en las obligaciones que resultan de la ley, la igualdad de los deberes sociales; en las obligaciones, la propiedad; en la transmisión de las obligaciones y de los derechos, la herencia y la familia."

En nuestra opinión la teoría de las obligaciones está bien ubicada en el Código Civil de 1984. Lo esencial era que la materia se integrara en un Libro especial, a fin de presentar sistemáticamente reunidas y ordenadas las reglas referentes a las modalidades y efectos de las obligaciones. Este es el método que ha prevalecido en los Códigos modernos y éste es el sistema del Código actual.

Conviene aquí recordar que lo expuesto no constituye, en modo alguno, una crítica al Código Civil de 1936. Este Código, como hemos expresado, agrupó ordenadamente las normas sobre las Obligaciones, a diferencia de su antecedente, el Código Civil Peruano de 1852, que si bien organizó sistemáticamente lo relativo a la extinción de las obligaciones, no hizo lo mismo con sus modalidades, cuyas normas se confundieron con preceptos relati-

(2) BONNECASE, Julien. Op. cit., Página 35.

vos a los Contratos. Y esta confusión era criticable por la razón señalada, ya que si bien el Derecho de Obligaciones se aplica principalmente a los Contratos, que constituyen su fuente más fecunda, también se aplica a las demás materias del Derecho Civil y, en general, a las otras ramas del Derecho.

Deseamos aquí referirnos a dos temas vinculados al Derecho de Obligaciones que, en nuestra opinión, tienen importancia singular. El primero, la influencia del Derecho Romano en esta materia. Y el segundo, la evolución del contrato, el gran generador de obligaciones, su causa eficiente más generosa.

El Derecho Romano conserva influencia considerable en el Derecho de Obligaciones. Ello se explica, según Raymundo M. Salvat[3], por dos razones. La primera, porque las obligaciones y contratos constituyen la parte más abstracta de las instituciones civiles, aquellas cuyos caracteres difieren menos de un pueblo a otro; mientras que otras materias de Derecho Civil, como la organización de la familia, los regímenes hereditarios o la propiedad, tienen en cada país características y modalidades propias. Y la segunda, porque los jurisconsultos romanos, al elaborar la teoría de las obligaciones, alcanzaron un alto grado de sabiduría y de perfección.

El tema, sin embargo, se ha prestado a controversias. Algunos autores sostienen que evidentemente existe considerable influencia del Derecho Romano, en materia de obligaciones, pero que algunas instituciones han cambiado en forma sustancial.

Así, Marcel Planiol y Georges Ripert[4] afirman que "se ha re-

(3) SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I, Página 8. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952.

(4) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, Las Obligaciones, Primera Parte, Página 9. Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de la Habana, Cuba. Cultural S. A. Habana, 1945.

petido hasta la saciedad que las obligaciones representan la parte inmutable del derecho. Se estima que sus reglas principales son verdades universales y eternas. Esto es una ilusión. Es indudable que esta materia está menos sujeta que las demás a los efectos de las revoluciones políticas; pero no escapa totalmente a ellas aun cuando sus transformaciones sean más lentas.

Los tratadistas franceses modernos han errado al sostener tal idea, debido a que desde el siglo XVI al siglo XVIII la teoría de las obligaciones ha sido reconstruida, utilizándose materiales romanos, por Dumoulin, D'Argentre, Domat y Pothier. Gracias a esta obra de restauración, el derecho les pareció evidenciar una continuidad que, sin embargo, resulta históricamente falsa; durante toda la Edad Media, la parte de Francia en que reinaba el derecho consuetudinario, practicó, en materia de contratos y obligaciones, un sistema original, de fuente germánica, del cual pudiéramos decir que desplazó el antiguo derecho romano. Aun en nuestros días, después de restauradas las tradiciones romanas, el sistema del Código Napoléon guarda solamente un remoto parecido con las obligaciones y los contratos tales como aparecían regulados en las Instituciones de Gayo y de Justiniano; además, desde 1804 se ha producido un nuevo movimiento avivado por la publicación del Código Alemán.

En realidad, la teoría de las obligaciones no es más que la traducción jurídica de las relaciones económicas y morales entre los hombres. Por tanto, es forzoso que ha de sufrir las consecuencias de la evolución de esas relaciones.

En primer lugar notamos una marcada influencia de las ideas morales. Si bien la técnica de la obligación conserva mucho del derecho romano, no hay que olvidar la obra de los canonistas en la formación de la teoría de los contratos. Actualmente, en muchas cuestiones ardientemente discutidas, notamos la influencia de la regla moral esforzándose por ser reconocida como regla jurídica.

Por otra parte, la transformación económica del siglo pasado ha hecho surgir nuevas concepciones jurídicas o ha modificado

las concepciones tradicionales; nótese, por ejemplo, la creciente práctica del seguro, vigorizando la estipulación en favor del tercero; los riesgos inherentes a la gran industria transformando la teoría de la responsabilidad civil; las agrupaciones corporativas resucitando la asociación profesional y creando el contrato colectivo." (Aquí concluyen las expresiones de Planiol y Ripert).

Lerminier (***Philosophie du Droit***. 1891. Tomo I), por su parte, citado por el propio Julien Bonnecase en la obra a la que nos hemos referido[5], señala que "En las Pandectas, el desarrollo de la teoría de las obligaciones es dialéctico y filosófico. La doctrina se ha confundido con las singularidades de la historia y nos ha legado una mezcla de detalles indigestos, de principios siempre verdaderos, de sutilezas infinitas que aún nos embarazan. Pothier, en su excelente ***Traité des Obligations***, estableció un método, pero no la reforma de esta herencia histórica. Los redactores del Código Civil delinearon las explicaciones de Pothier, pero no trataron esta materia con independencia filosófica, única capaz de aclararla. Así, respetaron todas esas galimatías obtusas de las obligaciones divisibles e indivisibles, dejando que la ley degenere, bajo su influencia, en una doctrina prolija y escolástica."

No entendemos, con toda franqueza, los comentarios de Lerminier, cuando se refiere a que el tratamiento de las obligaciones divisibles e indivisibles ha estado plagado de galimatías obtusas. La divisibilidad o indivisibilidad de la prestación es una circunstancia jurídica ineludible en la relación obligacional cuando existe pluralidad de sujetos, es decir, de acreedores o de deudores. Sus consecuencias jurídicas son muy claras.

Es verdad que si nos remontamos al Derecho antiguo, donde se confundía la división física o material con la división intelectual, podríamos ingresar al terreno de las galimatías, porque todo lo intelectual es divisible. Se trataba de una confusión entre la prestación y el derecho anexo. La prestación, que constituye el objeto de la obligación, es divisible o indivisible según sus carac-

---

(5) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 28.

terísticas materiales o naturales. El derecho anexo, que discurre en la órbita de los Derechos Reales, es siempre divisible por su nota intelectual.

Hoy día, con semillas que dieron algunos frutos en el Derecho Romano, estamos hablando de la naturaleza de la prestación y de la posibilidad de que ella pueda cumplirse por partes o únicamente en forma íntegra. Y, desde esta óptica, tal teoría prevalece en todas las legislaciones modernas, cada vez con mayor claridad y asentamiento jurídico.

Nosotros más bien nos adherimos a las tesis de otros tratadistas, quienes ponen el acento en una marcada influencia del Derecho Romano en las instituciones modernas del Derecho de Obligaciones.

Citemos, siguiendo con Julien Bonnecase[6], a Glasson y a Bélime.

Glasson, en su obra ***Eléments du droit française considere dans ses rapports avec le Droit naturel et l'économie politique,*** 1884, Tomo I, Página 537, expresa que "las obligaciones constituyen una de las más importantes partes del derecho privado; se producen entre los hombres todos los días y a cada instante; la vida social depende de ellas. Nuestras necesidades son tan numerosas, y tan limitadas nuestras fuerzas, que sin cesar nos vemos obligados a recurrir unos a otros. Las convenciones que se forman entre los hombres pueden variar hasta el infinito, pero, en Derecho, se reducen todas a determinado número de reglas precisas. También son de derecho natural estos principios fundamentales que rigen las relaciones de los hombres; se encuentran inscritos en la razón y en el corazón de todos los hombres. Para el Derecho Romano será una gloria eterna haber sido el primero que consagró en un conjunto, estos principios inmutables que rigen las obligaciones. La familia romana, diversas partes de la propiedad romana, la sucesión romana, se basan en

(6) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Páginas 27 y 28.

fundamentos artificiales; han desaparecido y en la actualidad solamente ofrecen al sabio un interés histórico. En cambio, el Derecho Romano de las obligaciones continúa en pie; vive aún y ha pasado a nuestras leyes y a la de todas las naciones civilizadas."

Bélime, por su parte, en su obra ***Philosophie du Droit ou cours d'introduction a l'étude du Droit***, 1848, Tomo II, Página 394, expresa que "Las obligaciones y, sobre todo, las obligaciones contractuales, constituyen la parte del Derecho al que se aplican, con más libertad, los principios de la razón pura. Por ello, mientras el estado de las personas se ha desarrollado gradualmente, mientras las leyes de la propiedad han variado según las ideas religiosas y políticas, llegando a ser objeto de teorías innovadoras, las reglas de los contratos han permanecido como columnas inquebrantables de la jurisprudencia a cuyo derredor se unen todos los principios, todos los intereses."

El propio Saleilles, también citado por Bonnecase[7], explica, refiriéndose al primer Proyecto del Código Civil Alemán, que "en toda obra legislativa, las obligaciones constituyen una parte que casi en su totalidad es teórica y abstracta; en efecto, se trata de precisar, principalmente por lo menos, las diferentes formas en que puede manifestarse la voluntad en el dominio de las convenciones humanas, y estudiar los efectos que puede producir; por tanto, parece que para describirlas basta ser lógico y razonar justamente. Es esto lo que hace que sea una obra racional, y por consiguiente una obra científica más acentuada que cualquiera otra; pero esto se debe también a que de todas las instituciones del derecho privado, sea la única que tienda más a la uniformidad; casi en todas partes la voluntad humana produce los mismos efectos, y las mismas necesidades jurídicas suscitan análogas o idénticas convenciones. La materia de las obligaciones se separa más y más del formalismo primitivo, y de las cuestiones de influencia local, tendiendo a presentarse en las legislaciones modernas, como la expresión ideal de la lógica jurídica, en armonía con el principio superior del respeto absoluto de la libertad de las convenciones."

(7) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 28.

Y Saleilles agrega que "la principal fuente de inspiración del proyecto fue, por lo menos en esta materia, el Derecho romano. No debemos asombrarnos por ello: en virtud de su carácter especulativo, la materia de las obligaciones constituye la obra maestra de la legislación romana; todas las legislaciones posteriores han obtenido de ella sus principios elementales sobre las obligaciones; el antiguo Derecho francés, sobre este punto, se basaba en las Pandectas: Pothier formuló el más claro resumen que pueda hacerse de esta materia, y de hecho, el Código Civil, en la parte relativa a las obligaciones, se basa en el Tratado de Pothier. Con mayor razón debió ser lo mismo en Alemania, donde el Derecho de las Pandectas continúa siendo, con el nombre de Derecho común, la legislación supletoria del país. Los grandes principios de la legislación romana se encuentran reproducidos en el proyecto, en lo que contiene de profundamente racional y de esencialmente jurídico."

Demogue, en expresiones extraídas de la misma obra de Bonnecase[8], afirma que el Derecho de las obligaciones tiene una "evolución lenta" y, además, se presenta con una tendencia a la uniformidad en los diversos países civilizados. Esta generalidad - agrega Demogue- se debe a la circunstancia de que considera situaciones en extremo diversas, de manera que se eleva, naturalmente, de los casos concretos hacia nociones sistemáticas, hacia los conceptos, y no surge, como creía Saleilles, de la voluntad, entonces en retroceso; en estas esferas elevadas, menos accesibles a determinar particularidades de tiempo o de lugar, el Derecho de las obligaciones solamente puede transformarse a la larga en virtud de los repetidos esfuerzos de las grandes corrientes sociales y dentro de los límites impuestos por la razón, es decir, pueden hacerse ciertas adaptaciones necesarias a los fines perseguidos por los hombres que viven en sociedad, independientemente de un colectivismo que hasta hoy ha sido utópico.

Mucho antes que Demogue, añade Bonnecase[9], "un representante de la Escuela de la Exégesis que ha sido considerado como uno de los más fieles corifeos de esta Escuela, Laurent, había protestado contra la idea expuesta por los redactores del Código Civil de que el Derecho actual de las obligaciones debe ser considerado como el reflejo exacto del Derecho Romano, siendo éste la perfección misma. Decía Laurent que "por poco que se reflexione sobre la naturaleza del Derecho, fácil es convencerse de que nuestra legislación no es ya la de Justiniano. El Derecho es una fase de la vida, y la vida nunca se estaciona; si se detuviera un instante, cedería su lugar a la muerte. Si la vida es progresista, también lo es el Derecho. Por tanto, es imposible que el Derecho del siglo XIX sea aún el de las XII Tablas. La sociedad romana ha cambiado totalmente por el cristianismo y la invasión de las razas germanas; una nueva civilización se ha producido, en la que el comercio y la industria sustituyen al elemento guerrero que dominaba en Roma. Como consecuencia de estas inmensas revoluciones, han cambiado los sentimientos, las ideas y las necesidades de los hombres; y se pretende que el Derecho que los rija haya permanecido siendo el mismo... Los primeros principios que se enseñan a los futuros jurisconsultos son los del Derecho romano; el Digesto ocupa y ocupará siempre un lugar de honor en la Escuela. Si en la Barra y en la Sala de consejo cada día se consulta menos, débese esto a una razón muy sencilla; el Derecho es la expresión de la vida, y ésta se separa más y más del estado social de los romanos."

Afirma Bonnecase[10] que "verdaderamente podría creerse que Laurent pertenece a la Escuela científica. Tanto más cuanto que posteriormente concede importancia a la tradición, reconocida por él en Domat y Pothier, quienes supieron, teniendo en consideración su época, inspirarse en el Derecho Romano. Laurent declara que la verdadera tradición está representada por estos dos juristas, explicando las diferencias que los separan de los juristas romanos.

'Pothier y Domat -dice Laurent- no son ya lógicos romanos,

(8) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 30.
(9) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 30.

(10) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 31.

como Ulpiano y Paulo, sino ministros de equidad; bajo su pluma se transforma el Derecho Romano, cediendo el derecho estricto su lugar al equitativo.' Laurent continúa expresando que los autores del Código innovaron lo establecido por Pothier". Desde esta óptica, afirma Bonnecase, vuelve entonces al principio exegético. "El intérprete del Código está dominado por una ley positiva y por los principios que se derivan de ella. Ya no es un ministro de equidad, salvo cuando la ley es muda. Si la ley es expresa, está encadenado al texto, y ninguna consideración de equidad puede escuchar." Bonnecase concluye afirmando que Laurent no llega a comprender en esto la esencia del Derecho de las Obligaciones, especialmente la teoría general de la obligación.

Al margen de las interpretaciones coincidentes o contradictorias que hemos citado, es evidente que el Derecho Romano ha repercutido vivamente en el moderno Derecho de Obligaciones.

Las erróneas interpretaciones surgen de confundir el Derecho de Obligaciones con el contrato, que, como hemos expresado, es sólo su causa eficiente más rica. Para comprender claramente el tema, debe desvincularse, efectuando un mero ejercicio intelectual, la obligación, como concepto instrumental y abstracto, de una de sus fuentes, el contrato. Todo esto obedece a la técnica en el Derecho de Obligaciones, cuya manifestación, al menos en forma relativa, es inmutable. Con esto no desconocemos su carácter científico, pero la técnica, que pertenece a la Escuela de la Exégesis, es predominante.

Sin duda que el contrato ha evolucionado considerablemente desde la época de los romanos hasta nuestros días. Ello obedece a la interrelación entre los seres humanos, quienes generan permanentemente nuevas formas contractuales. Pero el contrato es solamente una fuente de las obligaciones. Con esto no queremos decir que el Derecho de Obligaciones, tal como fue concebido en Roma, haya permanecido inmutable hasta nuestros días. Es verdad que él se ha ido perfeccionando. Es cierto que se han generado, a través de los siglos, nuevas formas obligacionales. Es un hecho innegable que los canonistas de la Edad Media impregnaron al Derecho de Obligaciones de principios morales y éticos que

hoy se encuentran, sin duda, en boga. Pero estos principios morales y éticos se manifiestan, más que en las obligaciones generadas por la autonomía de la voluntad, en aquellas otras surgidas de la ley.

Al revisar los textos romanos es fácilmente comprobable que ellos se inician con la clasificación clásica de las obligaciones en cuanto a su naturaleza -**de dare, facere y non facere**-, para desarrollar, a partir de allí, con mayor o menor perfección, las otras tres grandes categorías de las obligaciones en cuanto a sus modalidades, las mismas que subsisten de modo universal: conjuntivas, alternativas y facultativas; divisibles e indivisibles; y mancomunadas y solidarias.

Otro tanto habría que decir de la forma de extinción de las obligaciones. Para no referirnos al pago, tratado con relativa pulcritud por las Instituciones de Justiniano, abarquemos otros casos en que el Derecho Romano prevalece.

¿Acaso los romanos no conocieron la novación y sus modalidades? En Roma nos enseñaron la novación objetiva y la novación subjetiva; esta última por cambio de acreedor y de deudor; y la propia novación subjetiva por cambio de deudor en sus dos formas de **delegatio** y **expromissio**.

¿Acaso Justiniano, en las Instituciones, no se refirió a la compensación **ipso jure**? Y aquí debemos mencionar un grave error de interpretación asimilado por el Código Francés, cuando decide la compensación automática, por el solo efecto de la ley, desde el momento en que coexisten ambas deudas. En este mismo error incurrieron todos los Códigos del siglo pasado que se inspiraron en el Código Napoléon, sin que fuera ajeno a ello el Código Civil Peruano de 1852 (artículo 2253). Es el Código Alemán de 1900 el que tiende una tabla de salvación para reparar tan gruesa alteración histórica, interpretando correctamente que la expresión **ipso jure**, empleada por Justiniano, no significaba la extinción de ambas obligaciones, por su sola coexistencia, sino que ellas se extinguían, de pleno derecho, cuando el acreedor y recíproco deudor oponía tal compensación.

¿Acaso los romanos no desarrollaron la teoría del dolo y de la culpa, clasificando a esta, a su turno, en culpa grave o lata y culpa leve **in abstracto** y culpa leve **in concreto**? Revisemos los Códigos modernos no sólo para comprobar la existencia del dolo, sino de la culpa grave o inexcusable, denominada lata por los romanos. Revisemos el Código Napoléon para comprobar que la institución del **bonus pater familias** constituye, simplemente, una aplicación de la culpa leve **in abstracto**. Revisemos, en fin, el propio Código Civil Peruano de 1936, antecedente inmediato del Código vigente de 1984, para comprobar que el inciso 1 del artículo 1609 imponía al depositario la obligación de cuidar de la cosa depositada como propia, en perfecta armonía con el principio romano de la culpa leve **in concreto**.

¿Acaso los romanos -para la eventualidad de inejecución de las obligaciones- no desarrollaron sólidas tesis sobre la mora y la cláusula penal?

El Derecho de Obligaciones no es, desde luego, un Derecho inmóvil. Las instituciones, insistimos, se han perfeccionado, adaptándose no sólo a las normas éticas y morales a las que nos hemos referido, sino a los nuevos criterios tecnológicos y sociales. Pero los cimientos del Derecho de Obligaciones son romanos. Y en algunos casos, con todas las características del Derecho Romano.

La confusión en que suele incurrirse, lo reiteramos, obedece a asimilar la obligación al contrato, olvidando que este es tan sólo una fuente de la obligación, la más rica, la más importante, pero no identificada con el concepto de obligación.

Como antes lo dijimos, es claro que el contrato se ha modificado, y sustancialmente, radicalmente, desde Roma hasta nuestros días. Hoy la técnica, las profundas relaciones entre los hombres, las propias necesidades de los seres humanos cada vez más exigentes, determinan el surgimiento permanente de nuevos contratos, muchos de ellos no legislados, innominados, no previstos por la ley civil o comercial. Ellos se rigen por las estipulaciones contractuales, fruto de la autonomía de la voluntad, y por las

normas generales de contratación. Pero esto no significa, en modo alguno, que esas circunstancias hayan determinado modificaciones sustanciales en el Derecho de Obligaciones. Pecamos de recurrentes, tal vez hasta de majaderos, al insistir en que las obligaciones emanadas de esos novísimos contratos son siempre de dar, de hacer o de no hacer; que su objeto, es decir, la prestación, se extingue por el pago, la novación, la compensación, etc. Y así podríamos continuar recorriendo todo el Derecho de Obligaciones, cuyo origen y sustento se encuentran en Roma.

Por eso, cuando nos referimos a las limitaciones de la autonomía de la voluntad, a la legislación algunas veces asfixiante, no estamos hablando de la obligación, sino de las normas que obstaculizan la voluntad y, por tanto, de la falta de capacidad para contratar libremente, sin restricción alguna, esto es, de las limitaciones para generar ciertas obligaciones cuya naturaleza jurídica en nada cambia.

Los canonistas y sus principios éticos impregnan fundamentalmente al contrato, y ocasionalmente a la obligación, que es sólo instrumental y en cierto modo filosófica. Poco han variado desde la época cumbre del Derecho Romano, los conceptos de obligaciones civiles o naturales, de deberes jurídicos o inclusive de razones de solidaridad social, éstas últimas no necesariamente ajenas al mundo del Derecho.

La ley, como fuente de las obligaciones, restringe la autonomía de la voluntad, pero esto en nada modifica su naturaleza jurídica. A lo más, limita sus alcances, sus proyecciones, la capacidad o no de asumir obligaciones, de acuerdo con las disposiciones circunstanciales del legislador.

No intentamos en modo alguno, desde luego, afirmar que la teoría de las obligaciones haya permanecido estacionaria o que el Derecho moderno sea copia literal de los textos romanos. Reconocemos que en algunas materias ha habido transformaciones profundas. Pero esto no significa que desechemos los principios fundamentales del Derecho Romano, que imprimen su sello característico, sin duda alguna, a las instituciones obligacionales vigentes en nuestros tiempos.

Por esas razones, y para aclarar definitivamente las diferencias entre el Derecho de Obligaciones y los contratos, deseamos referirnos, brevemente por cierto, a este último tema.

El principio fundamental de los redactores del Código Napoléon fue el de la primacía absoluta de la autonomía de la voluntad, o sea el de la libertad de quienes contrataban para incorporar todos los pactos considerados convenientes o útiles, en la medida en que ellos fueran lícitos y no atentaran contra el orden público o las buenas costumbres. Los redactores del Código Francés decidieron que el legislador no debía intervenir sobre la capacidad de decisión, autónoma, de las partes, y que en materia contractual sólo debía legislarse con normas supletorias. Estos eran los principios que prevalecían en aquella época y que influyeron en forma gravitante sobre todas las legislaciones del siglo XIX.

Pero los tiempos cambian.

Dicen Henri, Léon y Jean Mazeaud[11], que después de siglo y medio de aplicación, si todavía subsisten los principios establecidos por los redactores del Código Civil, han perdido su alcance. Por una parte, se han multiplicado las obligaciones extracontractuales. Por otro lado, los contratantes encuentran restricciones cada vez más numerosas a su libertad de crear obligaciones; se ha advertido que la autonomía de la voluntad, lejos de hacer que reinen el orden y la justicia en el comercio jurídico, permitió el aplastamiento del más débil por el más fuerte; y que de ello resultaban graves desórdenes que infligían ataques al grupo por entero. Se ha llegado, afirman, hasta hacer que ceda el principio del respeto de los compromisos libremente consentidos, para liberar al deudor de obligaciones que, según se estimaba, se habían tornado por demás gravosas.

Agregan los Mazeaud que el liberalismo del siglo XIX, que

(11) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Volumen I, Páginas 36 y siguientes. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1959.

se apoyaba sobre los Códigos Napoleónicos, condujo al aplastamiento de los más débiles por los más fuertes. La clase obrera, sin organización todavía, fue reducida a miserables condiciones de vida que le eran impuestas por el patrón, sometido a su vez al régimen de la libre competencia. La intervención del Estado, añaden, apareció como necesaria para reaccionar contra los excesos del liberalismo. Los intereses del grupo, el bien común, no deben ser sacrificados a los intereses egoístas del individuo. La libertad contractual, dicen los Mazeaud, apareció con frecuencia como un simple engaño, por no tener en realidad, y en ciertas situaciones, libertad alguna el contratante. El obrero, el pasajero transportado, el asegurado, están obligados, por la fuerza de las cosas, a contratar sin poder discutir las condiciones que se les imponen. Los redactores del Código Civil sólo habían considerado el contrato nacido de una libre discusión, concluido de mutuo acuerdo por dos contratantes situados en plano de igualdad. La ruptura del equilibrio que se produjo en los contratos de adhesión -aquellos a que se adhiere una parte sin poder discutir- forzaron al Estado a intervenir para fijar las tarifas y las condiciones del transporte, las reglas esenciales de los contratos de seguros, las de los contratos de arrendamiento rústico o urbano. En realidad, puesto que el contrato de adhesión no es un acuerdo libremente consentido, pues sus cláusulas son impuestas a una de las partes, ya que en esta discusión es casi total la quiebra de la libertad, resulta normal que algunas reglas imperativas, trazadas por el legislador, restablezcan el equilibrio y la libertad rotos, que el contrato sea "dirigido" por el legislador.

Los contratos impuestos, añaden, constituyen un ataque más directo todavía contra la libertad contractual. El siglo XIX ha dejado el recuerdo de los conflictos sociales más graves que el mundo ha conocido. Para evitarlos, no basta tan sólo con que el contrato de trabajo sea dirigido; es preciso que todos sus requisitos sean impuestos: salario, duración del trabajo, higiene, etc. Todo contrato de trabajo no es más que la reproducción de las cláusulas de las convenciones colectivas, discutidas por las organizaciones sindicales bajo el "control" del Ministro del Trabajo. Se abandona el terreno del contrato para penetrar en el del estatuto, en el cual todos los requisitos se fijan por una reglamentación le-

gal o cuasilegal. Las reglas supletorias ceden su puesto a las reglas imperativas. El legislador no sólo interviene en la conclusión del contrato, cuyos requisitos fija imperativamente, sino también en su cumplimiento: libera a las partes de compromisos que han suscrito válidamente o atenúa sus obligaciones. Y añaden que esta intervención es mucho más grave que la precedente, pues está en contradicción con el principio esencial del respeto de la palabra dada, afirmado por los canonistas: "**pacta sunt servanda**".

Dicen los Mazeaud que las intervenciones del legislador se justifican por las necesidades del orden público y del interés social. Pero, agregan, la apreciación de ese interés es delicada; hay que temer que aquí prevalezca una concepción política sobre la concepción jurídica. Las asambleas elegidas tienen la tendencia a proteger los intereses del mayor número, y no de los más débiles, con desprecio de otros intereses legítimos y respetables, pero menos eficaces electoralmente.

Por eso, los Mazeaud afirman que los ataques asestados a la autonomía de la voluntad en nombre del interés social están dominados a veces por objetivos políticos. No obstante, esos atentados están refrendados, en nuestro régimen democrático, por las reglas protectoras de la libertad, de modo especial por las de la Constitución.

En los sistemas totalitarios, concluyen, al contrario, la misma organización política se dirige a la supresión de la libertad del individuo. El Derecho Privado adquiere entonces, bajo tales regímenes, un aspecto particular muy diferente al de los derechos de tendencia individualista que los juristas soviéticos agrupan bajo el nombre de "derechos burgueses".

Por su parte, Jacques Dupichot[12] expresa que, ante todo,

(12) DUPICHOT, Jacques. Derecho de las Obligaciones, Página 8. Versión Castellana de Rosangela Calle. Editorial Temis, Librería, Bogotá, Colombia, 1984.

las "ideas sociales" de protección a los económicamente débiles se traducen principalmente en una tendencia al dirigismo contractual (leyes imperativas llamadas de orden público económico: régimen imperativo, cláusulas protectoras del asegurado en el contrato de seguro, renovación obligatoria del contrato de arrendamiento comercial, etc.) y en un debilitamiento del rigor en la ejecución respecto a deudores que arbitrariamente se les ha considerado "caídos en desgracia" (moratorias, términos de gracia, declinación de facto de la represión en la quiebra). Por otra parte, Dupichot se pregunta sobre el carácter verdaderamente social de tal orientación que halaga a la plebe contemporánea (ciertamente no se le embargará su lecho... pero ¿acaso esto se ha llevado a cabo en el pasado?), pero que en realidad beneficia al rico, único gran deudor en potencia (sólo se presta al rico). ¿Las "grandes quiebras" no dejan acaso gran cantidad de "pequeños acreedores", comenzando por los asalariados de la empresa y pequeños comerciantes e intermediarios, cuyos créditos rara vez son cubiertos en el proceso de quiebra?

Aquí, luego de estas dos citas, nos corresponde realizar una breve síntesis del desarrollo del contrato en el último siglo, donde evidentemente se restringe la autonomía de la voluntad. Deseamos aclarar, en esta parte del trabajo, que nos referimos a situaciones de hecho que usualmente acontecen y que en multitud de ocasiones restringir la autonomía de la voluntad es totalmente injustificado. Más aún, en los tiempos modernos en que vivimos se está revirtiendo esta tendencia. El socialismo, el colectivismo, no fomentan el bien común. Es verdad que es necesario un concepto de solidaridad entre los seres humanos, pero esta solidaridad no se consigue, necesariamente, con nociones asfixiantes para el mundo contractual.

Empecemos con el artículo 1134 del Código Napoléon, influido por la Escuela Liberal, donde se establece que el contrato tiene fuerza ("lugar")de ley entre las partes.

Se observa, como consecuencia de este precepto, que tanto en el Código Francés, como en los Códigos que surgieron bajo su directa influencia durante el siglo pasado, incluyendo al Código

Civil Peruano de 1852 (artículo 1256), el legislador se limitaba a establecer reglas supletorias destinadas a facilitar el comercio jurídico, las mismas que reposaban sobre la libertad presunta de los contratantes. Se trataba de Códigos individualistas, respetuosos al máximo de la libertad de la persona, que afirmaron con todo énfasis el principio de la autonomía de la voluntad.

Pero estos principios absolutos, como antes se ha expresado, ya no prevalecen.

Las primeras severas restricciones surgen con el Código Civil Alemán de 1900, que con la influencia de las escuelas sociales y socialistas reduce el dominio de actividad de los intereses individuales en provecho de los intereses colectivos.

Por otra parte, a principios del siglo XX empiezan a tener auge los contratos de adhesión y de trabajo. En los primeros se quiebra el equilibrio contractual, basado en la autonomía de la voluntad, por la intervención del Estado para fijar sus condiciones. En los contratos de trabajo también se siente la influencia del Poder Público. Numerosos pactos del contrato de trabajo tan sólo constituyen la reproducción de cláusulas discutidas y acordadas en virtud de convenios colectivos. Se empieza a abandonar así el terreno del contrato para penetrar en el estatuto, en el que todos los requisitos se fijan por una reglamentación legal. Retribuciones mínimas, jornadas de trabajo máximas, regímenes indemnizatorios, etc., constituyen reglas imperativas y no supletorias.

Estas nuevas corrientes originan que numerosos tratadistas franceses se refieran al legislador dirigista, al legislador que impone condiciones. André Toulemon[13] critica acremente la intervención del legislador, aduciendo que, cuando la libertad contractual se marcha, la libertad, simplemente, se levanta para seguirla. El llamado "legislador dirigista" -dice- que inicialmente circunscribe

(13) TOULEMON, André. El Menosprecio de los Contratos y la Crisis, Páginas 13 y siguientes. Traducción de José María Cantillo. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1945.

su actividad a los contratos de adhesión y de trabajo, empieza, poco a poco, a invadir los campos de la contratación civil y mercantil. Su intervención empieza a ser ilimitada y su influencia permanente.

Pero la crítica no sólo alcanza al denominado "legislador dirigista". Dos conflictos mundiales originan, en el siglo XX, graves alteraciones sociales, políticas y económicas, que naturalmente repercuten en los contratos cuya ejecución se desplaza en el tiempo. Se producen severos desquiciamientos contractuales e institucionales, los que, afirma Toulemon, convierten al "legislador dirigista" en "legislador de emergencia". La intervención del legislador no está ya destinada a dictar la norma imperativa a la que deben someterse los contratantes. El legislador no se limita a fijar las condiciones y efectos del contrato a concertarse. El "legislador de emergencia" empieza a regir los propios contratos vigentes. Moratorias, congelación de precios y arrendamientos, suspensión de acciones judiciales, resolución de los contratos en curso, son las características de estas nuevas corrientes legislativas. "Leyes de circunstancias" las llaman. La equidad, el interés social, el orden público, obligan al "legislador de emergencia" a dictar normas aplicables al contrato en curso. Equidad, interés social, son conceptos impregnados de principios morales, nociones subjetivas, cuyo ámbito de aplicación puede extenderse indefinidamente. Orden público, se expresa, empieza a ser todo aquello que el legislador califica como tal y, desde este punto de vista, casi nada escapa a su alcance. La difusión de estas "leyes de circunstancias" empieza a robustecerse. Su influencia es permanente y se siente en nuestros tiempos.

El "legislador de emergencia" no puede, sin embargo, prever todas las circunstancias suscitadas. Las leyes se dictan para casos generales, no para casos concretos.

El Poder Judicial carece frecuentemente de normas expresas, de "leyes de circunstancias", que le permitan revisar todos los contratos vigentes de prestaciones diferidas, periódicas o continuadas, en los que se hayan producido severos desequilibrios económicos.

Y apela entonces a la teoría de la imprevisión, a esos principios olvidados por los codificadores del siglo XIX, que actuaron influenciados por la fórmula concluyente del artículo 1134 del Código Napoléon. La imprevisión es la tesis que lo faculta a intervenir en el contrato en curso cuando "las circunstancias existentes en el momento de su celebración han variado."

Es el principio **rebus sic stantibus**, considerado por los canonistas de la Edad Media y los post-glosadores como implícitamente incorporado en cada contrato. Es la excepción a la regla **pacta sunt servanda**, al permitir la revisión del contrato cuando se modifican las situaciones de hecho existentes en la época de su celebración.

Sobre esta materia, la primera resolución importante de la Corte de Casación Francesa es dictada en el año 1876 en el caso Capronne. Esta resolución inspiró permanentemente a la Corte de Casación Francesa y constituyó el pensamiento definitivo de este Tribunal.

Capronne, un famoso ingeniero, recibió el encargo de construir un canal de regadío para ser aprovechado por los propietarios de los predios colindantes. El plazo para el pago de las cuotas periódicas que debía abonar cada uno de esos propietarios era muy amplio. En el curso del contrato surge una circunstancia imprevista, la guerra de 1870, que produjo una notable desvalorización monetaria. Capronne recibiría, en cada cuota, moneda desvalorizada. Ello determinó que reclamara judicialmente un aumento de las cuotas pactadas.

La Corte de Aix declaró fundada la demanda de Capronne, considerando que en los contratos de tracto sucesivo se admitía su modificación cuando ya no existía una correlación equitativa entre las prestaciones. La Corte de Aix llegó aún más lejos. Sostuvo que el artículo 1134 del Código Francés, donde se dispone que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes que los han celebrado, no era aplicable a los contratos de tracto sucesivo.

Este fallo fue modificado por la Corte de Casación Francesa,

quien declaró que los tribunales no estaban facultados, ni aun en los contratos de tracto sucesivo, para modificar los pactos entre las partes.

El precedente del caso Capronne determinó que, al estallar la Primera Guerra Mundial, transtornándose las condiciones económicas y los precios, multiplicándose las alzas y las bajas imprevistas, los tribunales franceses se resistieran a aplicar la teoría de la imprevisión, considerando que ella no había sido consagrada, ni implícitamente ni explícitamente, por el texto legal.

En Francia fue preciso que después de apasionados debates se promulgara la ley Faillot el 21 de enero de 1919, que permitía a un comerciante sustraerse a las consecuencias de sus compromisos cuando no había podido prever lo oneroso que se tornarían por obra de la guerra, para que los tribunales revisaran los contratos de ejecución diferida, continuada o periódica. Fue pues necesaria la dación de una "ley de emergencia".

Caso contrario ocurrió con los tribunales alemanes e italianos, en especial con los primeros, que elaboraron una copiosa jurisprudencia acerca de la teoría de la imprevisión.

Los tribunales alemanes, usando un Código más flexible y moderno que la ley francesa, y sin el texto riguroso del artículo 1134 del Código Napoléon, consideraron que el legislador había sancionado implícitamente, en distintas normas legales, la teoría de la imprevisión.

El Poder Judicial italiano trabajó activamente con los mismos conceptos. Justamente la jurisprudencia y doctrina italianas conducen al legislador de 1942 a consagrar con una expresión afortunada -"excesiva onerosidad de la prestación"- la formula legislativa de la teoría de la imprevisión.

Este texto legal significa, en buena cuenta, la corrección de un importante desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones, pues la prestación excesivamente onerosa supone, correlativamente, otra prestación insuficientemente onerosa. Y autoriza la re-

visión del contrato en curso cuando concurren las circunstancias que la ley señala. Es este principio italiano el que, con la misma denominación, ha sido incorporado en el nuevo Código Civil Peruano de 1984. El permite a los jueces, en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, reducir o aumentar la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

En suma, la plena autonomía de la voluntad, de inspiración francesa, acogida legislativamente por el artículo 1134 del Código Napoleón, tiende a restringirse. Ello obedece a la inspiración del Código Alemán, al auge de los contratos de adhesión y de trabajo, a la intervención del Estado en los contratos en curso y al desarrollo de la teoría de la imprevisión, que se plasma en los nuevos Códigos con el instituto de la "excesiva onerosidad de la prestación".

Al margen de los desarrollos conceptuales que anteceden, este Tratado comprende, en su parte inicial, la teoría general de las obligaciones, para continuar luego con la evolución de los preceptos jurídicos sobre el Derecho de Obligaciones en el Perú, desde la legislación colonial que rigió durante el Virreynato -cuyas fuentes las hemos encontrado en la importante obra del jurista Germán Aparicio y Gómez Sánchez[14] sobre el Código Civil Peruano de 1936-, hasta las normas del Primer Código Civil, pasando subsiguientemente por todos los Códigos, Proyectos y Anteproyectos nacionales, vale decir, por todos los cuerpos legales o sus proyectos desde que el Perú es República.

En estos antecedentes legislativos nacionales, además de la legislación colonial, el lector apreciará citas de los siguientes cuerpos normativos: Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984; Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981;

(14) APARICIO Y GOMEZ SANCHEZ, Germán. Código Civil -Concordancias, Tomo XIII, Páginas 132 a 328. Librería e Imprenta Gil. Lima, Perú, 1938.

Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980; Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973; Código Civil de 1936; Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; Proyecto de Código Civil de 1890; Código Civil de 1852; Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; y Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836. Debemos señalar que las menciones de los antecedentes de los cuatro primeros cuerpos normativos, las hemos tomado de la obra "Código Civil" de la Doctora Delia Revoredo Marsano de Mur[15] .

Abordamos, adicionalmente, todos los temas correspondientes al Libro VI del Código Civil de 1984, efectuando su análisis exegético, norma por norma, a la luz de la doctrina nacional y extranjera más autorizada, con permanente mención de las corrientes legislativas peruanas y extranjeras en las que se sustentan los artículos del Código Civil Peruano de 1984.

No obstante lo anotado, debemos señalar que en cuatro ocasiones (cuando tratamos lo relativo a la concurrencia de acreedores; la teoría del riesgo en las obligaciones alternativas; las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias; y la inejecución de las obligaciones) analizamos diversos preceptos en conjunto, no respetando -necesariamente- la numeración del Código Civil. Esto lo hacemos por razones metodológicas y conceptuales, ya que en los supuestos señalados creemos que resulta mejor proceder así.

En lo que respecta a la doctrina nacional, hemos tratado de acceder a las más importantes publicaciones que sobre el Derecho de Obligaciones se han realizado en nuestro país, con anterioridad y posterioridad a la vigencia del Código Civil de 1984.

(15) REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil, Parte I, Tomo II, Páginas 5 a 216. Okura Editores, Lima, 1985.

En tal sentido, hemos consultado, además de artículos de diversas revistas nacionales, fundamentalmente las obras que sobre el Derecho de Obligaciones escribieron los maestros José León Barandiarán, Angel Gustavo Cornejo, Rosendo Badani Chávez, Jorge Eugenio Castañeda y Manuel Augusto Olaechea, este último, ponente del Libro V de Derecho de Obligaciones y Contratos en el Código Civil de 1936.

En lo relativo a la doctrina extranjera consultada, hemos recurrido tanto a los autores clásicos de Derecho Civil, es decir, a aquellos de la Escuela Exegética Francesa, como a autores de la propia Francia y de Alemania, y a renombrados juristas de España, Italia, Argentina y otros países que se encuentran a la vanguardia del Derecho en nuestra tradición jurídica. Sobre este punto debemos precisar que muchas de las citas corresponden a autores de la mencionada Escuela Exegética Francesa, cuyas obras nunca fueron traducidas al español. Por tales motivos, la traducción de las mismas efectuada para la elaboración de este Tratado es libre.

Respecto a la legislación extranjera, hemos tomado como fuente de consulta directa, fundamentalmente, a los siguientes Códigos Civiles, Proyectos y Anteproyectos: Código Civil Francés; Código Civil Belga; Código Civil Boliviano de 1831; Proyecto de Código Civil de Andrés Bello; Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853; Código Civil Chileno; Código Civil de El Salvador de 1860; Código Civil Italiano de 1865; Código Civil de la Provincia de Québec; Código Civil Uruguayo; Código Civil Argentino; Código Civil Colombiano; Código Civil Venezolano de 1880; Código Civil Ecuatoriano; Código Civil Costarricence de 1888; Código Civil Español; Proyecto Boissonade de 1890; Código Civil Japonés; Código Civil Alemán; Código Civil Nicaragüense de 1903; Código Civil Hondureño de 1906; Código de las Obligaciones de Suiza; Código Civil Brasileño; Código Civil Panameño; Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922; Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927; Código Civil Mexicano de 1927; Anteproyecto Bibiloni de 1929; Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930; Código Civil Chino de 1930; Código de las Obligaciones de

Polonia de 1935; Proyecto de Reforma del Código Civil Argentino de 1936; Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937; Código Civil Venezolano de 1942; Código Civil Italiano de 1942; Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943; Código Civil Portugués de 1967; Código Civil Guatemalteco de 1973; Código Civil Boliviano de 1976; Anteproyectos de Código Civil Brasileño de 1975 y 1984; Código Civil Paraguayo de 1987; Proyecto de Código Civil Colombiano; Proyectos de Reforma al Código Civil Argentino de 1987 y 1993; y Código Civil Cubano de 1988.

Por otra parte, en el Tratado encontramos no sólo las concordancias de cada precepto del Derecho de Obligaciones con otros artículos del propio Código Civil de 1984 a los que están vinculados, sino también con las normas pertinentes del Código Procesal Civil, Código de Comercio y Código Tributario, de la Ley General de Sociedades, la Ley de Títulos Valores y la Ley General de Arbitraje.

Finalmente, citamos jurisprudencia de la Corte Suprema de la República y, en cada caso, los artículos pertinentes a la ejecutoria del Código Civil de 1936 y del Código Civil de 1984.

En suma, el Tratado, además de los conceptos propios de los autores sobre la teoría de las obligaciones y sobre cada precepto que corresponde a esta materia en el Código de 1984, contiene los antecedentes legislativos peruanos, artículo por artículo; relevantes opiniones de juristas peruanos y extranjeros; legislación comparada; concordancias; y jurisprudencia.

Pero nuestra obra no se agota en el análisis de cada uno de los artículos del Código Civil en materia de Derecho de Obligaciones. Vamos más allá, puesto que formulamos, cuando lo creemos necesario, una propuesta de eventual reforma al actual articulado, fruto de la experiencia docente y la práctica jurídica, que hace que los años, por fuerza de las circunstancias, nos hagan cambiar de opinión en algunos temas o perfeccionar y actualizar algunas ideas en otros.

Quisiéramos expresar, sin embargo, que una Ley de Enmiendas al Código vigente no deberá ser fruto de apremios, que sin duda no existen, sino de reflexión y madurez sobre los preceptos destinados a perfeccionarlo. El paso del tiempo determinará que la doctrina peruana avance en la intepretación del Código. No obstante, la profusa literatura jurídica que ha generado el Código Civil de 1984, falta aún un mayor avance doctrinario, lo que se hace evidente en nuestra especialidad, el Derecho de Obligaciones.

Advertimos al lector que hemos procurado respetar la grafía original en los nombres extranjeros de los autores y personajes citados (por ejemplo, se mantiene la tilde aguda sobre Napoléon).

Esta Nota Preliminar ha tenido el propósito de exponer, con rasgos muy generales, la génesis del Código Civil Peruano de 1984; el trato legislativo al Derecho de Obligaciones; su generalidad, importancia y evolución; el desarrollo del contrato como singular fuente eficiente de las obligaciones; y los alcances de este Tratado, cuyo propósito es divulgar materia tan compleja como la consignada en el Libro VI de dicho Código.

Antes de concluir deseamos expresar nuestra más profunda gratitud a quienes tuvieron la fineza de prestarnos su colaboración para hacer realidad esta obra. Nos referimos a las alumnas de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, señoritas *Iveth Céspedes Arquiñigo, Katherine Chang O'Campo, Lily Fon Lau, Ana María Manrique Zegarra y María Isabel Vásquez Villacorta,* cuya paciente labor y altas calidades intelectuales determinaron que su ayuda resultara invalorable. Sin duda todas ellas serán en el futuro próximo excelentes abogadas, como ahora han demostrado ser excelentes investigadoras.

Lima, agosto de 1994.

LOS AUTORES

TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

(1) PREAMBULO.

Aunque este Tratado se dedica al análisis exegético de los artículos sobre el Derecho de Obligaciones en el Código Civil Peruano de 1984, hemos considerado indispensable referirnos antes a la teoría general de las obligaciones. Su conocimiento previo constituye un peldaño necesario para interpretar luego, cabalmente, los alcances de la norma jurídica.

En esta parte de la obra, en la que se tratan temas neurálgicos que discurren desde la definición de "obligación", hasta las similitudes y diferencias entre los derechos reales y personales, pasando por temas tan complejos como la naturaleza jurídica de la obligación, la patrimonialidad de la prestación, la teoría de la causa, o las obligaciones naturales, apelamos, con más asiduidad que en el examen exegético de las reglas contenidas en el Código, a citas de doctrina extranjera calificada, a fin de que el lector se forme una idea cabal de las diferencias conceptuales, las coincidencias y las conclusiones a las que llegan insignes codificadores y tratadistas. Por ello, con frecuencia, nos remontamos a la antigua Roma, a aquella que creó los más sólidos pilares en materia tan compleja y abstracta, y muchas veces, por qué no decirlo, sofisticada, hasta nuestros días. Veinticinco siglos de desarrollo del Derecho de Obligaciones no es cosa de poca monta. Ello exige, necesariamente, ilustrar al lector con la opinión de distinguidos autores, que han estudiado con toda pulcritud la materia.

(2) DEFINICION Y CONCEPTOS GENERALES DE LA OBLIGACION.

Existen las más variadas concepciones acerca de lo que es una obligación. Desde aquellas que introducen los más diversos elementos en el concepto, hasta la doctrina de algún otro tratadista quien, como luego veremos, considera imposible definir la obligación. Desde la clásica definición de las Instituciones de Justiniano -"**Juris vinculuum que necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura**"-, hasta las proposiciones para que al enunciar el concepto se mantenga la palabra "vínculo", o se usen expresiones tales como "lazo legal", "relación jurídica", "relación obligatoria", "necesidad jurídica" o "situación jurídica", por citar algunas tesis. Desde los Códigos que definen el concepto de obligación, hasta aquellos otros que prescinden de una definición, o que, simplemente, le atribuyen características para que el lector obtenga sus propias conclusiones.

En la definición de la obligación consignada en las Instituciones de Justiniano, se observan elementos esenciales. En primer lugar, el vínculo jurídico, esto es, el nexo que vincula a las dos partes de la relación jurídica, que determina su exigibilidad y que no puede faltar en obligación alguna. Es el constreñimiento, que implica la facultad del acreedor para exigir a su deudor el cumplimiento de la prestación, y el deber de este último de pagar lo ofrecido.

Para Justiniano existían, en suma, un sujeto activo, llamado acreedor; un sujeto pasivo, llamado deudor; el vínculo jurídico que unía a ambas partes y que creaba situaciones correlativas; la prestación, cuyo contenido podía ser de dar, de hacer o de no hacer; y la acción del acreedor frente a su deudor para reclamar por la vía judicial el cumplimiento de la obligación, consecuencia del vínculo jurídico.

Pothier[1] expresa que la palabra obligación tiene dos significaciones. En su sentido lato, **latu sensu**, es sinónima de deber, y comprende las obligaciones imperfectas lo mismo que las obligaciones perfectas.

Pothier llama obligaciones imperfectas a aquellas de las cuales no somos responsables sino ante Dios, y por lo tanto no dan a persona alguna el derecho de exigir su cumplimiento. Por ejemplo, el deber de caridad, al estar obligados a dar limosna al menesteroso. Esta obligación, afirma Pothier, es una obligación real, y un rico peca gravemente cuando descuida su cumplimiento. Pero es una obligación imperfecta, por cuanto sólo ante Dios puede exigirse.

La palabra obligación, según el mismo Pothier, en un sentido más recto y menos amplio, no comprende sino las obligaciones perfectas, aquellas que también se llaman empeños personales, que otorgan a aquél con quienes las hemos contraído el derecho de exigirnos su cumplimiento.

En realidad, lo que corresponde a un tratado de obligaciones, según Pothier, es referirse propiamente a las denominadas "obligaciones civiles", cuyos elementos están integrados por un vínculo que origina que el obligado pueda ser demandado para su cumplimiento o ejecución; y que tal vínculo exista entre personas determinadas o determinables, lo que le otorga la condición de que nos encontramos ante una relación jurídica fundamentalmente individual.

Sin embargo, Pothier afirma que la expresión "vínculo de derecho", **vinculuum juris**, no conviene a la obligación perfecta, porque en la obligación natural, que es también en un sentido menos propio una obligación perfecta, existe, por lo menos por un deber de conciencia, no solamente el derecho de exigir su cumplimiento sino, en el foro de la conciencia, el deber de cumplirla, mientras la obligación imperfecta no da tal derecho.

---

(1) POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Páginas 1 y siguientes. Tercera Edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f.

Precisamos aquí aclarar que un simple deber, al que una persona puede estar obligada por su situación en la sociedad, no corresponde, propiamente, al vínculo o relación jurídica de la denominada obligación civil.

Desde esta óptica, y en rigor, la obligación que contrae un deudor, llamada "deuda", corresponde, desde la otra óptica, a la expresión "crédito", que se refiere al derecho que adquiere el acreedor para exigir una prestación de dar, de hacer o de no hacer, la que al ejecutarse queda pagada.

No olvidemos, sin embargo, que el deudor está bajo la coerción del imperativo legal para cumplir la obligación. Y ese poder no radica en el acreedor, pues entonces tendría la posibilidad de hacerse justicia con su propia mano, sino en la autoridad pública, quien decide que el acreedor logre aquello que le debe su deudor o, en algunas oportunidades -en los casos de inejecución-, su equivalente. Esto se conoce como sanción de las obligaciones, o sea como la garantía pública que otorga un valor a los requerimientos legítimamente exigidos por el acreedor, uno de los sujetos de la relación obligatoria.

Citando a Giorgio Giorgi[2], podemos decir que la palabra obligación, atendida su etimología, contiene clarísima la idea de sujeción, de ligamen. Y cabe verdaderamente decir que la obligación liga o ata al deudor, constriñéndolo a desplegar parte de su actividad en beneficio del acreedor. Pero en todos los tiempos, en las escuelas y en las leyes, en los trabajos de los jurisconsultos romanos, en las Instituciones de Justiniano, y en las obras de los escritores modernos, se considera la obligación como un vínculo jurídico.

(2) GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Volumen I, Páginas 11 y siguientes. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc. Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1909.

Con todo, agrega Giorgi, no es fácil, sin embargo, presentar una definición exacta de obligación. La mejor que puede ofrecerse es denominarla vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual, una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan sujetas respecto a otra o a otras (acreedor o acreedores), a hacer o no hacer alguna cosa.

Dice Giorgi que podría entenderse que la palabra vínculo considera la obligación en el aspecto único de deuda, mientras que sustituyéndola por la de relación se tiene la ventaja de representarla también en su aspecto de crédito. Añade que ello podría ser verdad, pero que el defecto de la palabra vínculo se compensa con la ventaja de revelar con mayor claridad la diferencia entre el derecho de obligación y los demás derechos patrimoniales, de ser más conforme al lenguaje generalmente adoptado, sin excluir el Código Civil, y de facilitar el examen de los requisitos de la obligación.

Agrega Giorgi que "No hemos de decir una palabra para demostrar la necesidad de los últimos elementos, harto manifiesta por sí. Quien desdeñe el estudio del derecho romano para la interpretación de los Códigos modernos, especialmente las obligaciones, deberá ante todo demostrar que aquellos principios inmutables de equidad natural sobre los cuales las respuestas de Papiniano y de Paulo asentaron, más inquebrantable que sobre columnas de bronce, los fundamentos de las obligaciones, han perdido vigor y cedido el campo a nuevas normas de justicia inventadas por los Códigos de nuestros tiempos. Deberá negar que Dumoulin, Domat y Pothier, recogieron esos mismos eternos principios en el tesoro de la sabiduría romana, los conservaron inalterables y los transmitieron a los legisladores modernos, por obra de los cuales, cambiado el ropaje, reaparecieron, ya en los artículos del Código Napoléon, ya en los del Italiano."

Concluye Giorgi afirmando que quien dice obligación dice ligamen; quien dice ligamen dice vínculo. Y verdaderamente la necesidad en que se encuentra el deudor de someterse a la sentencia condenatoria, a la ejecución sobre sus bienes y alguna vez sobre su persona, cuando no quiere cumplir la obligación, es un vínculo potente.

Como enseña Héctor Lafaille[3], los cuerpos legales sobre la obligación tienen tres categorías: aquellos que definen expresamente la figura; los que con propósito deliberado prescinden de tal caracterización; y, por último, algunos que suministran elementos para establecerla de manera indirecta.

El primer criterio, en que tal vez quedaron incluidas las Leyes de Partida, ha desaparecido casi enteramente del Derecho comparado, que ya no define, en sus cuerpos legislativos, el concepto de obligación.

El segundo, que deliberadamente omite definir tal concepto, es el más difundido. Así ha ocurrido con todos los Códigos modernos.

Es por ello que existen muy pocos ejemplos de la tercera categoría, y tal vez podría mencionarse dentro de ella al Código Civil Alemán y al Código Suizo de las Obligaciones.

No cabe duda, concluye Lafaille, que con sutileza e ingenio, los intérpretes hallarán elementos en las normas positivas para levantar una construcción que permita señalar los caracteres de tan importante categoría jurídica.

En todo caso, debemos nosotros añadir que todas las relaciones existentes entre los seres humanos se refieren a la idea de obligación, y que es justamente en la teoría de las obligaciones donde se encuentran las nociones fundamentales de la Ciencia del Derecho y sus principios jurídicos básicos, apartando de ella otras nociones de obligación que, por muy respetables que sean, no ingresan en la órbita del Derecho.

Por otra parte, Marcel Planiol y Georges Ripert[4], afirman que "se ha exagerado y deformado el carácter de la obligación

(3) LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones, Tomo VI, Volumen 1, Páginas 15 y siguientes. Compañía Argentina de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943.

(4) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho

analizando la relación jurídica como una relación geométrica. La personalidad del acreedor y la del deudor ha terminado por desaparecer en algunas teorías, apareciendo la obligación como una relación entre dos patrimonios. Y esto es una exageración evidente de la abstracción jurídica. No puede perderse de vista -agregan- que el derecho regula las relaciones de los hombres entre sí."

Nosotros estamos de acuerdo con Planiol y Ripert. Son los seres humanos, con todas sus debilidades y fortalezas, quienes ingresan en el mundo de las obligaciones jurídicas. Responderán, sin duda, con su patrimonio. Pero esto es un efecto y no una causa. Despersonalizar el Derecho, integrado esencialmente por relaciones entre seres humanos, u ocasionalmente entre personas jurídicas, pero compuestas por seres humanos, constituiría un absurdo conceptual.

Dice Roberto de Ruggiero[5], que la palabra obligación, en su acepción más amplia, es aquella que significa toda especie de vínculo o sujeción de la persona, cualquiera que sea su origen o contenido. Pueden, de acuerdo con De Ruggiero, incluirse en tal concepto a las obligaciones impuestas al individuo por la moral, la conveniencia, el honor, los usos sociales y aquellas otras establecidas por las normas jurídicas, ya pertenezcan éstas al Derecho Público o al Privado. La palabra, con el alcance que aquí es empleada, comprende las de la última especie, esto es, la establecida por la norma jurídica. Y no todas, sino tan sólo aquellas que nacen de relaciones entre persona y persona, tienen contenido patrimonial e implican en una persona el deber de hacer a otra una determinada prestación, y en ésta la facultad de exigirla de aquélla. Aquí De Ruggiero introduce el elemento patrimonial, al que luego, en el estudio de esta teoría general, nos referiremos extensamente.

Civil Francés, Tomo VI, Las Obligaciones, Primera Parte, Página 8. Traducción española del Doctor Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de la Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945.

(5) DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Páginas 5 y siguientes. Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1944.

Agrega De Ruggiero que la obligación, en sentido técnico, expresa principal y normalmente la relación jurídica, en virtud de la cual una persona (deudor) debe una determinada prestación a otra (acreedor), que tiene la facultad de exigirla, constriñendo a la primera a satisfacerla. Pero añade que muy frecuentemente tal palabra se emplea para indicar solamente uno de los aspectos que la relación ofrece: el aspecto pasivo, para designar el deber del deudor, es decir, el débito; o el aspecto activo, para indicar el derecho o la pretensión del acreedor, o sea, el crédito. Raramente, dice De Ruggiero, se usa para expresar la causa generadora de la relación obligacional.

Esto se traduce, en opinión nuestra, en que la obligación constituye una relación jurídica por la que una persona, denominada acreedora, tiene el derecho de exigir a otra persona, denominada deudora, el cumplimiento de una prestación de dar, de hacer o de no hacer, es decir, el cumplimiento de prestaciones positivas o negativas.

Es por ello que si observamos la obligación en lo relativo al acreedor, es decir, a quien tiene el derecho de exigir el cumplimiento de una prestación positiva o la abstención del sujeto pasivo (en este caso el cumplimiento de una prestación negativa), tal ángulo obligacional se califica como un derecho de crédito. Y cuando el tema se analiza a la inversa, es decir, con relación al deudor, o sea a la persona que tiene que cumplir con una prestación positiva o que debe abstenerse de hacer algo, nos estamos refiriendo a la deuda "**stricto sensu**".

Eduardo B. Busso[6] expresa que el término "obligación" tiene dos acepciones principales: por una parte define el vínculo que une al acreedor y al deudor recíprocamente, y por otra parte sirve para designar la deuda a cargo del sujeto pasivo de la relación. Y que algunas veces, impropiamente, se utiliza el término "obligación" para referirse al contrato, que es fuente del vínculo, o al documento material que le sirve de prueba.

(6) BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Obligaciones, Tomo III, Páginas 9 y siguientes. EDIAR Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1951.

Esta última aclaración de Busso es, en nuestra opinión, singularmente significativa. Ya hemos expresado que obligación y contrato son conceptos vinculados, pero totalmente diferentes. El contrato es una de las fuentes de las obligaciones y jamás puede ser confundido con la obligación.

Busso, refiriéndose a la noción de obligación, sostiene que la mayoría de los autores clásicos de Derecho Civil se limitan a reproducir la definición romana, o a sustituirla por fórmulas muy similares.

La obligación -dicen por ejemplo Aubry y Rau- es la necesidad jurídica por cuya virtud una persona se halla constreñida, con relación a otra, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa. Según Planiol, la obligación es el vínculo de derecho por el cual una persona está constreñida hacia otra, a hacer o no hacer alguna cosa. Ripert y Boulanger, en su revisión de la obra de Planiol, conservan en lo fundamental la estructura de esa definición: la obligación es el vínculo de derecho por el cual una persona está sometida a una prestación hacia otra. Demogue, agrega Busso, define la obligación como la situación jurídica que tiene por fin una acción o abstención de valor económico o moral, cuya realización es asegurada por determinadas personas.

El Código Alemán, por su parte, usando una fórmula ecléctica, sin dar precisamente una definición, establece que en virtud de la obligación el acreedor tiene derecho a exigir del deudor una prestación. Y agrega que la prestación puede consistir también en una omisión.

Enneccerus define el crédito como el derecho que compete a una persona (el acreedor) contra otra persona determinada (el deudor), para la satisfacción de un interés digno de protección que tiene el primero.

Por su parte, Busso se adhiere a este último concepto, con-

siderando conveniente, sin embargo, completar esa noción, señalando, con Bonfante y Albertario, la forma cómo el acreedor podrá obtener la satisfacción de ese interés: sea mediante el cumplimiento, voluntario o coactivo, de un acto o de una omisión del deudor, sea mediante la acción que la ley autoriza ejercer sobre el patrimonio del deudor.

Aquí debemos preguntarnos, sin embargo, si "un interés digno de protección" es la característica esencial de la obligación en sentido jurídico. Tenemos serias dudas sobre este concepto.

Por otro lado, estamos de acuerdo con Busso en señalar que la obligación, con relación al deudor, es un deber jurídico calificado. Por el género inmediato al que pertenece, la obligación puede definirse como un deber. La idea de deber designa la situación de un sujeto que tiene que ajustar su conducta a los mandatos contenidos en una norma general o en una orden particular; toda obligación importa un deber, si bien no todo deber es una obligación.

Los autores distinguen los deberes jurídicos de los morales, pero no hay acuerdo para fijar el criterio de tal distinción.

Según Busso, hasta cuatro opiniones típicas cabe mencionar: a) distinción por el origen de la norma, o sea, distinción entre la ley moral y la ley positiva; b) distinción por el fin (perfeccionamiento moral del individuo o seguridad social de los derechos); c) distinción por el objeto o conducta sometida a la norma (conducta interna o conducta social); y d) distinción según el modo de ordenar las conductas (ordenación coactiva en lo jurídico y no coactiva en lo moral).

Pero cualquiera que sea el criterio que se adopte, es evidente que la obligación civil es un deber jurídico y no simplemente moral; en efecto, las obligaciones están sancionadas por la ley del Estado, son medios para asegurar la estabilidad de los derechos, guardan relación con la conducta social de los individuos y su incumplimiento da lugar a sanciones de orden jurídico.

El campo de los deberes jurídicos, por su parte, es muy amplio y excede en mucho el concepto de obligación civil.

Así, según Busso, existen deberes que no son obligaciones. Los deberes de familia quedan al margen del campo de las obligaciones civiles; en tanto que estas son formas de asegurar un justo y adecuado equilibrio patrimonial entre los sujetos jurídicos, aquellos deberes reposan en principios de orden moral (por ejemplo, el deber de obediencia filial, el de fidelidad conyugal, etc.).

En las obligaciones civiles, agrega, interesa más el resultado que la conducta misma del deudor, y por eso es admisible que la deuda la pague un tercero y que en esa forma se extinga el vínculo. En los deberes de familia, en cambio, interesa la conducta misma: el hijo no podría cumplir sus deberes de obediencia colocando a otra persona a las órdenes de su padre, ni tampoco un tercero podría liberar al hijo de esa obediencia, ofreciendo al padre su propia obediencia.

Los derechos y deberes de familia no tienen en sí mismos sentido y significación sustantiva -dice Enneccerus- y son simples funciones o manifestaciones externas del régimen de familia.

Una última diferencia, según Busso, se refiere a las consecuencias jurídicas que pueda tener la transgresión del deber de familia: la idea de indemnización queda, en principio, descartada.

Demogue se aparta de ese punto de vista: para calificar un deber ha de tenerse en cuenta no sólo el contenido de la actividad debida, sino también la índole de las sanciones que el incumplimiento pueda determinar. En virtud de ello sostiene que el deber de fidelidad conyugal es una verdadera obligación civil, ya que no sólo funciona como causal de divorcio, sino también como presupuesto para sanciones pecuniarias (alimentos, pérdida de derechos hereditarios, etc.).

Busso refuta esta tesis diciendo que un mismo hecho puede servir de presupuesto para la producción de diversos efectos jurídicos, sin que por eso deban confundirse entre sí las normas que

sanciona cada uno de esos efectos. Toda norma debe calificarse por su propio sentido, y ella a su vez califica la actitud humana regulada por sus posiciones. La obligación de fidelidad conyugal es una obligación moral y no una deuda civil, aun cuando el adulterio pueda dar lugar a la aplicación de sanciones de orden civil.

Tampoco es una obligación civil, afirma Busso, el deber que tiene toda persona de respetar los derechos reales ajenos. El punto, sin embargo, ha sido objeto de debate, pues alguna opinión, negando la autonomía conceptual del derecho real, lo concibe como una relación de obligación pasivamente universal.

Este último concepto, en nuestra opinión, es erróneo: considerar que existe una relación obligacional, "**erga omnes**", entre el propietario de un bien, quien sería el acreedor, y todas las demás personas del mundo, naturales o jurídicas, quienes serían sus deudores, no resiste el más breve análisis. El tema lo desarrollaremos al distinguir los derechos reales de las obligaciones.

Esto no significa que la violación al derecho real ajeno, por una o más personas determinadas, no pueda originar, "desde ese momento", indemnizaciones que constituyan deudas civiles. Pero adviértase que sólo en ese instante se constituiría la relación obligacional entre sujetos determinados. El propietario, como acreedor, y los violadores, como deudores.

Por eso coincidimos con Busso: para que una conducta determinada entrañe una obligación, es menester que el ordenamiento jurídico imponga esta conducta como acto necesario y bajo pena de incurrir en responsabilidad.

En esa misma línea de pensamiento, enseña Busso, las normas que imponen reglas generales de conducta, sin contener prestaciones concretas y determinadas, no crean obligaciones. Así, por ejemplo, no existe propiamente una obligación civil de abstenerse de cometer actos ilícitos, aun cuando existe la obligación de indemnizar una vez que el acto ha sido cometido. Tampoco son obligaciones el deber de obrar con prudencia, el de vigilar a los dependientes, etc. En estos casos, agregamos, la obligación

surge al infringirse el deber de obrar adecuadamente. El imprudente que causa un daño debe indemnizar; de las infracciones de los dependientes, en ejercicio de sus funciones, responde el principal.

Comentando a Busso, señalamos que la persona obligada a una determinada forma de actuar, además de obligada, es llamada frecuentemente deudora; mientras que la persona a cuyo favor la primera se ha obligado, es denominada acreedora.

Desde este punto de vista parecería más apropiado designar esa situación jurídica con el nombre de "relación obligatoria", pues en esta expresión se abarcan ambas calidades: la posición de subordinación en que se encuentra el deudor y la posición de preeminencia en que se encuentra el acreedor. Por ello, se ha afirmado que la palabra obligación solamente le daría relevancia a la condición jurídica en que se encuentra el deudor. Es la tradición, sin embargo, la que ha mantenido únicamente la palabra "obligación", para referirse a la relación jurídica entre acreedor y deudor.

Observamos, hasta ahora, que hay muchas definiciones de obligación, según la nota que se le quiera dar, trátese del derecho del acreedor, de la deuda del deudor, de la prestación, o de su carácter general prescindiendo de la patrimonialidad, o contrariamente realzando el concepto de patrimonialidad. Sin embargo, al margen de estas disquisiciones, todos coinciden en considerarla un vínculo o relación jurídica entre un acreedor y un deudor para el cumplimiento de una prestación a cargo de este último.

Pero continuemos con el tema que, a nuestro juicio, es sustancial.

Raimundo Emiliani Román[7], expresa que, según Colin y Capitant, la obligación es "una necesidad jurídica por efecto de la cual una persona está sujeta, respecto de otra, a una prestación, ya positiva, ya negativa, es decir a un hecho o a una abstención."

---

(7) EMILIANI ROMAN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones, Páginas 3 y siguientes. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1980.

Agrega Emiliani Román que Colin y Capitant, en su Tratado de Derecho Civil, identifican el concepto de obligación como vínculo con el derecho personal, y restringen el de obligación a deuda. "El derecho personal, -dicen ellos-, por oposición al derecho real, es, se recuerda, un vínculo de derecho entre dos personas, en virtud del cual la una, el acreedor, puede exigir de la otra, el deudor, una cierta prestación. Este vínculo se llama derecho de crédito, cuando se lo mira del lado del acreedor: constituye un elemento del activo del patrimonio de éste. Se denomina obligación o deuda, cuando se lo mira del lado del deudor: forma un elemento del pasivo del patrimonio de este último."

A la inversa de Colin y Capitant, señala Emiliani Román, para Vouim y Robinot la obligación no es una deuda sino el derecho de crédito: "La obligación o derecho de crédito, es un vínculo de derecho entre dos personas, una de las cuales, el acreedor, puede exigir de la otra, el deudor, que dé, haga o no haga una cosa."

Los Mazeaud, añade Emiliani Román, ponen de relieve el carácter pecuniario de la obligación, cuando la definen como "un vínculo de derecho de aspecto pecuniario que une a dos (o muchas) personas, la una, el deudor, estando sujeto a una prestación en provecho de la otra, el acreedor." Obligación -agregan los Mazeaud- "es una relación jurídica pecuniaria entre las personas. El derecho de obligación es así el derecho de los intereses egoístas, despojado de todas las consideraciones afectivas que dan un aspecto tan particular a los derechos de la personalidad y atemperan acertadamente las relaciones jurídicas en la familia."

Se aprecian, según Emiliani Román, diversas fisonomías en las definiciones analizadas. Para unos es el crédito; para otros la deuda; para la mayoría una relación jurídica que abarca ambos conceptos; para algunos es el propio derecho personal; para otros es pecuniaria. Sin embargo, para los romanos era un vínculo, palabra esencial porque diferencia el campo estricto de la obligación civil propiamente dicha, de todas las demás relaciones jurídicas.

Podemos observar la palabra "pecuniaria" que emplean los

Mazeaud. Pecunia es dinero, pecuniario es dinero en efectivo y, por cierto, no en todas las obligaciones la prestación consiste en dar una suma de dinero y menos aún en efectivo.

Según Emiliani Román, el término obligación no es exclusivo del Derecho, sino se aplica a todas las actividades de valor del hombre para designar las necesidades de una determinada conducta humana, con el objeto de lograr un determinado fin de la naturaleza de la actividad de que se trata. Así hablamos de obligaciones sociales, religiosas, políticas, morales, jurídicas, económicas, etc.

La palabra obligación tiene un significado universal pragmático, porque en todas esas actividades de valor del hombre su esquema racional es el mismo: cumplir una determinada conducta para obtener un determinado fin o valor. Cualquiera que sea la actividad, llámese jurídica, religiosa o política, las finalidades o valores no se pueden lograr sino a través de la observancia de una determinada conducta en que consiste la obligación respectiva. Por lo tanto, cada vez que nuestra voluntad está ligada a una finalidad mediante una conducta, hay obligación. En este sentido, nuestra vida está llena de obligaciones, pero no por eso dichas obligaciones son todas iguales. Tienen, como se comprende, significado distinto, pues no podemos identificar, por ejemplo, una obligación jurídica con una religiosa o moral. El esquema formal es ciertamente el mismo: tener que guardar una determinada conducta para obtener una determinada finalidad o valor; pero el contenido o estructura de cada obligación son distintos. Por esa razón debemos tratar de no identificarlas por su apariencia, sino distinguirlas cuidadosamente, sobre todo la jurídica, para no incurrir en confusiones.

Cada una de las actividades que se han mencionado, continúa Emiliani Román, tienen sus propias normas, desarrollos y finalidades, que comprometen la conducta humana, esto es, que imponen obligaciones. Cada una, desde luego, a su modo y según su propia naturaleza. Por consiguiente, el término obligación no es específico del Derecho; tiene una identificación universal pragmática que permite su aplicación a todas las actividades de

valor del hombre y que determina su equivocidad, porque el contenido de cada una varía bajo la identidad formal que consiste, uniformemente, en tener que observar una determinada conducta para lograr determinados fines, tal como el deudor tiene que hacerlo para satisfacer al acreedor.

De este modo, por la misma razón, también se le llama obligación al deber jurídico, o sea, a la relación jurídica que asume forma imperativa. Por ejemplo, existe el deber jurídico de que todas las personas observen una conducta diligente y prudente, a fin de no causar daño a los demás, que es norma fundamental de la vida social. Asimismo, existen muchos deberes de familia, como el de los padres de dar educación a sus hijos, o el de obediencia de los hijos, o el de fidelidad de los esposos, que son fundamentos de la vida familiar.

Los deberes jurídicos no son obligaciones civiles. Desde su propia formulación, señala Emiliani Román, se comprende que son cosas muy distintas, porque el deber es el imperativo general de hacer o no hacer algo, y la obligación es el crédito de una deuda.

Al respecto se aprecian las siguientes diferencias: el deber es una norma de conducta de carácter general, ya para todas las personas, ora para todas las de una determinada clase, en tanto que la obligación es un vínculo concreto entre acreedor y deudor; el deber es un imperativo para las personas a quienes se dirige, pero no un crédito a favor de nadie, mientras que la obligación es una deuda a favor de un crédito que puede ser exigido; el deber no es extinguible por su cumplimiento, pues tiene una vigencia permanente; la obligación, en cambio, se extingue cuando el deudor paga o se cumple algún otro modo de extinción de las obligaciones; el deber, en sí, no es patrimonial, pues radica en un imperativo moral, en tanto que la obligación civil tiene esa característica. Sin embargo, el ilícito que viola el deber, esto es la culpa o el dolo, genera la obligación patrimonial de indemnizar el daño causado. Pero la fuente de esta obligación no es el deber, sino el ilícito.

A pesar de estas diferencias, dice Emiliani Román, no sólo se suele llamar obligaciones a los deberes, sino que hay autores, como los Mazeaud, que afirman que la obligación de indemnizar a otro por el daño que se le haya causado, se origina en la violación de la obligación general de observar una diligente y prudente conducta para no causar perjuicio a los demás.

Es verdad que todo deber es una forma de conducta hacia un fin, aunque cada uno tenga un contenido distinto, de modo que se le llama obligación sólo en el sentido universal pragmático, de significar una conducta hacia un fin, pero en manera alguna porque pueda identificarse con la obligación civil.

Dice Emiliani Román que la palabra obligación penetra y se propaga en el propio Derecho Civil, en el que no sólo se llama impropiamente obligación a los deberes jurídicos, sino a las simples relaciones jurídicas, todo lo cual, como es obvio, oscurece la esencia y característica de la obligación civil, hasta el punto de complicar su distinción de nociones que le son afines.

Agrega Emiliani Román que de aquí surge la confusión generalizada sobre la obligación natural. Dice que se ha pretendido explicarla mediante su identificación con la obligación civil, quitándole a ésta la acción, como si fuera cosa de poca monta, todo lo cual es un rompecabezas inexplicable. Se comienza a comprenderla cuando se piensa que, admitiendo el Derecho una gran diversidad de obligaciones, la natural tiene una entidad propia que la puede explicar, sin necesidad de tener que desvirtuar el concepto de obligación civil.

En consecuencia, la palabra "obligación" es empleada en todas las actividades de valor del hombre, para señalar que tiene que observar una determinada conducta para la consecución de un determinado fin. Siempre que la conducta humana esté así dirigida hacia un fin, se dice que está obligada y que la respectiva persona tiene esa obligación.

En este sentido, todas las obligaciones son iguales, puesto que tienen una forma igual. Llámense religiosas, morales, socia-

les, económicas o jurídicas, significan esa relación de conducta de medio a fin. Pero se diferencian unas de otras por su contenido, identificándose cada una consigo misma y distinguiéndose de las demás.

Por ello las relaciones y deberes jurídicos, que son obligaciones en el sentido universal pragmático, no pueden confundirse con la obligación civil. Esta tiene un contenido específico que la diferencia de las otras nociones similares: es una vinculación jurídica entre acreedor y deudor que constriñe a éste a una determinada prestación, pudiendo el primero exigirla coactivamente en caso de incumplimiento.

Hasta aquí Emiliani Román, sobre cuyos comentarios nos hemos extendido debido a su riqueza y rigor conceptual.

La obligación, según Luis Diez Picazo y Antonio Gullón [8], es una situación bipolar que se encuentra formada, por un lado, por la posición de una persona llamada deudor, y por otro, por la posición de otra persona distinta llamada acreedor. El acreedor es titular de un derecho subjetivo (derecho de crédito), que le faculta para exigir frente al deudor lo que por éste es debido (prestación). Al mismo tiempo, como medida complementaria, el acreedor se ve investido de la posibilidad, en caso de incumplimiento, de proceder contra los bienes del deudor, así como investido también de una serie de facultades para la defensa de sus intereses. La segunda faceta o el segundo polo es la posición del deudor. El deudor es sujeto de un deber jurídico (deuda), que le impone la observancia del comportamiento debido y le sitúa en el trance de soportar, en otro caso, las consecuencias de su falta.

Como situación de dos polos, la "obligación" es una relación jurídica (relación obligatoria). La relación obligatoria es un cauce o un instrumento para que las personas puedan realizar actividades de cooperación social y más concretamente, para que puedan intercambiar bienes y servicios.

---

(8) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Página 175. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985.

Por su parte, Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[9], expresan que las Instituciones de Justiniano, al emplear en la última parte de su definición de obligación la expresión "según el derecho civil", carecen de vigencia en la actualidad. La tuvo en el Derecho Romano, cuando el Derecho Civil era aplicado únicamente a las relaciones jurídicas entre ciudadanos, en tanto que a las existentes entre quienes no tenían esta calidad (peregrinos, esclavos y extranjeros), las regía el **ius gentium**. Pero al desaparecer en el Derecho moderno este tipo de exclusiones, la definición ha debido quedar de esta manera: "La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe a pagar algo a otro."

Si analizamos esta definición, continúan Cazeaux y Trigo Represas, debe destacarse el vínculo jurídico, es decir, la relación jurídica que une al deudor con el acreedor; y los sujetos ligados por este vínculo: en un extremo el que debe pagar, o sea el deudor, y en el otro extremo el que tiene derecho al pago, es decir, el acreedor. En toda obligación, acreedor y deudor son términos que se corresponden: las dos caras de la misma medalla, los ha llamado Galli.

Dicen dichos autores que la palabra obligación ha sido objeto de usos impropios, no sólo en el lenguaje vulgar, sino también en el foro, en algunas obras de Derecho y hasta en los Códigos, lo que revela la conveniencia de estar prevenidos.

Citando a Alfredo Colmo, afirman que se conocen hasta ocho empleos inadecuados de esta palabra: a) se acostumbra denominar obligaciones a los deberes jurídicos en general; b) se emplea, por algunos, la palabra obligación en vez de contrato; c) se utiliza para designar con ella nada más que el aspecto pasivo de esta figura jurídica, o sea, la deuda; d) otras veces se le ha empleado para significar el lado activo de la obligación, o sea, el crédito; e) suele denominarse con dicha expresión, la prestación, que no es nada más que uno de los elementos constitutivos; f)

---

(9) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo 1, Páginas 5 y siguientes. Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1986.

frecuentemente se nombra así al instrumento que prueba la existencia de la obligación, vale decir, su forma; g) ciertos deberes de conducta, que no son típicamente obligaciones, han sido designados con esta palabra; y h) finalmente, dice Alfredo Colmo, se denominan obligaciones a los bonos, que son un tipo de empréstitos lanzados al mercado por las sociedades anónimas.

Raúl Sapena Pastor[10] señala que se puede prescindir de las definiciones y sólo admitir aquellas que al mismo tiempo sean preceptos legislativos, esto es, normas de conducta por respetar. Y ello, porque la ley es la expresión de la voluntad del legislador y nada agrega cuando, sin ordenar una norma de conducta, se dedica a precisar conceptos jurídicos. Esta no es tarea del legislador, sino del doctrinario, del profesor de Derecho.

Según agrega Sapena Pastor, Vélez Sarsfield -el codificador Argentino-, tan pródigo en definiciones, pues hay un centenar de ellas en su Código, al enfrentarse con la definición de las obligaciones, dijo: "Nos abstenemos de definir porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un Código de Leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la doctrina que en la ley. En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una materia especial. La definición exacta de los términos de que se sirve el legislador para expresar su voluntad, no entra en sus atribuciones. La definición es del dominio del gramático, del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario: y es de la atribución del profesor, cuando la expresión es técnica. En todo caso se hace extraña a la ley a menos que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirve a las ideas que reúnen exactamente todas las condiciones establecidas en la ley."

---

(10) SAPENA PASTOR, Raúl. Fuentes Próximas del Código Civil, Páginas 13 y siguientes. Editorial El Foro, Asunción, Paraguay, 1986.

Rodrigo Becerra Toro[11], siguiendo las pautas del profesor Valencia Correa, señala que se encuentra otra noción de las obligación, la del rey Alfonso El Sabio, de España, quien la definió como el "ligamiento que es fecho según ley et según natura", y agrega que dicho lazo o ligamento de derecho no puede ser suprimido o roto por el deudor, sino mediante la **solutio**, vale decir, el pago de lo que se debe al acreedor. Esta cita tiene por objeto resaltar en la definición transcripta la existencia de un vínculo jurídico entre dos partes y en torno a un objeto.

Según Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana[12], la obligación es una relación jurídica, esto es, una relación humana regulada por el Derecho. La expresión, según dichos tratadistas, resulta preferible a la de "vínculo", por su mayor precisión técnica y porque la relación jurídica obligacional es una de las varias relaciones jurídicas que surgen de la conducta humana. Se la elige, además, en vez de "situación jurídica", porque denota adecuadamente la conexión de los sujetos activo y pasivo de la obligación.

Se trata, asimismo, de un deber, de la necesidad jurídica mencionada en la definición romana, que precisamente nace de esta relación jurídica. Es un deber específico y calificado en virtud del cual el cumplimiento de la obligación no es un acto libre, de concesión o de gracia por parte del deudor.

Existe un sujeto pasivo, o deudor, -agregan-, que debe cumplir frente a un sujeto activo, o acreedor. Aquél tiene una deuda y éste un crédito. Ello no impide que en ciertas circunstancias existan créditos y deudas recíprocos. Esto ocurre con gran frecuencia, y necesariamente, por ejemplo, en todo contrato de compraventa, en que el comprador y el vendedor son recíprocamente acreedores y deudores de la cosa y el precio.

---

(11) BECERRA TORO, Rodrigo. Obligaciones Civiles. Fuentes y Formas, Páginas 37 y siguientes. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987.

(12) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo I, Páginas 8 y siguientes. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1988.

Aparece, además, la prestación, que importa el comportamiento y actitud debidos. Aquí señalan que la prestación puede tener diversas manifestaciones: una entrega, o dar, como en la compraventa; una actividad, o hacer, cuando el deudor se obliga a la ejecución de un hecho; una abstención, esto es un no hacer, cuando el deudor asume la obligación de no efectuar determinada actividad.

Llambías[13] expresa que la noción vulgar de obligación alude a todo vínculo o sujeción de la persona, cualquiera sea su origen o contenido. En este sentido, son obligaciones los deberes impuestos al hombre por la moral, por los usos y conveniencias sociales, en fin, por las normas jurídicas, ya sean éstas del Derecho Público o Privado.

En un sentido técnico, añade, propio de la ciencia jurídica, se designa con la palabra "obligación" sólo aquellos deberes impuestos por el Derecho, susceptibles de estimación pecuniaria, que consisten en dar, hacer o no hacer algo por una persona en favor de otra.

No basta que el deber lo imponga el Derecho para que se trate de una obligación técnicamente hablando: existe el deber de votar o de prestar el servicio militar, el deber de fidelidad conyugal y el deber de respetar a los padres, todos los cuales son imperativos contemplados por la ley, pero no son obligaciones, en el sentido que usa este vocablo la ciencia del Derecho. Desde otro punto de vista, no es indispensable que el deber de satisfacer una prestación se origine en el Derecho positivo para que surja la obligación. Las obligaciones naturales, fundadas sólo en el Derecho Natural y en la equidad, son sin duda verdaderas obligaciones, pues importan el deber de satisfacer una prestación susceptible de apreciación pecuniaria y el Derecho positivo las contempla para atribuirles cierta eficacia jurídica. De ahí que el pago

(13) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I, Páginas 7 y siguientes. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983.

de una obligación natural no sea un pago sin causa, que autoriza la repetición, como lo sería si la obligación natural fuese jurídicamente inexistente.

Resumiendo las consideraciones expuestas, añade Llambías, es dable decir que la obligación es la relación jurídica en virtud de la cual alguien denominado deudor debe satisfacer una prestación a favor de otro llamado acreedor.

Adicionalmente, expresa, se suele designar con la palabra obligación al contrato que puede originarla; y agrega que éste es un resabio que ha quedado en el lenguaje de los prácticos, de la antigua confusión de los contratos y las obligaciones.

En el concepto expresado por Llambías, él pone de relieve las siguientes ideas:

(a) "Relación jurídica". No basta decir, expresa Llambías, como lo hiciera Demogue y siguen diciéndolo Lafaille, Galli y Bayley, que la obligación es una situación jurídica, pues con esta expresión no se capta el dinamismo propio de la obligación que no es un fenómeno inerte sino pleno de energía jurídica. No consiste en un simple estar (situación), sino en un estar con respecto a otro, bajo la sujeción de alguien, o en la expectativa de la prestación a otro, bajo la sujeción de alguien, o en la expectativa de la prestación que alguien debe satisfacer. Es lo que denota el término "relación jurídica" que resulta especialmente apropiado para relevar la esencia de obligación. Por lo demás, la locución "situación jurídica" tiene un significado de diferenciación de la mera "relación jurídica" en materia de efectos de la ley con relación al tiempo.

(b) "...en virtud de la cual". La relación jurídica es la causa eficiente del estado de sometimiento que afecta al deudor y de la expectativa ventajosa que favorece al acreedor.

(c) "Deber de satisfacer una prestación". Este es el contenido de la obligación que se traduce en el compromiso de un determinado comportamiento del deudor y la consiguiente expectativa favorable del acreedor.

(d) No hace al concepto de obligación la coercibilidad de la conducta del deudor. La compulsión por parte del acreedor es congruente con la naturaleza de la obligación, pero no hace a su esencia. Por ello es que no existe facultad de compeler el cumplimiento de la obligación natural; sin embargo ésta, aunque imperfecta, no deja de ser verdadera obligación.

Cabe aquí recordar que, al iniciar esta exposición, cuando se cita a Pothier, éste manifiesta, refiriéndose a la obligación natural, que ella es también, en un sentido menos propio, una obligación perfecta, descartándola, por consiguiente, de la clasificación de las obligaciones imperfectas.

Ernesto Clemente Wayar[14], por su parte, señala que la palabra "obligación", en su más amplio sentido, sirve para designar toda conexión, correspondencia o comunicación en los seres vivientes. Cuando son los hombres los que se relacionan entre sí, cada vínculo establecido entre ellos constituye una relación social. Toda relación social, agrega, captada por el Derecho objetivo, es llamada relación jurídica. Las normas dirigen el actuar de las personas, es decir, describen el comportamiento de los sujetos relacionados y prescriben, para cada vinculación, determinada consecuencia jurídica. De ahí que la relación social constituye el supuesto de hecho de la norma y como resultado de la regulación de que es objeto se convierte en relación jurídica.

La relación jurídica, añade Wayar, queda configurada, entonces, cuando el Derecho objetivo capta una relación entre personas, establecida para la consecución de fines considerados dignos de tutela, y le atribuye a una (o varias) de ellas un poder y le impone a otra (u otras) el deber correlativo. Poder y deber son emanaciones del orden jurídico.

Toda relación jurídica, dice Wayar, contiene el binomio poder-deber. Sin embargo, los atributos del poder, así como las mo-

(14) WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil. Obligaciones, Tomo I, Páginas 1 y siguientes. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1990.

dalidades del deber, varían según las necesidades y los requerimientos humanos.

En la relación de obligación, el poder sólo puede ser ejercido frente a determinada persona, que está obligada a satisfacer el interés de aquél que goza del poder. Se requiere la cooperación del sujeto pasivo, porque es precisamente el comportamiento de éste el que habrá de satisfacer, normalmente, el interés de quien ostenta el poder. La relación es de obligación porque poder y deber materializan un vínculo jurídico concreto y perfectamente localizado entre dos personas o centros de interés: el sujeto activo tiene derecho a exigir que el sujeto pasivo observe una conducta específica y éste está obligado a observar esa conducta.

La palabra "obligación", dice Wayar, tiene diversas acepciones, que conviene señalar para identificar a aquéllas que no son propias de la genuina significación que el lenguaje jurídico le conoce.

Es inapropiado llamar "obligación" ya al lado pasivo, ya al lado activo de la relación jurídica, considerándolos aisladamente. La voz "obligación" designa la relación completa, es decir, la total relación de obligación que se integra sin posibilidad de decisión, con el crédito y la deuda.

En su acepción más amplia, se usa la palabra "obligación" para designar todo sometimiento o sujeción de una persona respecto de otra persona, de la sociedad o del Estado, cualquiera que sea el origen o la naturaleza del deber impuesto. Con este alcance, deberes tales como el de respetar los símbolos patrios, el de guardar fidelidad al otro cónyuge, el de denunciar a los autores de un delito de acción pública, etc., serían "obligaciones". Sin embargo, si bien se trata de verdaderos deberes jurídicos, ninguno de ellos constituye una típica relación de obligación, ya sea porque la conducta debida por el obligado carece de contenido patrimonial, ya sea porque esa conducta no es debida a una persona determinada, ya sea por la ausencia de algún otro requisito esencial.

Es común, por otra parte, aunque no menos equivocado, llamar "obligación" al contrato que le sirve de causa o al instrumento en el cual consta.

Con el aporte de las distintas opiniones, según Wayar, no es difícil señalar cuáles serían las notas típicas de la obligación:

(1) Poder o derecho de crédito, cuyo titular es el sujeto activo o acreedor;

(2) Deber jurídico -correlativo del poder-, que incumbe al sujeto pasivo o deudor;

(3) Vínculo jurídico, que enlaza los términos poder-deber;

(4) Prestación o conducta debida por el deudor, que debe tener valor patrimonial;

(5) Interés del acreedor en obtener la prestación, que puede ser no patrimonial;

(6) Responsabilidad del deudor.

Sintetizando lo expuesto, añade Wayar, es posible describir la obligación como la relación jurídica en virtud de la cual una persona -deudor- tiene el deber de cumplir una prestación con valor patrimonial en favor de otra -acreedor-, que tiene, a su vez, un interés tutelable, aunque no sea patrimonial, en obtener de aquélla la prestación o, mediante la ejecución forzada, el específico bien que le es debido.

La obligación, continúa Wayar, es una relación jurídica porque para que ella exista es necesario que una persona haya entrado en "contacto" con otra, ya por actos lícitos, ya por actos ilícitos, ya por simples hechos; ese contacto constituye una relación social, que al ser reconocida y regulada por el Derecho se transforma en una típica relación jurídica. Una relación jurídica es "de obligación" cuando las normas le imponen a una de esas personas el deber de cumplir (deudor), y le atribuyen a la otra el poder para exigir el cumplimiento (acreedor).

Uno de los rasgos típicos de la relación de obligación se descubre en el vínculo jurídico que ella crea entre deudor y acreedor. Las particularidades que presenta el vínculo permiten diferenciar la relación de obligación de las distintas especies de relaciones reales, en las cuales lo preponderante es el contacto entre el sujeto activo o titular del derecho y la cosa sobre la cual ejerce su señorío, en tanto que el comportamiento de los sujetos pasivos es apenas secundario o accesorio.

La prestación que debe cumplir el deudor, agrega Wayar, debe tener valor patrimonial. Para fundar esta afirmación es ya clásico argumentar lo siguiente: si la prestación no tuviera ese valor, el deudor que dejara de cumplir no tendría la obligación de indemnizar, pues esta obligación no es otra cosa que la reparación pecuniaria por falta de cumplimiento de una prestación con valor pecuniario. Pero no ocurre lo mismo con el interés del acreedor en obtener la satisfacción de su crédito, pues ese interés puede no ser patrimonial; así ocurrirá, por ejemplo, cuando el interés del acreedor se funde en razones morales o afectivas.

Wayar distingue entre "objeto" y "prestación", al señalar que son conceptos diferentes: el objeto es el específico bien al que tiene derecho el acreedor; la prestación es el medio por el cual se proporciona ese objeto.

Wayar añade que, cuando el deudor no cumple con su deber de prestación y, pese a ello, el acreedor conserva su interés en el específico bien que le es debido, puede recurrir a la ejecución forzada con el fin de obtenerlo. De esta afirmación se extraen dos conclusiones: la ejecución forzada -que es un aspecto de la responsabilidad del deudor- se dirige a la obtención del bien debido. Y la indemnización del daño que puede sufrir el acreedor -que es otro aspecto de la responsabilidad del deudor- no es un efecto de la obligación, sino una consecuencia del incumplimiento. No se busca, en este caso, el objeto específico; se busca una indemnización sustitutoria. Este segundo aspecto de la responsabilidad del deudor, señala Wayar, está excluido de la descripción, lo cual se explica porque el deber de indemnizar constituye una nueva obligación.

Para concluir con los diversos autores citados, Héctor Negri[15] mantiene una posición original.

Dice Negri que la obligación es indefinible, por lo menos conceptualmente. De igual modo que como ocurre respecto de ciertos datos últimos de la sensibilidad, colores, sonidos, etc. y con relación a objetos ideales elementales. Existe una imposibilidad, que deriva de sus propias condiciones ontológicas y que por eso mismo es insuperable para traducir en palabras definitorias su realidad entitativa.

La obligación, agrega Negri, es, en efecto, un cierto tipo de género supremo que no puede ser encuadrado dentro de un género más vasto, para derivar por diferencia específica sus caracteres conceptuales; y es un ente simple que no puede tampoco, por su unicidad última, desplegarse, desarrollarse en una definición conceptual.

Según Negri la indefinibilidad no es, por supuesto, argumento contra la existencia de la obligación en sí misma, ni significa que deba aparecer confundida con otros objetos con los cuales convive en una esfera de existencia.

Indica solamente que no es posible aludir a ella sino a través de equivalencias verbales, bien a través de metáforas (de aproximaciones figuradas, indiciarias apenas de su concepto) como procura hacerlo la célebre fórmula de las Instituciones.

Ni unas ni otras (ni sustituciones ni metáforas) significan, sin embargo, una definición en el sentido riguroso de despliegue conceptual que tiene el término.

El problema que plantea la imposibilidad de definir la obligación puede quedar de alguna manera soslayado, si se recurre al empleo de expresiones equivalentes. En este sentido, que una

(15) NEGRI, Héctor. La Obligación, Páginas 17 y siguientes. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, marzo de 1970.

cierta conducta sea obligatoria significa que esa cierta conducta "debe" ser hecha. O bien, que según las determinaciones del orden de que se trate está "prohibido no" hacerla o "no está permitido no" hacerla.

De esta manera, prohibido, obligatorio y no permitido (permitido, formulado de manera negativa) son términos interdefinibles, que allegan posibilidades de sustitución recíproca, si se los expresa en proposiciones adecuadamente formuladas.

Aquí citamos a Negri sobre los conceptos que sustentan su tesis de que la obligación es indefinible. Dice Negri, en suma, lo siguiente:

"La obligación no es una propiedad de la conducta, ni un elemento que la integre o constituye. Se trata de un fenómeno externo que de alguna manera 'se pone' o 'incide' sobre la misma, manteniéndose sin embargo como una entidad distinta de ella."

"La obligación es el resultado de un acto de preceptuación (de mando). Es la norma, observada desde el punto de vista subjetivo. No hay verificación de la existencia de una obligación sino a través de la suposición o constatación de un acto mandante."

"La obligación es intencional: Tiende hacia ... El hombre es su término central de convergencia. La obligación es siempre obligación para (o sobre) un hombre."

"La obligación no alcanza al hombre en sí mismo, como tal, en su sola situación o condición humana, sino que lo 'obliga' a una cierta actuación. De esta manera, la obligación al proyectarse 'sobre' un hombre converge al mismo tiempo 'respecto de' una cierta conducta potencial suya."

"La obligación promueve éticamente la realización, por parte del hombre obligado, de la conducta 'respecto de' la cual se proyecta."

"La conducta promovida éticamente no siempre se realiza sin embargo. En los hechos, la obligación tolera la posibilidad de la transgresión."

"La obligación converge 'respecto de' una conducta futura."

"La obligación converge 'respecto de' una conducta determinada."

"La obligación converge 'respecto de' una conducta posible."

"La 'conducta obligada' (futura, determinada y posible) puede consistir tanto en un hacer como en un omitir."

"La 'conducta obligada' puede tener o no un contenido patrimonial."

En nuestra opinión, y con ello concluimos el tema, en lenguaje común "obligación" es el vínculo que nos impone el cumplimiento de un deber. En consecuencia, el término "obligación" equivale al de un "deber". Esta aproximación genérica debemos utilizarla como guía para llegar a la definición que nos interesa, esto es al concepto de obligación desde una perspectiva jurídica.

Esa óptica enmarca la obligación dentro del campo del Derecho. La definición del Derecho -al menos desde un punto de vista filosófico- es bastante compleja y excede a los fines de este trabajo. Pero lo que sí es cierto es que la función principal del Derecho es la de regular conductas -entendidas como comportamientos concientes y voluntarios de los seres humanos- entre personas, para permitir el desarrollo de la vida en sociedad. En este orden de ideas, la obligación constituye una relación jurídica existente por lo menos entre dos personas, llamadas deudor y acreedor, es decir, entre un sujeto pasivo y un sujeto activo.

Cabe añadir que el Derecho no regula cualquier tipo de conducta. El sólo se ocupa de aquellas relaciones y comportamientos que merezcan su tutela. De allí que la obligación, en tanto relación jurídica, tenga como finalidad la satisfacción, por parte del

deudor y en favor del acreedor, de un interés digno de protección jurídica.

Otra característica del Derecho es su capacidad coercitiva a partir de una actividad estatal, que constituye nota distintiva entre el orden jurídico y las relaciones sociales, religiosas o morales. Por ello la obligación no sólo implica la sujeción del deudor para satisfacer el interés del acreedor a través de un comportamiento determinado (llamado prestación), sino también el poder del acreedor para compeler a su deudor a fin de que cumpla con aquello a que se obligó. Esto es consecuencia del "vínculo" o "relación jurídica". En caso contrario las obligaciones no tendrían razón de ser para el Derecho, pues las personas cumplirían con sus deberes atendiendo al dictado de su conciencia, a sus principios religiosos o a las formas sociales, lo que sería propio del orden moral, religioso o social, pero de ninguna manera del orden jurídico.

De acuerdo con esos conceptos, consideramos que la obligación constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el "poder" o "derecho de crédito" para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la prestación, o la cumple defectuosamente, por razones a él imputables, responde con sus bienes de dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley.

(3) EVOLUCION DE LAS OBLIGACIONES.

Algunos conceptos hemos desarrollado en la Nota Preliminar sobre esta materia. Sin embargo, debemos ser más explícitos.

Dice René Demogue[16] que todos los autores modernos re-

---

(16) DEMOGUE, René. Traité des Obligations en Général, Tomo I, Parte

producen o se conforman con traducir la definición de las Instituciones de Justiniano, que hizo fortuna. Agrega que Pothier la reprodujo y que el Código Civil Francés se inspiró en ella.

Sea admitida ya en la última etapa del Derecho Romano, o bien en el Derecho Privado moderno, esta definición de la obligación no es más que el punto de llegada de una evolución más amplia. Las obligaciones en la Roma primitiva eran más bien un derecho del acreedor que se refería a la persona del deudor, de la misma manera que el derecho de propiedad se refiere a la cosa. La definición moderna traduce, entonces, el concepto de obligación tal como se forma en las civilizaciones adelantadas en su evolución.

Ampliando conceptos, Héctor Lafaille[17] expresa que la noción de "obligación", abstractamente considerada, no se conoció en la Roma primitiva. Siglos después, Paulo, en un pasaje que insertó luego el Digesto, nos revela que había transcurrido la etapa donde se ligaba por este medio. Con mucha exactitud, señala Lafaille, ha podido enseñarse que esto nos transporta a un orden de ideas enteramente nuevo, al sustituir el materialismo originario por el imperio de la voluntad. El factor de la fe empeñada ("**fides**") se destaca en algunos textos, como en el que la misma recopilación tomó de Papiniano. El acreedor es entonces "quien cree", esto es, el que da su corazón y su confianza a quien promete llenar lo prometido y de cuya lealtad puede esperarse. Al comienzo esto era meramente religioso y moral: todo aquél que violaba su palabra incurría en la cólera divina y en la deshonra.

Los conceptos cambian con Justiniano y los libros de Derecho reproducen las Instituciones, estimando que sintetizan del mejor modo posible los caracteres de la obligación, reduciéndose, cuando más, a breves agregados.

Primera, Capítulo Primero, Páginas 3 y siguientes. Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie., rue Soufflot, 14, París, 1923.

(17) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 12 y siguientes.

La variante de mayor interés y que contribuye a dotar de una elasticidad mayor al concepto, según Lafaille, es la que tiende a sustituir el término "vínculo", que se juzga de estilo metafórico y de aplicación estricta, por el giro "situación jurídica", sin duda más comprensivo.

Lafaille se ratifica en la certidumbre de que la vieja definición no perjudica al progreso científico, siempre que se le interprete y aplique de acuerdo con las actuales circunstancias. A ello se reducen, después de analizadas, las reformas sugeridas, sin que con el transcurso de los siglos alcance a modificarse en lo fundamental la fórmula secular.

Por su parte, Roberto de Ruggiero[18], en la misma línea de pensamiento, expresa que la noción de la relación obligatoria acogida por el Derecho moderno no difiere en sus líneas generales de la tan admirablemente construida por los jurisconsultos romanos. En ésta, más que en ninguna otra esfera del Derecho Privado, las doctrinas romanas han conservado toda su vitalidad, en forma tal que no es posible entender gran parte de las normas actuales sin recurrir a los precedentes romanos. Esto no quiere decir que la materia no haya sufrido modificaciones por efecto del Derecho intermedio, y aun puede afirmarse que las ha sufrido profundas. Desapareció el formalismo rígido que impedía la libre voluntad de crear vínculos sin la observancia de formas solemnes o determinadas; se sustituyeron los férreos principios que antes imperaban por aquél otro, según el cual la voluntad, como quiera que se manifieste, y el simple consentimiento, son elementos decisivos en la generación obligatoria; se modificó también otro principio, que los romanos acataron siempre: el que la obligación no pudiese transmitir ni constituir derechos reales, y fue suplantado por el moderno, que admite la adquisición de los derechos reales con sólo mediar el simple consentimiento. Sobre este punto más adelante expresamos nuestro parecer, al analizar la obligación de dar bienes en propiedad.

---

(18) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo II, Páginas 7 y siguientes.

Josserand[19], refiriéndose a las obligaciones naturales en el Derecho Romano, enseña que esta clase de obligaciones era muy numerosa; la teoría, aparentemente nacida bajo la influencia del estoicismo, tendía, en gran parte, a reaccionar contra ciertos principios demasiado rigurosos del **jus civile**, contra diversos prejuicios. Por ejemplo, contra la idea de que ciertos seres humanos no eran personas: un esclavo no podía hacer nacer una obligación civil; pero sí podía dar nacimiento a una obligación natural. Lo mismo ocurría con el individuo que había sufrido una **capitis diminutio:** liberado civilmente de sus deudas anteriores, continuaba obligado **naturaliter**. Así también con el hijo de familia y, más generalmente, con las personas sometidas a la patria potestad: entre el **pater familias** y ellas no podían nacer obligaciones civiles, pero seguía abierto al campo de las obligaciones naturales. Finalmente, los pactos no sancionados por el **jus civile** eran generadores de obligaciones naturales.

Estas diferentes fuentes de obligaciones naturales desaparecieron después, con el acceso de todos los seres humanos a la personalidad y con la atenuación del formalismo. En el antiguo Derecho Francés la teoría se restringe, y en el Derecho moderno igualmente: muchas obligaciones, naturales antes, se han convertido en civiles; ya no hay esclavos de **capitis diminutio**; la personalidad de los hijos no se absorbe ya en la de los padres; por lo general ya no están los contratos sometidos a formas solemnes, sino que cada vez se hace sentir más la necesidad de abrir el acceso del pretorio a ciertas obligaciones que no son civiles, que no son perfectas, y de otorgar también un lugar en el Derecho a la moral, al "imperativo de la conciencia". Sin duda el acreedor no puede imponer la ejecución al deudor, pero, si éste la ejecuta voluntariamente, no puede volver sobre la prestación efectuada; se le rehusa la **conditio indebiti**.

Según Ambroise Colin y Henri Capitant[20], la evolución del

(19) JOSSERAND, Louis. Derecho Civil, Tomo II, Volumen II, Páginas 567 y siguientes. Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1952.

(20) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Páginas 69 y siguientes. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1955.

Derecho en esta materia ha consistido en una dulcificación progresiva y constante de la condición del deudor, en el paso de la ejecución en la persona a la ejecución en los bienes.

En las legislaciones antiguas, en Roma sobre todo, era la persona del deudor la que respondía de sus obligaciones. A falta de pago, sufría las penas más rudas. Acaso, en un principio, podía ser muerto y despedazado por sus acreedores. El famoso **partes secanto** de la Ley de las XII Tablas se refería a esta fase. En todo caso, la historia puede determinar una época en la que el deudor insolvente quedaba sometido a servidumbre, aprisionado por el acreedor para trabajar en su beneficio. Pero este rigor primitivo se dulcificó en Roma. Desde el período de las acciones de la ley se ven aparecer ciertos procedimientos de ejecución en los bienes. En el procedimiento formulario, hacia fines del siglo VI de Roma, los acreedores recurrieron a un procedimiento nuevo de aplicación general: la venta en bloque del patrimonio del deudor, especie de liquidación que se parece en mucho al concurso de acreedores.

Después de la caída del Imperio Romano se vuelve durante algún tiempo a las antiguas concepciones, a las penalidades decretadas contra los deudores insolventes. Estos incurren, ya en penas corporales, como los azotes y la prisión, ya en penas religiosas, como la excomunión. Sin embargo, a partir del siglo XII se establecen medidas de ejecución en los bienes, primero en los bienes muebles solamente, después en todos los bienes, muebles e inmuebles. Al lado de estos procedimientos de ejecución patrimonial subsiste, sin embargo, la prisión por deudas.

En nuestros días, la evolución puede considerarse, por lo tanto, como terminada. Ya no es realmente la persona la que debe, es su patrimonio. A lo más se puede encontrar el vestigio de las antiguas penas contra los insolventes en los restos que aún subsisten de la prisión por deudas y de las incapacidades en que incurren los comerciantes quebrados.

Según Henri, Léon y Jean Mazeaud[21], los derechos occidentales y sus satélites se han inspirado muchísimo en las reglas propuestas por los juristas del Derecho Romano Clásico, tal como nos han llegado a través de las compilaciones de Justiniano.

Los juristas romanos -los Prudentes- llegaron a ser maestros en esta esfera y supieron crear, al hacer abstracción del objeto particular de cada obligación y de la personalidad de los obligados, una verdadera aritmética de los derechos de las obligaciones. Su contribución resulta preciosa en extremo y tan sólo un estudio de sus trabajos permite adquirir la maestría técnica indispensable para comprender las materias de las Obligaciones.

Esa construcción lógica de las relaciones entre acreedores y deudores está sometida, aunque menos que las restantes esferas del Derecho, a la evolución. El derecho de la familia, los regímenes patrimoniales, las sucesiones, descansan sobre consideraciones sociales y políticas que se modifican sin cesar. El derecho de propiedad está también, aunque en menor grado, bajo la dependencia de tales factores. La obligación forma un islote de resistencia en ese Derecho movedizo. Así se comprende la universalidad del Derecho de las Obligaciones.

En su misma obra, los Mazeaud explican que suele admitirse generalmente que la noción de obligación, más exactamente, el estado de obligado, surgió a propósito de los actos ilícitos, es decir, en materia delictual. La víctima de un "agravio" tenía el derecho, con la asistencia de su clan, de ejercer su venganza sobre el responsable. Esa venganza, sin freno en un principio, fue reglamentada por la ley del grupo, la costumbre. La primera limitación parece haber sido la ley del Talión: "Ojo por ojo, diente por diente"... Después, para librarse de la venganza, se permitió al autor del daño que propusiera una composición (**poena**); se celebraba un acuerdo (**pactio**) sobre el importe de esa **poena**, de la cual se convertía así en deudor, frente a la víctima, el autor del daño.

(21) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen I, Páginas 9 y siguientes.

Más tarde aún, el legislador obligó a la víctima a aceptar la responsabilidad; esta noción es todavía la del Derecho Penal moderno.

En materia contractual, la voluntad era impotente para crear obligaciones, que no podían nacer sino del cumplimiento de formalidades. El contrato-tipo del antiguo Derecho Romano es la **stipulatio**, que exige la pronunciación de palabras solemnes. El formalismo pierde, no obstante, parte de su rigidez antes del final de la República. Se admite que las formalidades no eran suficientes. Además, para la conclusión del contrato, era indispensable una voluntad sana. Pero, sobre todo, aparecen los contratos consensuales, contratos para los cuales no se requiere formalidad alguna. Por último, para los restantes negocios jurídicos, se abandonó el rigor del formalismo, del que ya no se comprendía la necesidad: la estipulación subsiste, pero sus formas se simplifican, y se convierte en el molde donde resulta fácil vaciar todos los contratos.

El Derecho Canónico debía perfeccionar su evolución.

En el terreno de los actos ilícitos, desde fines del siglo XII hace que germine la idea de que toda culpa -y no solamente aquellas catalogadas por ley en los casos por ella previstos- obliga a su deudor a reparar el perjuicio que haya causado.

La regla canónica no triunfará definitivamente sino en el siglo XVII, gracias a Loysel, y luego por la autoridad de Domat.

El consensualismo fue adoptado por los redactores del Código Napoléon como corolario de la autonomía de la voluntad.

En el Derecho Romano Clásico el contrato es creador únicamente de obligaciones; es impotente para transmitir la propiedad. Esa transmisión no se realiza más que por modos apropiados, solemnes. Luego de la venta, el vendedor sigue siendo propietario; pero es deudor de la obligación de transmitir la propiedad. Para cumplir esa obligación, debe proceder con el comprador a un acto jurídico diferente del contrato de compraventa, que se concreta

con la tradición, que consiste en una entrega de la posesión de la cosa.

Poco a poco se asiste a una "desmaterialización" del acto traslativo; se contentan las partes con una tradición simbólica, por ejemplo, con la entrega del documento en que constaba la venta. Esta evolución, agregan los Mazeaud, prosigue en el antiguo Derecho Francés, donde se adoptó la costumbre de mencionar mendazmente por escrito el cumplimiento de la obligación (cláusula de desposeimiento-posesión).

Los redactores del Código Civil remataron esa evolución al consagrar el principio de la transmisión "**solo consensu**", como consecuencia de la autonomía de la voluntad. La voluntad, todopoderosa para crear obligaciones, es omnipotente asimismo para realizar, sin ninguna formalidad, una transmisión de Derechos reales, precisamente en ejecución de la obligación misma.

La transmisión de las obligaciones era imposible en su origen. En la actualidad se ha llegado, en el Derecho Francés, a realizar la cesión de créditos; pero la cesión de las deudas permanece imposible, al menos directamente.

El espíritu de las obligaciones ha sido modificado profundamente en el curso de una evolución que el historiador sigue sin esfuerzo desde el Derecho Romano arcaico hasta nuestros días.

La técnica misma ha experimentado algunas transformaciones, pero tan sólo secundarias. Lo esencial de la construcción romana, que ha pasado al Código Napoléon, subsiste. En efecto, se comprende que el mecanismo de la obligación -la técnica según la cual nace, funciona y desaparece- haya podido permanecer casi intacta, pese a la evolución sufrida por la libertad contractual y la fuerza del vínculo obligatorio.

Luis María Rezzónico[22], en fin, expresa que según el siste-

(22) REZZONICO, Luis María. Estudio de las Obligaciones en Nuestro

ma de la Ley de las XII Tablas, si el deudor, ligado a su acreedor por un **nexum**, no cumplía la obligación, transcurrido un mes desde la condena de pago, el acreedor podía ejercer contra él la "**actio judicate per manus injectionem**", en mérito de la cual el magistrado le adjudicaba a la persona del deudor. Este era entregado al acreedor por el término de dos meses, pasado el cual debía ser llevado hasta el **forum**, por si alguien se interesaba en su rehabilitación y pagaba por él la deuda. Si esto no ocurría, el deudor quedaba convertido en esclavo y podía el acredor proceder a su venta, en las márgenes opuestas del río Tíber.

Con las leyes Poetelia Papiria, del año 428, y Vallia, del año 468, quedó abolido el **nexum** y encadenamiento y castigos del deudor, que ya no podía ser vendido como esclavo, aunque sí podía ser obligado a trabajar para el acreedor. Además, los acreedores podían optar entre la ejecución de los bienes o la persona de su deudor, para que le prestara servicios, y por la Ley Julia, dictada por César Augusto, los deudores honestos y de buena fe podían sustraerse a toda coacción personal haciendo cesión de sus bienes en favor de sus acreedores.

Pero no obstante estos arbitrios para casos especiales, la prisión por deuda existió a través de toda la Edad Media hasta mediados del siglo pasado.

Hasta aquí Luis María Rezzónico.

Nos corresponde recordar, en primer término, que la vida del Derecho Romano en el tiempo es también la del pueblo romano. Esto es desde la fundación de Roma, en el año 753 a. de C., hasta el reinado del Emperador Justiniano (527-565 d. de C.). Pero después de Justiniano y de desaparecido por completo el Imperio, continuó existiendo y desarrollándose el Derecho en una pequeña ciudad asentada en el Palatino (Roma cuadrada), para concluir por ser un Derecho universal de todo el mundo conocido de los antiguos.

Derecho Civil, Volumen I, Páginas 107 y siguientes. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961

Por eso se habla, en materia de Derecho, de los períodos de la infancia (hasta las XII Tablas), juventud (hasta Cicerón), madurez (hasta Alejandro Severo) y vejez (hasta Justiniano). Otros señalan, como períodos, la Monarquía, la República, la época de los Emperadores paganos y la época de los Emperadores cristianos.

Durante la Monarquía (de los años 753 a 245 a. de C.) la fuente más importante del Derecho es la costumbre, además de la ley. En el segundo período (República y principios del Imperio), aparece como fuente del Derecho no escrito la equidad, el **jus gentium.** En el primer período de los emperadores paganos aparecen las Constituciones imperiales. Y luego toman auge las Instituciones, descollando las de Gayo, Ulpiano y Paulo y la sabiduría de Papiniano, para culminar con Justiniano, con el Código, el Digesto o las Pandectas y sus célebres Instituciones. Justiniano, el gran codificador, deja huella indeleble.

Como se ha expresado, en el Derecho Romano primitivo - cuando se empleaba el término **nexum**, derivado de anudar- el vínculo obligacional no implicaba una relación entre deudor y acreedor para que en caso de incumplimiento éste pudiera disponer del patrimonio del primero, tal como ocurre en el Derecho moderno. Lo que sucedía era que el acreedor tenía la disposición sobre la persona (entendida como el cuerpo físico) de su deudor. Esto suponía que la condición de deudor lo obligaba con su persona y lo reducía a una posición servil. El acreedor podía encadenar a su deudor, azotarlo, venderlo como esclavo y, en algunos casos, matarlo más allá del río Tíber.

Cuando se produce la expansión romana por el mundo italiano, las relaciones jurídicas que incluyen a las obligacionales se convierten en más frecuentes y complejas, a tal punto que el descontento que generaba esa solución tan drástica para el deudor fue atenuándose: el acreedor podía capturar a su deudor incumplido y exigirle sus servicios; pero no podía encadenarlo, azotarlo, venderlo como esclavo, y menos, desde luego, matarlo. Paulatinamente fue pues desapareciendo la responsabilidad sobre la persona del deudor para trasladarla a su patrimonio, tal como sucede en la actualidad en la gran mayoría de los países.

En la época cumbre de la recopilación del Derecho Romano, las Instituciones de Justiniano definen el concepto de obligación, tal como antes lo hemos señalado, el mismo que hoy conserva sorprendente actualidad.

El Derecho Canónico, con su enorme desarrollo a partir de la Edad Media, impregnó los conceptos romanos con los principios de la moral cristiana. Uno de sus principales aportes fue el concepto de la "buena fe", entendido como la creencia en la palabra empeñada, asimilando al pecado de la mentira el hecho de no cumplir una promesa.

Mientras los romanos eran básicamente formalistas, los canónicos consideraban que la palabra empeñada era suficiente, sin importar la forma en que ella se expresara.

Otro aporte importante del Derecho Canónico es el de la causa, como fundamento para sostener la eficacia y exigibilidad de las promesas. De ella se derivan principios contractuales modernos, tales como la "**exceptio non adimpleti contractus**" (excepción de contrato no cumplido) y la resolución del contrato por incumplimiento de las partes. El concepto de la causa implicaba, para los canonistas de la Edad Media, un equivalente en las prestaciones. Esto determinó que se prohibiera la usura y se creara la teoría de la lesión, institución esta última acogida por numerosos Códigos Civiles, incluido el peruano.

Dentro del campo de la "buena fe" aparecieron nuevas teorías como la del abuso del derecho y la imprevisión (cláusula "**rebus sic stantibus**"), que son reguladas por el Derecho moderno.

Lo importante del Derecho Canónico, con sus aportes durante la Edad Media, es la prevalencia de los principios morales que enaltecen a la norma jurídica. Sin embargo, no obstante esta influencia canonista, subsistía el individualismo romano, ya que los canonistas se preocupaban por la salvación del alma y, por lo menos, en principio, no prestaban mayor interés al cuerpo social en que actuaba el ser humano.

En conclusión, en el Derecho de Obligaciones el sustento esencial lo encontramos en el Derecho Romano, singularmente, desde luego, en las concepciones que se lograron luego de varios siglos de evolución, hasta llegar a una perfección instrumental que, en muchos casos, permanece vigente hasta nuestros días.

Los canonistas de la Edad Media han desempeñado, en esta materia, papel preponderante, destinado a empapar a la norma jurídica de principios éticos y morales, sin olvidar la considerable influencia de los pandectistas alemanes. A partir de allí, fueron los predecesores del Código Napoléon -Dumoulin, D'Argentre, Domat, Pothier- quienes hicieron aportes fundamentales a la materia. Y el desarrollo continúa a partir del Código Napoléon, a través de las numerosas legislaciones que se dictan a su amparo, hasta la promulgación del Código Civil Alemán de 1900. Luego la evolución no cesa y a la luz de los Códigos Francés y Alemán, se promulga esa gran obra legislativa que es el Código Italiano de 1942, con influencia determinante en todas las legislaciones civiles de los últimos cincuenta años.

(4) NATURALEZA JURIDICA DE LA OBLIGACION.

El concepto de obligación determina que necesariamente deba existir un crédito y una deuda. Es imposible concebir esta categoría jurídica sin esas calidades. Forzosamente hay en toda obligación un sujeto activo y un sujeto pasivo, lo que permite poner de relieve el predominio humano sobre los elementos materiales. Esta reciprocidad, deuda y crédito, corresponde a la misma prestación. Entre los dos requisitos hay una verdadera equivalencia jurídica. Y ambos conceptos están vinculados entre ellos, a través de una relación jurídica exigible y con consecuencias patrimoniales, al menos para el deudor.

Según Karl Larenz[23] , el ordenamiento jurídico no se conforma, por lo general, con imponer al deudor una obligación y reconocer con ello al acreedor un derecho a la prestación; se preocupa también de que en caso necesario pueda el acreedor realizar su derecho. La comunidad jurídica no se enfrenta espontáneamente con el deudor moroso, sino encomienda al acreedor la decisión y el momento en que quiera perseguir su derecho. Mas para el caso de que se decida la persecución jurídica, pone a su disposición su autoridad y su poder para que consiga lo que le pertenece. Le otorga la posibilidad de demandar la prestación del deudor, y si después de ello el deudor es condenado a cumplirla, hace posible la ejecución forzosa. Sin esta posibilidad, y teniendo en cuenta que la acción directa está en principio excluida en aras de la paz jurídica, quedaría el acreedor librado a la buena fe del deudor, que siendo siempre de fundamental importancia, no es en muchos casos bastante para garantizar el cumplimiento de la pretensión jurídica.

El Código Alemán, al referirse al hecho de que el acreedor puede "exigir" la prestación, indica también la posibilidad de exigirla ante los tribunales, es decir, que se refiere a la accionabilidad de la pretensión y con ello a la realizacion del crédito por la vía jurídica. Puede el acreedor, sin que sea preciso que la ley lo diga expresamente, demandar la prestación ante los tribunales y, en tanto pruebe la legitimidad de la pretensión por él entablada, conseguirá la condena del deudor a cumplir la prestación exigida. En caso de que la prestación sea imposible, por causa imputable al deudor, podrá pedir en lugar de ella la indemnización de perjuicios.

El derecho a demandar una determinada acción u omisión se denomina "pretensión". Puede decirse, pues, que el derecho a la prestación que cabe exigir frente al deudor constituye una pretensión. Mas con ello no debe pensarse que se ha definido de modo exhaustivo la misma esencia del crédito. El carácter primario del crédito no lo constituye la "pretensión", es decir, la posibilidad de realizarlo, sino el derecho inherente a la prestación que es el reverso del "estar obligado" del deudor frente al acreedor. Dicho de otro modo: el concepto del crédito tiene un contenido que excede de la pretensión. Esto no se reconoce siempre claramen-

(23) LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I, Páginas 27 y siguientes. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

te, pero es importante para comprender el sentido del crédito no realizable.

Por lo general, agrega Larenz, en la comunidad jurídica organizada, en el Estado, cabe exigir judicialmente cualquier crédito. Existen, empero, créditos que no cabe ya realizar. Subsisten entonces como tales créditos, es decir, como un derecho a la prestación, pero carecen del carácter de pretensiones. Pensemos principalmente en los créditos prescritos, que ya no cabe exigir en tanto el deudor haya alegado la prescripción. Subsiste en este caso el derecho a la prestación, pero el deudor no puede ser ya condenado a cumplirla. El acreedor carece de la posibilidad de exigir judicialmente su derecho de crédito. La excepción de prescripción significa, así contemplada, el derecho del deudor a excluir la condena a cumplir la prestación, a pesar de que subsista su obligación. En caso de que haga uso de ese derecho, le quedará al acreedor un crédito que no es exigible judicialmente, que ya no constituye una "pretensión".

En cuanto al juego y la apuesta no autorizados, como quiera que la ley reprueba, en general, tales contratos, es evidente que de ellos no puede surgir obligación. No concurre, pues, en tales casos, una obligación jurídica a cumplir la prestación para la que quepa establecer alguna caución, como sucede con la deuda ya prescripta. Si a pesar de ello determina la ley que en tales casos no cabe repetir el pago, considera aquí, al igual que en otros casos, la existencia de un deber moral o de "una consideración de decoro" como fundamento jurídico suficiente para la prestación, sin reconocer por ello como "deberes jurídicos" tales deberes morales o consideraciones de decoro.

La realización judicial del crédito, que se inicia con la presentación de la demanda, desemboca, una vez condenado el deudor, en la ejecución forzosa. Se dice entonces que el deudor "responde" de su deuda con su patrimonio.

La expresión "responsabilidad" se utiliza en lenguaje jurídico en diferentes acepciones. Se habla, por ejemplo, de "responsabilidad por culpa" y de "responsabilidad por riesgo", de responsabilidad por los auxiliares o de responsabilidad por el órgano. En todos estos casos lo que se quiere decir es que alguien responde por una determinada conducta propia o por la de otras personas o por determinados riesgos, y ello de tal suerte que ha de satisfacer la correspondiente indemnización de daños.

El hecho de que todo deudor responda, en principio, por cualquier deuda frente al acreedor con todo su patrimonio, no es natural, sino que descansa en una larga evolución del Derecho de obligaciones y del Derecho de ejecución.

El Derecho vigente no conoce sino la responsabilidad patrimonial; mas, de modo diferente a lo que ocurría en el Derecho Germánico, no precisa un acto especial de fundamentación, sino que está en principio unida a toda deuda, y ello en general como responsabilidad patrimonial ilimitada. De acuerdo con la concepción actual, todo aquel que asume una obligación responde, en caso de incumplimiento, con todo lo que le pertenece.

En algunas ocasiones la responsabilidad está limitada. Por ejemplo, cuando un garante otorga, para responder por una obligación, hipoteca sobre un bien inmueble de su propiedad, pero no garantiza el pago del íntegro de la obligación.

En conclusión, responde de la deuda el patrimonio del deudor, de modo ilimitado por lo regular y en determinados casos limitadamente. La posibilidad de encontrar así satisfacción al crédito no está garantizada sino en tanto y en cuanto sea suficiente el patrimonio del deudor y no se adelanten otros acreedores. Una garantía mayor, sin duda, obtiene el acreedor mediante la contribución de un derecho real de garantía.

Finaliza Larenz expresando que la relación de obligación extinguida a consecuencia del cumplimiento de los deberes de prestación no desaparece del mundo del pensamiento jurídico. Conserva su importancia como "fundamento jurídico" de la prestación realizada. Así, por ejemplo, cuando el vendedor ha entregado la mercancía en el plazo previsto y el comprador ha pagado el precio, se ha extinguido la relación de compraventa, es decir, ha dejado de existir como conjunto de deberes y derechos entre las

partes. Pero el hecho de que haya existido sigue teniendo importancia para la subsistencia de la propiedad y la posesión del comprador, en el sentido de que éste, de otro modo, hubiera obtenido la mercancía sin "fundamento jurídico". Por consiguiente, la relación de obligación extinguida por el cumplimiento de los deberes de prestación de ambas partes, conserva su importancia como "fundamento jurídico" de las prestaciones realizadas. De ahí que por el cumplimiento de los deberes de prestación no se extingue la relación de obligación sin dejar huella, sino que se "suprime" en el doble sentido de que desaparece como relación de obligación, pero se conserva y subsiste con significado distinto como fundamento jurídico de las prestaciones realizadas.

Por su parte, Henri, Léon y Jean Mazeaud[24] recuerdan que al definir la obligación han indicado sus caracteres esenciales: 1) la obligación es un vínculo de derecho; 2) de naturaleza pecuniaria; y 3) entre personas.

La obligación, en su primer carácter esencial, es un vínculo de Derecho, pues estar ligado es tanto como estar obligado. Por lo general, el acreedor puede recurrir a la fuerza pública para constreñir al deudor. Sin embargo, esa posibilidad no es de un carácter específico de la obligación. Existen, sin duda muy excepcionalmente, pero existen, pese a todo, obligaciones para las cuales no hay ese recurso: las obligaciones naturales. Incluso cuando la obligación no resulta susceptible de cumplimiento forzoso, el deudor "debe" cumplir; si cumple con la prestación, es porque está obligado a hacerlo.

Los autores alemanes lo han indicado claramente: han descompuesto la obligación en dos elementos; la **Schuld** y la **Haftung**: 1) La **Schuld** (deuda, débito) es un deber jurídico que impone el cumplimiento de una prestación, el pago. Si el pago se realiza, la **Schuld** desaparece. Cuando la obligación se incumple, aparece la **Haftung**; y 2) La **Haftung** es la coacción que permite al acreedor, en caso de incumplimiento de la deuda, pasar a la

(24) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen I, Páginas 11 y siguientes.

ejecución forzosa y dirigirse contra la persona o la cosa que responde de la deuda: el propio deudor, un fiador, una prenda, una hipoteca.

Esa descomposición analítica podría, por otro lado, llevarse más lejos. Sería más lógico disociar la obligación en tres elementos: la deuda, la responsabilidad en caso de incumplimiento y la coacción. En efecto, es esencial distinguir la deuda, tal como la misma resulta, por ejemplo, de un contrato, de la obligación que pesa sobre el deudor que no haya cumplido el contrato, y que es diferente de la deuda primitiva.

En todo caso, según los Mazeaud, la distinción de los autores alemanes entre la deuda y la coacción es importante: se acaba de indicar que existen deudas sin coacción; se encuentran asimismo coacciones sin deuda. El fiador está obligado por la deuda ajena; el inmueble hipotecado está sujeto verdaderamente en garantía de una deuda que puede no ser la de su propietario.

El segundo carácter se refiere a la naturaleza pecuniaria de la obligación. La obligación es un derecho que puede ser valuado en dinero, un derecho patrimonial.

Parece, entonces, que el ámbito de la obligación está separado del de los derechos de la personalidad por un compartimiento estanco. Es exacto que los derechos de la personalidad, como los Derechos de Familia, la autoridad paterna, el derecho al honor, a la vida, a la libertad, se encuentran fuera del Derecho de las Obligaciones. No obstante, ambas esferas se penetran. En el Derecho de Familia la obligación alimentaria tiene un carácter pecuniario, pese a su aspecto familiar. La privación de la patria potestad hace que pierda su titular el derecho de goce legal y libera al hijo de su obligación alimentaria. Toda violación del honor, de la integridad física, origina un crédito por daños y perjuicios. El hombre que arrienda sus servicios es deudor de una obligación que solicita su cerebro, sus músculos, y que implica el riesgo de comprometer su salud.

El tercer carácter señalado por los Mazeaud alude a que la obligación constituye un vínculo entre personas.

Alfredo Colmo[25], por su parte, expresa que si la obligación es un vínculo en cuya virtud podemos compeler a alguien a que nos dé, haga o deje de hacer algo, quedaría por demostrar que en todos los casos en que uno debe dar, hacer o no hacer algo, está sujeto a una relación obligatoria. Sin embargo, hay obligaciones que son impuestas por la amistad, el respeto, la cortesía, la sociedad, la moral, etc. Y no puede afirmarse que en cualquiera de tales supuestos medie una obligación en el sentido que aquí corresponde.

De consiguiente, sólo cabe entender por obligación aquella que es exigible civilmente, vale decir, que da derecho ante la ley civil para compeler, para forzar al obligado a su cumplimiento.

Pero con esto no se hace más que alejar la dificultad, pues no se la disipa. Cabalmente, queda por determinar cuáles son las obligaciones que en Derecho Civil resultan exigibles. Y esta determinación es asaz delicada, por lo mismo que el Código no contiene, ni podría contener, el respectivo catálogo, ni aun la regla general que precise y limite los supuestos.

No se adelantaría gran cosa con decir que al efecto es menester que la obligación entrañe contenido o bien objeto patrimonial o económico. Además de que no se agota con ello todo el campo de las obligaciones, pues quedan fuera las que no dimanan ni de un contrato ni de ningún acto jurídico (como son las derivadas de los actos ilícitos), siempre perdura la incógnita que en este caso se resuelve en precisar qué se entiende por contenido patrimonial o pecuniario de una obligación.

Antonio de la Vega Vélez[26] dice que la obligación reposa en una relación de dependencia. El deudor, en lo referente al cumplimiento de la prestación que le incumbe, está sometido al acreedor. La libertad del primero, en cierto modo, resulta limitada por el segundo. Si no mediara esta sujeción, la obligación sería ineficaz, pues en caso de renuencia por parte del obligado, el interés del acreedor no podría satisfacerse. De ahí que para garantizar el respeto de las obligaciones, la ley confiera a los titulares de un derecho de crédito medios de coerción encaminados a evitar que el deudor se sustraiga al cumplimiento de sus deberes. Estos medios de coerción que atan, que ligan, que vinculan al sujeto pasivo con el activo, constituyen el vínculo jurídico.

---

(25) COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General, Páginas 4 y siguientes. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.

(26) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones, Páginas 3 y siguientes. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1978.

Ese nexo, esa dependencia, los asegura el poder social por medio de sanciones que tienden a constreñir al deudor a ejecutar la prestación que le corresponda o a resarcir daños que el incumplimiento de ella ocasione al acreedor. Este, para obtener la aplicación de tales sanciones, goza de las acciones inherentes a su derecho de crédito.

El vínculo analizado no es de Derecho subjetivo, sino de Derecho objetivo, es decir, se compone de un conjunto de reglas positivas establecidas por el legislador para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

El derecho de crédito se ejerce siempre contra una o varias personas determinadas. Unicamente al deudor o deudores puede exigírseles el cumplimiento de la prestación debida.

El derecho de crédito tiende a la satisfacción de un interés privado del acreedor. Este interés del sujeto activo, que es el resorte de su derecho, consiste en la ejecución de la prestación debida. El objeto de la obligación y el deber del deudor se confunden.

Por lo tanto, si no existe el interés del acreedor, no habrá obligación. Y si es satisfecho, aunque no lo sea por el propio deudor, la obligación se extingue, por haberse desvanecido el interés del acreedor cuya satisfacción perseguía. La obligación es un medio de satisfacer ese interés. Esto nos explica por qué razón, cuando la prestación debida no sufre con ello alteración, puede ejecutarla persona distinta del deudor.

Este interés privado del acreedor, característica de toda obligación, no tiene por qué ser invariablemente un interés económico. En muchos casos el fin de la obligación puede ser intelectual o moral.

El deber que, en virtud de la obligación, incumbe al deudor, por tratarse en todos los casos de acciones u omisiones, consiste invariablemente en la ejecución de un acto humano. Es una consecuencia de la relación obligatoria imponer limitaciones en el obrar del sujeto pasivo, cuya conducta dependerá en mucho de la voluntad del acreedor. Tal sujeción, en la época presente, es menos acentuada que en los tiempos del antiguo Derecho Romano, en que el vínculo obligatorio tenía carácter tan rígido y personal, que no se concebía siquiera que el acreedor pudiese, por acto entre vivos, traspasar sus derechos a un tercero, a fin de que los ejerciera en su lugar con respecto al deudor. Y con la abolición, en el Derecho contemporáneo, de la prisión por deuda, esta dependencia individual derivada de la obligación se ha atenuado más aún.

El respeto a la voluntad del hombre y la preocupación de garantizar su libertad han eliminado la coacción personal de que antes disponía el titular de un derecho de crédito para forzar al deudor al cumplimiento de sus prestaciones. Con este fin la ley se limita a otorgar medios económicos de coerción al acreedor insatisfecho.

Según Francesco Messineo[27], el Derecho objetivo de las obligaciones regula las relaciones que nacen de la obligación, entendida como el conjunto (o la unidad) del Derecho subjetivo del acreedor (derecho de crédito, lado activo de la relación obligatoria) y del deber (débito) del deudor (lado pasivo de la relación obligatoria), que corresponde a aquél.

Los dos lados o aspectos de la relación obligatoria son

(27) MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, Páginas 3 y siguientes. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979.

conexos entre sí, en el sentido de que son interdependientes; el uno no existe sin el otro.

Sin embargo, estos dos momentos lógicos de la obligación no deben colocarse en el mismo plano: no es una casualidad el que la designación que comprende la relación se expresa como "obligación". En efecto, en cuanto exista un deber de prestación, nace un correspondiente derecho del acreedor: no viceversa. Un derecho (del acreedor) que dé después origen al deber de un deudor podría encontrar su base en la norma jurídica, no en la obligación.

Por obligación, o relación obligatoria, debe entenderse, en efecto, una relación entre dos sujetos (al menos), en virtud de la cual uno de ellos (deudor; llamado, a veces, "promitente") queda "obligado", esto es, sometido a un deber, o "comprometido" frente al otro (acreedor; llamado a veces "estipulante") a cumplir una prestación, o sea, a desarrollar una actividad determinada patrimonialmente valorable, y se atribuye al acreedor un correspondiente poder que consiste en la pretensión a la prestación.

De tal pretensión nace, a favor del acreedor, la ulterior posibilidad de obtener eventualmente (en el caso de incumplimiento) el cumplimiento específico en vía coactiva de la prestación, o bien de obtener igualmente, en vía coactiva, su equivalente pecuniario, bajo forma de resarcimento del daño.

En el término obligación hay una clara alusión a lo que se llama el vínculo, o sea a la sujeción, al sometimiento del deudor, al deber de cumplimiento. Vínculo obligatorio es el ligamen que constriñe al deudor, limitando su libertad de acción; vínculo que está legitimado por los principios, en cuanto por lo general deriva de la determinación del obligado; el cual asume, precisamente, libremente una limitación a la propia libertad. Se comprende que tal limitación no debe ser de duración excesivamente larga, ni indeterminada en el tiempo.

La relación obligatoria constituye una peculiar "situación" jurídica, respecto de los sujetos que participan en ella, y de la cual

nacen deberes, de un lado, y derechos, del otro. A veces, pudiendo la obligación encontrar su origen en un negocio jurídico de contenido particular (contrato llamado con prestaciones recíprocas), es posible que cada uno de los sujetos sea, al mismo tiempo, deudor y acreedor.

Raimundo Emiliani Román[28] señala que siempre tenemos el deber de obrar diligentemente para no perjudicar a los demás. Esa norma de conducta no es una obligación, sino un deber que impone una conducta general que no se agota con un cumplimiento, y que, propiamente, no da un crédito en favor de cada persona contra todas las demás, pero cuya violación configura un ilícito que, a su turno, genera una obligación.

Discrepa, por tanto, de quienes piensan que ese deber es una obligación jurídico-civil que, al violarse, genera la responsabilidad de indemnizar. En realidad, dicho deber está lejos de ser una fuente de obligaciones. Lo que viene a ser fuente de obligaciones es el ilícito que causa daño, el delito o la culpa, con fundamento, naturalmente, en la violación del deber jurídico que tenemos de obrar diligentemente para no causar daño a los demás.

Este vínculo o atadura es de carácter jurídico, es decir, que se rige por las reglas del Derecho. En virtud de él, el deudor se halla jurídicamente obligado, y si no cumple, o sea si no paga, el acreedor puede recurrir a la fuerza pública para constreñirle al pago, ya sea directo o indemnizatorio, por los perjuicios causados.

Está generalizado en la doctrina el concepto de que el constreñimiento al deudor no es de la esencia de la obligación, puesto que existen obligaciones, como las naturales, que no dan acción, sino excepción, para retener el pago, a pesar de lo cual son tan obligaciones como las demás, porque el deudor "debe" jurídicamente aunque no pueda ser compelido.

---

(28) EMILIANI ROMAN, Raimundo. Op. cit., Páginas 17 y siguientes.

Emiliani Román se aparta de este concepto: cree que las obligaciones naturales, realmente, no son obligaciones civiles sino simplemente morales, a las cuales el Derecho les da cierta validez como compensación por haberlas tenido que extinguir o anular por simples razones técnicas, en contra de la justicia. Es un arrepentimiento del Derecho ante la necesidad técnica de desconocer un derecho.

Así, pues, la deuda jurídica del deudor le da al acreedor derecho de apremio. Hay en esto una diferencia tajante con la obligación moral, cuyo cumplimiento forzado repugna. Pero esta diferencia no quiere decir que la obligación jurídica no pueda ser moral; por el contrario, toda obligación jurídica es, al mismo tiempo, moral. Así, el deudor debe jurídica y moralmente, pues estando el derecho engastado en la moral, quien se obliga o está obligado jurídicamente lo está también moralmente. La conducta del deudor, por lo tanto, puede ser evaluada desde ambos puntos de vista, teniéndose en cuenta, en todo caso, que la obligación jurídica permite el constreñimiento al deudor para que pague, porque no busca el mérito o demérito de dicha conducta, sino la satisfacción del crédito del acreedor, mientras que la obligación moral rechaza el cumplimiento forzado, justamente porque lo que busca es el mérito o demérito de la conducta del obligado.

En virtud de la obligación, pues, el deudor debe jurídicamente. Por este aspecto, la obligación es un deber jurídico de pagar. Si no paga, el deudor puede ser constreñido al pago directo o al indemnizatorio de los perjuicios causados.

Los autores alemanes han distinguido estos dos elementos integrantes del vínculo jurídico, como antes se ha señalado: la **Schuld**, que es la deuda o deber jurídico de pagar, y la **Haftung**, que es el constreñimiento que permite al acreedor, en caso de incumplimiento del pago de la deuda, exigir su cumplimiento forzado, ya directamente, ya contra los bienes del deudor para venderlos y pagarse los perjuicios causados por dicho incumplimiento.

Esta distinción de los autores alemanes es utilizada por la doctrina predominante para explicar la obligación natural que con-

tiene deuda (**Schuld**), pero no constreñimiento (**Haftung**); así como a la inversa, se puede presentar ésta sin aquélla, como la caución de terceros, cuyos bienes son constreñidos sin deuda. Pero Emiliani Román no comparte esta apreciación, porque no cree que haya deuda civil en las obligaciones naturales; en cambio, considera que sí la hay en las segundas hipótesis, por cuanto el caucionante contrae la obligación de responder. Cosa distinta, agrega, es el interés que puede haberlo inducido a asumir esa responsabilidad.

Por su parte, Antonio Hernández Gil[29] añade que la obligación se diferencia del deber general en que éste sólo expresa el directo sometimiento a las normas, mientras que a través de la obligación ese sometimiento se traduce en un concreto deber de conducta hacia otros que integra el contenido de la obligación. Esto acontece en los denominados deberes jurídicos particulares, por contraposición a la general idea del deber como expresión de la fuerza obligatoria del Derecho.

Las características de la obligación, según Hernández Gil, son principalmente las siguientes:

(1) El deber jurídico integrado en relación obligatoria asume la fisonomía de la deuda y el Derecho subjetivo, o poder jurídico correspondiente a aquel deber, asume la fisonomía del crédito. No hay deuda sin crédito y a la inversa.

(2) El deber es aquí un deber de prestación. Con esto quiere decirse que el deber se contrae a un comportamiento determinado de la persona, pero no absorbe a ésta en su integridad. Una obligación que afectara a la persona del obligado en su plenitud, pugnaría con elementales principios jurídicos y sería radicalmente nula.

(29) HERNANDEZ GIL, Antonio. Derecho de Obligaciones, Páginas 63 y siguientes. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Editorial CEURA, Madrid, 1983.

(3) La obligación en este sentido específico, o sea como deber de prestación, se caracteriza también por que puede expresar por sí sola la relación existente entre dos o más personas. Los deberes, por ejemplo, entre los cónyuges o entre padres e hijos, son la consecuencia del **status** creado por el matrimonio o la filiación. En materia de obligaciones acontece que la obligación es todo y sólo lo que media entre los que la contraen. Por eso, cumpliendo los deberes de prestación, la obligación se agota o extingue, en tanto que cumpliendo los deberes familiares, no se pone término a la relación.

(4) Generalmente la prestación sobre la que recae el deber es susceptible de una valoración económica, pero la patrimonialidad no se puede elevar a nota absolutamente caracterizadora de la obligación. De un lado, porque a través de la patrimonialidad no se delimitan y singularizan únicamente los deberes de prestación que integran las obligaciones propiamente dichas, ya que al menos en igual medida concurre esta nota en los Derechos Reales. Y, de otro lado, porque la patrimonialidad es una exigencia de algunas de las consecuencias de la ejecución forzosa, mas no requisito indispensable de la prestación ni, consiguientemente, de la obligación.

Tomando por base un postulado Kantiano, acogido por los pandectistas, vino a considerarse que rayaba en la herejía la creencia de que las cosas pudieran constituir objeto de las relaciones jurídicas. Se proclamó que éstas son siempre relaciones entre personas. Las cosas, se sostiene, podrán ser el objeto del objeto, su soporte físico, su dimensión económica, pero en ningún caso el objeto en sí, jurídicamente entendido. Las cosas quedan siempre al margen de él. El objeto de la obligación lo constituye el comportamiento del deudor, la conducta activa u omisiva a que esté obligado, o lo que es lo mismo, la prestación depurada de toda presencia de cosas.

Esta tesis, sin embargo, según Hernández Gil, no parece plenamente justificada, porque la total exclusión de las cosas del

objeto no es posible; aunque admite que es cierto que no son las cosas el objeto, sino la prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Según Jacques Dupichot[30], si procedemos de lo general a lo particular, la terminología jurídica distingue, en primer lugar, el derecho llamado objetivo o regla de derecho abstracto, de los llamados derechos subjetivos.

Estos últimos consisten en las prerrogativas o los deberes que corresponden a los que participan en la vida jurídica (llamados sujetos de derecho o también personas jurídicas, físicas o morales), por aplicación de la regla abstracta al caso concreto ("sólo debo a plazo, luego me niego a pagar antes del vencimiento"). Una obligación, según Dupichot, es un derecho subjetivo.

Agrega que entre los derechos subjetivos ciertos derechos que no representan un valor pecuniario, directo y negociable, están vinculados a la persona misma de sus titulares; por ser extraños a la vida de los negocios, se llaman derechos extra patrimoniales (por ejemplo, los derechos del individuo sobre el nombre, el honor, los derechos de familia, etc.). Tales derechos, que se encuentran fuera del comercio, constituyen la excepción, porque en principio todo derecho es patrimonial y, por ende, valorable en dinero y cedible. La obligación es un derecho subjetivo o patrimonial. Es un bien llamado incorporal (puesto que consiste en un derecho). Sin embargo, de ciertos derechos extrapatrimoniales (por ejemplo, de la filiación) nacen ciertos derechos patrimoniales (sucesión intestada).

Luis Diez Picazo y Antonio Gullón[31] expresan que la existencia en la obligación de dos elementos distintos ha sido puesta de relieve por los historiadores al estudiar los textos del Derecho Romano y del Derecho Germánico. Toda obligación comprende -

(30) DUPICHOT, Jacques. Op. cit., Páginas 3 y siguientes.
(31) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen II, Páginas 176 y siguientes.

se dice-, como fenómenos separados, la deuda y la responsabilidad. La deuda (**debitum, Schuld**) indica el deber de realizar una prestación. La responsabilidad (**obligatio, Haftung**) es la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor.

Si bien en períodos históricos anteriores, la deuda y la responsabilidad han podido funcionar separadamente -se podía deber y no ser responsable o se podía ser responsable sin deber-, en el Derecho moderno no ocurre lo mismo. Deuda y responsabilidad son dos ingredientes institucionales del fenómeno de la obligación, que no constituyen relaciones jurídicas autónomas y distintas. La responsabilidad sólo encuentra su justificación a través de la idea previa del deber jurídico. Se es responsable porque se debe o se ha debido algo. No existe responsabilidad sin previo deber, y un deber que quiera ser calificado como jurídico constituye bajo una u otra forma un caso de responsabilidad.

Sin embargo, un sector de autores ha pensado en la existencia de hipótesis en que deuda y responsabilidad aparecen como fenómenos independientes y autónomos. En el concepto de las obligaciones naturales habría una deuda sin responsabilidad. Pero éstas son tan sólo deberes morales. Se dice, por otra parte, que todas las veces en que alguien garantiza una deuda ajena, asume una responsabilidad, pero que no debe. Asume una responsabilidad si el deudor, simplemente, no cumple. Pero en rigor, el garante está también obligado, bien en grado subsidiario, bien al mismo nivel que el propio deudor.

Otra situación es la de deuda con responsabilidad limitada. Es posible, en lugar de gozar el acreedor de un poder de agresión contra todo el patrimonio de su deudor, cuando incumple el deber que pesa sobre él, que quede circunscrito a ciertos y determinados bienes. Pero aquí, según los autores que sostienen esa tesis, estaríamos ante una cobertura incompleta de la deuda y no ante una disociación entre deuda y responsabilidad.

Ernesto Clemente Wayar[32], en fin, expresa que toda obliga-

(32) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 30 y siguientes.

ción contiene un deber jurídico, pero no todos los deberes jurídicos son obligaciones. Los deberes jurídicos conforman un género, y sólo una de sus especies integra la relación de obligación.

Los deberes jurídicos, en general, presentan una nota común: les imponen a las personas la necesidad de observar determinada conducta. Si se los mira desde esta perspectiva, no se advertirá ninguna diferencia entre el deber de un deudor y el deber de todo ciudadano de respetar los símbolos patrios o el deber de un padre de educar a sus hijos, pues en todos los casos el deber impone la necesidad de una conducta.

Para distinguir el deber jurídico obligatorio, es decir, el deber de obligación, de aquellos otros que no son técnicamente obligaciones, es necesario señalar los caracteres típicos y específicos de aquel deber.

(a) La relación de obligación crea un vínculo jurídico entre acreedor y deudor; pues bien: el deber que pesa sobre el deudor lo obliga a desplegar parte de su actividad en beneficio del acreedor. Pero el comportamiento del deudor tiene un destinatario preciso y determinado. De ahí que se afirme que la obligación es una "relación entre personas determinadas."

(b) Puesto que el comportamiento debido es llamado "prestación", al deber de cumplirlo se le denomina "deber de prestación", y debe tener un valor económico para el deudor. Esta es una de las particularidades más importantes de la obligación: la patrimonialidad de la prestación.

(c) El deber de la prestación se dirige a satisfacer el interés, patrimonial o no del acreedor, y éste está autorizado para exigir el cumplimiento.

Por ausencia de alguna de las características apuntadas, no constituyen obligaciones las siguientes:

(a) Los deberes jurídicos genéricos, en los cuales no existe un sujeto activo determinado.

El ordenamiento jurídico impone deberes que incumben a todos los miembros del cuerpo social, tales como el de no dañar a otros, o el de respetar los derechos ajenos. Estos deberes no constituyen obligaciones, porque si bien es posible localizar al sujeto pasivo -depositario del deber-, no es factible individualizar al sujeto activo, ya que éste no existe -salvo que se atribuya tal carácter a la sociedad toda- mientras que el deber no es violado. En otros términos, antes de la violación del deber no hay vínculo jurídico alguno, con la consiguiente ausencia de acreedor y deudor.

(b) Deberes jurídicos sin contenido patrimonial. Estos deberes jurídicos que, si bien se establecen entre personas determinadas, carecen de contenido económico o patrimonial -como ocurre, por ejemplo, con los deberes impuestos por las relaciones de familia- tampoco son "obligaciones" en sentido técnico. La relación jurídico-matrimonial crea entre los esposos un complejo conjunto de derechos y deberes, como el de cohabitar, el de guardarse recíproca fidelidad, el de prestarse recíproca asistencia moral, etc. Tales relaciones familiares crean lazos espirituales no mensurables "económicamente"; de ahí que no quepa hablar de "prestación" para hacer referencia al comportamiento debido por uno de los cónyuges al otro. Lo mismo sucede con las relaciones paterno-filiales, que generan deberes sin contenido económico.

Sin embargo, siempre que el comportamiento debido sea apreciable patrimonialmente se estará en presencia de una "obligación", aun cuando se trate de una relación jurídica familiar. Es lo que ocurre con el deber de prestación alimentaria, que sí tiene un claro contenido económico y que es pasible, además, de ejecución forzada.

Wayar agrega que la obligación es una relación entre personas: el deudor tiene el deber jurídico de desarrollar una prestación; el acreedor tiene el derecho de que su interés sea satisfecho mediante esa misma prestación. Este proceso se desarrolla normalmente cuando el deudor despliega la conducta esperada y satisface al acreedor, con lo cual la obligación se extingue y el

deudor queda liberado, sin necesidad de que el proceso pase a una segunda fase.

Si el deudor deja de adoptar la conducta debida, será necesario averiguar si, a pesar de tal inconducta, el acreedor puede todavía recibir aquello que específicamente se le debía. Aquí se ingresa al terreno de la ejecución forzada. En definitiva, el cumplimiento voluntario o, en su caso, la ejecución forzada, agotan el concepto de obligación. Eso, y sólo eso, es la obligación.

Si bien la ejecución forzada se funda en la subsistencia del "deber de prestación", ello no significa que el deudor no pueda incurrir, como constantemente sucede, en responsabilidad frente al acreedor. En tal caso, al "deber de prestación" se le sumará el "deber de reparar". Pero uno y otro tienen distinto origen: el primero deriva de la obligación misma; el segundo, del daño causado al acreedor. La diferencia es importante, porque el deber de prestación no necesita ser probado, pues proviene de la misma obligación que está ejecutando el acreedor, en tanto que el deber de reparar requiere inexcusablemente la prueba del daño que le ha dado nacimiento.

Después de analizar las teorías de algunos ilustres civilistas sobre la naturaleza jurídica de la obligación, pasamos a tratar dos temas que, a nuestro juicio, son medulares para resolver materia tan delicada y compleja. Primero, los alcances de las obligaciones civiles, de los deberes jurídicos con contenido patrimonial, de los deberes jurídicos sin contenido patrimonial, de los deberes morales o de solidaridad social, y de los deberes generales. Y luego, la propia naturaleza jurídica de la obligación civil.

La obligación civil es un deber jurídico. Pero con las obligaciones civiles no se agotan los deberes jurídicos, los deberes morales o de solidaridad social, ni los deberes generales. El ámbito de los deberes jurídicos, morales y generales, es amplísimo y excede, largamente, la noción de obligación civil.

Por esas razones efectuamos la clasificación siguiente:

(1) En primer término, existen las obligaciones civiles, las mismas que requieren de contenido patrimonial. Ya nos hemos referido extensamente a ellas en el curso de este trabajo.

Son obligaciones civiles típicas, por ejemplo, las que provienen de un contrato de compraventa. Por él, conforme al artículo 1529 del Código Civil Peruano de 1984, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero. Existen aquí acreedores y deudores recíprocos, prestaciones, vínculo o relación jurídica de la que deriva su exigibilidad, y patrimonialidad.

Por otra parte, constituyen obligaciones civiles las que nacen de la voluntad unilateral. Vamos a poner tan sólo dos ejemplos. Primero, el caso del testador, quien impone determinadas modalidades obligacionales en sus disposiciones de última voluntad. El día en que tal testador fallece, automáticamente, inflexiblemente, sin solución de continuidad, se establece la relación obligatoria, por ejemplo, entre sus herederos y un legatario, este último favorecido por las modalidades obligacionales. O el caso de la promesa unilateral, prevista por el artículo 1956 del Código Civil, en virtud de la cual el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona. Aquí, desde que el destinatario presta su asentimiento expreso o tácito, se convierte en acreedor de la prestación, la cual opera retroactivamente al tiempo de la promesa.

Es también obligación civil la de prestar alimentos, porque ella origina una relación acreedor-deudor, por un vínculo que emana de la ley, con la característica de patrimonialidad. El hecho del nacimiento o del matrimonio, la existencia de ascendientes, descendientes o hermanos, determinan que imperativamente se deban en forma recíproca alimentos, como lo ordena el artículo 474 del Código Civil. Conviene en esta instancia llamar la atención respecto al erróneo concepto en que incurren algunos autores, al descartar la obligación civil del Derecho de Familia. Es verdad, como luego vere-

mos, que usualmente de los derechos de familia tan sólo emanan deberes jurídicos, generalmente sin contenido patrimonial. Pero también es cierto que en algunos casos, como en la obligación de prestar alimentos, nace una verdadera obligación civil.

Constituyen obligaciones civiles, en fin, todas las previstas por las relaciones de responsabilidad extracontractual a que se refieren los artículos 1969 y siguientes del Código Civil. No aludimos desde luego a la circunstancia de que cada persona sea acreedora de todas las demás personas del planeta por la simple existencia de la ley. Pero sí afirmamos, y lo hacemos enfáticamente, que la obligación civil nace, por orden de la ley, desde el momento en que una persona, por dolo o por culpa, causa un daño a otra, o desde que aquél que usa un bien riesgoso o peligroso, o ejercita una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro. En ese instante surge la obligación de indemnizar, y esta obligación, qué duda cabe, es de carácter civil.

(2) Luego existen los deberes jurídicos con contenido patrimonial. Tratamos, dentro de esta denominación, a las llamadas obligaciones naturales. Empleamos la expresión "obligaciones naturales" por estar divulgada, pero su uso importa, a nuestro juicio, una "**contradictio in adjecto**" o una "**contradictio in terminis**". Aquí no hay obligación porque no existe exigibilidad. Se trata, simplemente, de un derecho que carece de acción, y por tanto debe clasificarse como un "deber jurídico con contenido patrimonial".

Citaremos los dos únicos casos previstos por nuestra ley civil, que a su turno son clásicos en la doctrina. El de las obligaciones declaradas prescritas, en las que si se efectúa el pago el acreedor no puede repetir (artículo 1275 del Código Civil). Y el del juego y la apuesta no autorizados, cuando tienen carácter lucrativo y no están prohibidos por la ley; aquí no se otorga acción para reclamar por su resultado. Se trata, simplemente, de un deber jurídico con contenido patrimonial, llamado obligación natural. Por eso, al igual que en el caso

de las obligaciones prescritas, quien paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición (artículo 1943 del Código Civil).

En esas hipótesis quien paga no está obligado, pero si lo hace responde a un imperativo de su conciencia y, por tanto, cumple con un deber previsto expresamente por la norma jurídica, que sí le confiere contenido patrimonial y que le impide repetir.

(3) Deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial.

Aquí podemos enunciar múltiples casos. Referirnos, por ejemplo, a las numerosas situaciones que emanan del Derecho de Familia, tales como la recíproca fidelidad entre los cónyuges; el deber de hacer vida común en el domicilio conyugal; la obligación de ejercer la patria potestad en virtud de la cual los padres tienen el deber de cuidar de la salud y bienes de sus hijos menores, y todos los deberes que emanan de este ejercicio, como la educación de los hijos, el corregirlos moderadamente, etc.

O mencionar valores ajenos a los de la familia, y que carecen de contenido patrimonial, tales como el deber de no mancillar el honor del prójimo; o de que nadie se entrometa en la intimidad personal o familiar; o de que se respeten la voz y la imagen ajenas; etc.

Estos deberes jurídicos carecen de contenido patrimonial, pero pueden, en algunos casos, adquirir ese contenido.

Por ejemplo, los padres que ejercen la patria potestad usufructúan los bienes de sus hijos. En consecuencia, si se pierde la patria potestad, se pierde, consiguientemente, el derecho de usufructuar tales bienes. Esta circunstancia tiene, sin duda, evidente contenido económico. O el caso del abandono del hogar conyugal, que puede constituir causal de divorcio, y que acarrea, por tanto, consecuencias econó-

micas, entre ellas las hereditarias, de contenido patrimonial cierto. El lesionar el honor ajeno da origen a una indemnización de daños y perjuicios, generando la obligación civil de reparar.

Otros casos tan sólo quedan como deberes jurídicos, sin consecuencias ulteriores. Por ejemplo, la obligación de educar a los hijos. Dudamos que el hijo, al adquirir la mayoría de edad, decida por sí y ante sí que no ha sido bien educado, y trate de constituir, a partir de ese hecho, una obligación civil a cargo de sus padres de indemnizarlo por daños y perjuicios.

(4) Deberes morales o de solidaridad social. Este es un tema en que se pueden presentar numerosísimos casos, con contenido patrimonial o sin él. Desde el conductor de un vehículo que transporta a un hospital a una persona herida a quien encuentra en la vía pública -caso no patrimonial-, hasta la persona que sufraga el mantenimiento de un pariente lejano, a quien no tiene la obligación de prestarle alimentos -caso patrimonial-.

La trascendencia de esta clasificación se desprende del artículo 1275 del Código Civil, cuando prescribe que "No hay repetición de lo pagado ... para cumplir deberes morales o de solidaridad social ...".

Se trata, en ambos casos, de deberes morales, pues la solidaridad social emana de la moral y no es jurídica. Aquí no hay una obligación civil ni natural. Tampoco hay deberes jurídicos. Hay solamente razones éticas, o de beneficencia, o de caridad, que inducen a una persona a acudir con la prestación.

Queremos aclarar que muchas veces el llamado "cumplimiento de deberes morales", tiene un antecedente vinculatorio entre quien cumple con ellos y aquel con quien se cumple. Sería el caso de la restitución después de declarado un acto jurídico nulo. El acto nulo es inexistente y, por

tanto, de él nada queda. Sin embargo, si el beneficiado con la nulidad restituye, lo hace acatando un mandato de su conciencia, y no en razón de una obligación civil, o natural, o de un deber jurídico.

(5) Deberes generales que carecen de contenido patrimonial. Ellos no se encuentran previstos por la norma jurídica. Por ejemplo, la obligación de hacer una venia ante la bandera de la patria; la obligación de entonar el himno nacional en una actuación pública; la obligación de escuchar el himno nacional de pie.

Estos deberes generales no dan origen a obligación alguna. Responden, simplemente, a otros valores tales como la educación, el amor por los símbolos patrios, etc. Si su infracción estuviera penada, por ejemplo, con una multa, tal infracción sí generaría una obligación civil, pero allí estaríamos hablando, entonces, de una relación jurídica vinculatoria propia de las obligaciones civiles.

Hasta aquí la enunciación de las obligaciones civiles, de los deberes jurídicos con contenido patrimonial, de los deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial, de los deberes morales o de solidaridad social, y de los deberes generales.

Pasemos ahora a analizar lo que, en nuestro concepto, constituye la verdadera naturaleza jurídica de la obligación civil.

Como hemos visto, la doctrina admite numerosas teorías que intentan explicar la naturaleza de la obligación. Las resumimos refiriéndonos a las más importantes, esto es, a las teorías subjetivas, a las teorías objetivas y al sistema del débito y responsabilidad.

Las teorías subjetivas son consideradas como las tradicionales y se caracterizan por concebir a la obligación como un sometimiento del deudor a la capacidad jurídica que tiene el acreedor para constreñirlo. Así, Savigny, uno de los tantos juristas que junto con Hedemann o De Ruggiero se adhiere a la teoría

subjetiva, considera que la obligación es un señorío sobre los actos del deudor, que quedan subordinados a la voluntad del acreedor. Puede apreciarse que en las teorías subjetivas lo que caracteriza a la obligación es el poder de la voluntad del acreedor sobre su deudor.

En las teorías objetivas la relación obligacional no se caracteriza por el sometimiento personal del obligado a la voluntad de su acreedor, sino como un sometimiento del patrimonio del deudor en favor del acreedor. De esta manera, el punto central de la obligación ya no es la persona obligada sino su patrimonio. Estas teorías son sostenidas, entre otros, por Dulcket y Gaudemet.

La teoría en boga, aportada por la doctrina alemana, pero de gran desarrollo en países tales como Francia, Italia y España, es la del débito y responsabilidad (**Schuld und Haftung**). Ella explica la naturaleza jurídica de la obligacion a partir de un criterio objetivo, aunque con caracteres distintivos e innovadores.

Fue Pacchioni uno de los que asimiló la relación jurídica obligatoria no como algo unitario, sino como una relación compleja, formada por dos elementos, el **Schuld** (débito o deuda) y el **Haftung** (garantía o responsabilidad).

Se asume en esta teoría que en la relación obligatoria existe una deuda entre deudor y acreedor, por la cual el primero, esto es el deudor, se encuentra sometido a satisfacer un interés de su acreedor, por medio de la realización de cierta prestación. A su vez, hay una situación de garantía, pues el patrimonio del deudor queda a disposición del acreedor en caso de incumplimiento, lo que algunos autores denominan "prenda genérica o universal".

Para opinar sobre esta tercera posición, bastante atractiva por cierto, debemos recordar el vínculo jurídico o relación jurídica, que viene a ser el nexo que une a una persona con otra, en este caso al acreedor con el deudor. Dicho vínculo o relación requiere de dos elementos: el débito y la responsablidad.

El débito, el cual constituye propiamente la deuda, esto es la

obligación de cumplir con una prestación, existe frente al derecho del acreedor, integrado por la prestación, que le otorga la facultad de exigir su cumplimiento. Sería ilógico, por esa razón, que pudieran existir obligaciones en las cuales la deuda no fuera exigible por el acreedor, sino que ésta quedara a voluntad del deudor.

Parece claro, entonces, que el débito constituye una situación de deber alguna prestación, que existe desde que nace la obligación hasta que ella desaparece, cuando el deudor la cumple voluntariamente. La responsabilidad sólo se presenta cuando se incumple y, en este caso, el Derecho otorga al acreedor la facultad de accionar contra el patrimonio del deudor.

Entonces aquí podemos pensar en dos tiempos. El primero, que la relación obligatoria no es un vínculo que somete ni a la persona del deudor ni exclusivamente a su patrimonio, sino que le exige determinada conducta y, en segundo lugar, subsidiariamente, en caso de incumplimiento, responder con su patrimonio.

Pero volviendo al tema de la separabilidad entre el débito y la responsabilidad, expresiones conceptualmente diferentes y, por tanto, desligables, pueden o no serlo en la realidad, según la teoría que se adopte. Cabe preguntarse, entonces, ¿puede alguien deber sin poder ser compelido a cumplir? O, a su turno, ¿puede alguien ser compelido a cumplir sin deber previamente? Son éstos los polémicos casos de deuda sin responsabilidad y de responsabilidad sin deuda.

Para la primera hipótesis, la de deuda sin responsabilidad, se presenta el típico ejemplo de las denominadas obligaciones naturales, en las que se dice que existe un "derecho" -en rigor es un "deber jurídico con contenido patrimonial"- no exigible por medio de una acción. Así tenemos los casos antes citados de las obligaciones originadas por el juego y la apuesta no autorizadas por ley, en las que no hay acción para reclamar por su resultado; o de las obligaciones en las que se ha declarado prescrita la acción para ejercitarla.

En el segundo supuesto, el de responsabilidad sin deuda, se

apela al caso de la fianza, en la que es un tercero quien asume la responsabilidad por incumplimiento del deudor.

No obstante lo señalado, creemos que la separabilidad entre débito y responsabilidad no se puede dar en la realidad de los hechos, pues son las dos caras de un mismo concepto. En las denominadas obligaciones naturales, en las que se expresa que hay un débito pero no responsabilidad, no estamos ante una relación obligatoria, por lo menos desde un punto de vista jurídico, ya que por definición el derecho debe tener capacidad de coacción estatal, y mal podríamos asimilar una obligación natural al campo de las obligaciones civiles o jurídicas, si no es pasible de cumplimiento forzoso. En todo caso, las obligaciones naturales deben tratarse, como lo hemos señalado, en la condición de deberes jurídicos.

Por otra parte, tampoco existen obligaciones con responsabilidad pero sin deuda. Para que exista responsabilidad debe existir, necesariamente, una deuda. Así, el ejemplo de la fianza resulta engañoso, pues parecería que el fiador no asume también la calidad de obligado frente a la deuda de un tercero, es decir la del deudor ante el acreedor. Si analizamos la figura de la fianza a la luz de los artículos 1868 y siguientes del Código Civil, comprobamos que la relación obligatoria de la fianza, aunque subordinada a una principal, es entre el fiador y el acreedor. Más aún, en el caso de la fianza sin beneficio de excusión (artículo 1883 del Código Civil), el acreedor no requiere accionar previamente contra el deudor, sino puede hacerlo directamente contra el fiador. Existe entonces un débito entre el fiador y el acreedor, sólo que el mismo se encuentra condicionado al cumplimiento del deudor principal. Pero si el fiador no tiene derecho a la excusión de los bienes de su deudor, el acreedor puede accionar, como lo hemos expresado, directamente contra el fiador, sin necesidad de hacerlo previamente contra su deudor. En estos casos -salvando las distancias jurídicas entre ambas instituciones-, el fiador prácticamente estaría actuando como deudor principal.

En conclusión, el débito y la responsabilidad son dos elementos inseparables, que siempre están presentes en la relación

obligacional, en la que se encuentran interconectados. Deuda y responsabilidad no pueden constituirse en elementos autónomos y distintos. La responsabilidad sólo se justifica a través de la idea de la obligación jurídica. Se es responsable porque se debe algo. No existe responsabilidad sin deber previamente, y un deber que quiera ser calificado como jurídico, en el sentido de obligación civil, constituye bajo una u otra forma un caso de responsabilidad.

La teoría que hemos desarrollado es importante; nos inclinamos hacia ella, pero sin tratar deuda y responsabilidad como fenómenos independientes y autónomos, sino vinculados por una relación jurídica patrimonial, que le atribuye la característica inseparable de exigibilidad.

Débito, crédito, prestación, vínculo jurídico o relación jurídica, con su atributo de exigibilidad, y patrimonialidad, constituyen, en suma, elementos inseparables en toda obligación civil. Un quíntuplo que explica su naturaleza jurídica.

(5) ELEMENTOS DE LA OBLIGACION.

La obligación, en concepto nuestro, tiene cuatro elementos:

(5.1) Los sujetos, es decir, por lo menos un sujeto "pasivo" llamado deudor y, también por lo menos, un sujeto "activo" llamado acreedor. El deudor tiene un débito ante el acreedor y éste, a su turno, tiene un crédito frente al deudor.

(5.2) Un "vínculo jurídico" o "relación jurídica" entre el deudor y el acreedor.

(5.3) Un objeto. Este debe ser posible, lícito, determinado o determinable, y patrimonial.

(5.4) Una causa, en su doble acepción de "causa eficiente" o "fuente de las obligaciones" y "causa legal" o "causa final".

Analizaremos uno a uno los elementos de las obligaciones,

dejando constancia de que cargamos la tinta sobre dos temas complejos y controvertidos: la patrimonialidad del objeto y la causa de la obligación.

(5.1) **Sujetos de la obligación.**

Según Pothier[33], no hay obligación sin la existencia de dos personas; una que sea la que contrae la obligación y otra en favor de quien se haya contraído. Aquél en favor de quien se ha contraído la obligación se llama acreedor; el que la ha contraído se llama deudor.

Aunque es de la esencia de la obligación el que existan dos personas, de las que una sea el acreedor y la otra el deudor, la obligación no se destruye por la muerte de una o de otra; pues se reputa que dicha persona vive en la de sus herederos que le suceden en todos sus derechos y obligaciones.

Aquí Pothier, sin duda, recurre a una ficción, reputando que una persona fallecida vive para los efectos de que sus herederos asuman los derechos y obligaciones que contrajo. Por lo demás, no siempre se transmite la obligación a los herederos; ello sólo ocurre cuando la obligación no es inherente a la persona, o no lo prohibe la ley o no se ha pactado en contrario (artículo 1218 del Código Civil Peruano de l984). Y existe adicionalmente la restricción de que el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta (artículo 661 del Código Civil).

Busso[34] enseña que por definición todo lo del Derecho subjetivo requiere un sujeto. Según el derecho sea concebido como una facultad de actuar o como un interés protegido, el sujeto será la persona cuya voluntad se ampara o cuyo interés se protege.

---

(33) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Primera Parte, Páginas 110 y siguientes.

(34) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 8 y siguientes.

El derecho personal -especie dentro del género del derecho subjetivo- se integra sobre la base de dos elementos: un crédito y una deuda. Cada uno de ellos es una realidad jurídica distinta, con existencia propia, y tiene su propìo titular y sujeto. En tal forma, concebida la relación obligatoria como la realidad compleja en que se funden esos dos elementos, en el seno de ellas se enfrentan el sujeto activo o titular del crédito y el sujeto pasivo o titular de la deuda.

La dualidad de los titulares es una necesidad lógica. El Derecho personal supone un vínculo que relaciona entre sí a dos sujetos y pone en contacto determinadas virtualidades jurídicas (una pretensión y un deber) del que uno y otro son portadores.

Todo el contenido del vínculo y todo su rendimiento, agrega Busso, tanto en lo relativo al goce como al ejercicio, se dan en relación a cada sujeto. Al activo le corresponde el título o pretensión y la actividad para hacerlo efectivo. Sobre el pasivo pesa la sujeción a los poderes del acreedor y a él también le incumbe la actividad, en sentido amplio, de dar, hacer o no hacer, lo que la prestación requiera. La actividad del deudor -dice Sánchez Román- es imperativa y condicionante para el acreedor, toda vez que en las obligaciones, aun en las de dar, el verdadero objeto jurídico no es la cosa que se da, sino el compromiso de entregarla contraído por el deudor.

Los sujetos relacionados por el vínculo deben ser entes dotados de personalidad. Lo exige aquel principio básico, según el cual sólo las personas son sujetos de derecho. Las cosas del mundo exterior, los animales, etc., no pueden serlo.

Por excepción, se admite en algún caso que pueda adquirir un crédito un ente sin personalidad. Por ejemplo, puede recibir por testamento una entidad que no tenga aún personalidad, cuando la institución hereditaria o el legado se hagan con el fin de fundarla.

Busso concluye afirmando que los sujetos activo y pasivo deben ser personas distintas la una de la otra. No sería obliga-

ción jurídica el compromiso que una persona contrajera consigo misma. Nadie podría por acto jurídico crear a su cargo obligaciones de las cuales fuera simultáneamente acreedor y deudor.

Por nuestra parte, agregamos que los sujetos son las personas ligadas por el vínculo obligacional y, en principio, deben ser dos, un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor). Nada impide, sin embargo, que existan varios sujetos activos o varios sujetos pasivos, o simultáneamente, que en una misma relación obligacional exista pluralidad de sujetos activos y pasivos. Consecuentemente, lo que hay son dos partes: la activa o acreedora y la pasiva o deudora, y esas partes pueden estar formadas por más de una persona.

Requisito esencial de la relación obligatoria es que los sujetos sean determinados o determinables.

Son determinados cuando están individualizados inicialmente (por ejemplo, Juan le debe a Pedro S/. 5,000.00).

Son determinables o relativamente indeterminados, cuando la determinación responde a circunstancias que se darán una vez creada la obligación. Así, en el caso de la promesa unilateral, regida por el artículo 1956 del Código Civil, el promitente queda obligado por su sola declaración de voluntad a cumplir una prestación en favor de otra persona, que recién se determinará como acreedora al aparecer cumpliendo con la exigencia de tal promitente (por ejemplo, José promete S/. 2,000.00 al que encuentre su automóvil extraviado).

Otro caso de relativa indeterminabilidad es el de las llamadas obligaciones reales u obligaciones "**propter rem**", en las que el sujeto se determina a través de la relación que tiene con un bien. Este caso se da comúnmente en las obligaciones de garantía, en las que el bien gravado va cambiando de propietario y, al momento de la ejecución de dicha garantía, el deudor ya no es el dueño del bien, sino lo es un nuevo propietario. Este último caso lo analizaremos luego con más minuciosidad.

(5.2) **Vínculo jurídico.**

Siguiendo a Wayar[35], afirmamos que es indudable que en virtud de la obligación entre el acreedor y el deudor se establece un "vínculo jurídico" o "relación jurídica". Esta condición, desde Justiniano, se mantiene inalterable. Pero, se pregunta Wayar, ¿cuál es la naturaleza de este vínculo? ¿es un elemento esencial de la obligación?

Alguien ha afirmado que no es elemento esencial, porque se trata de un factor común a todo Derecho subjetivo. Para llegar a este resultado se razona en la forma siguiente: el vínculo está presente en toda obligación jurídica y, por ende, también en la obligación; pero como carece de rasgos peculiares, no se justifica considerarlo elemento típico de esta última.

Este razonamiento, según Wayar, es doblemente errado:

(a) El hecho de que el vínculo esté presente en toda relación jurídica no basta para negarle el carácter de elemento típico de la obligación, pues con idéntico criterio los sujetos y el objeto, que también integran toda relación jurídica, podrían correr igual suerte. Por ese camino, la obligación quedaría despojada de elementos propios hasta desaparecer como especie, para diluirse en el género "relación jurídica".

(b) Al contrario, es precisamente el vínculo jurídico (el **juris vinculum** de la definición de las Instituciones), el elemento que revela el carácter personal de la relación crédito-deuda y que explica por qué el acreedor tiene el derecho de exigir y el deudor el deber de cumplir.

El vínculo es un elemento inmaterial, es decir, puramente jurídico, en el sentido de que por medio de la norma jurídica se establece un "nexo" entre el acreedor y el deudor, ubicándolos como polos opuestos en una misma relación jurídica. Esta relación se

---

(35) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 112 y siguientes.

caracteriza y distingue de otras por las particularidades de ese "enlace" que llamamos vínculo. Wayar, para demostrarlo, propone el siguiente esquema: Si Juan es propietario, Pedro, Pablo, Diego, etc., deben respetar su derecho; pero, ¿existe entre el primero y los segundos un verdadero vínculo? No, al menos entendido como "enlace". Es más, a Pedro y a los otros les puede resultar indiferente el derecho de Juan; pueden, incluso, ignorarlo. Pero si Juan es acreedor de Pedro, la cuestión cambia, pues entre ellos sí media un vínculo o "lazo jurídico", con manifestaciones reales y concretas; así, ¿por qué Pedro debe comportarse de determinado modo o, si se quiere, por qué debe tolerar que su libertad se vea restringida? Porque está jurídicamente vinculado a Juan, a quien el ordenamiento le reconoce el derecho de exigir aquel comportamiento o de restringir la libertad de su deudor. Por eso, "obligación" y "vínculo" son expresiones casi inseparables.

Debemos nosotros agregar que es justamente debido a este "vínculo jurídico" que la obligación tiene el carácter de exigible. En caso contrario, si una obligación no es exigible, nos encontraremos ante deberes jurídicos o morales, pero no propiamente ante una obligación.

No cabe pues relación obligacional en que acreedor y deudor sean entes distintos, separados. Ellos, necesariamente, tienen que estar atados por un vínculo jurídico y, por tanto, este es elemento esencial de toda obligación.

(5.3) **Objeto de la obligación.**

Algunos tratadistas distinguen entre el "objeto" de la obligación y "la prestación". Dicen, para sustentar su tesis, que el "objeto" son las cosas o los servicios y la "prestación" es la conducta del deudor que proporciona aquellas cosas o servicios.

Otros autores identifican la "prestación" con el "contenido" de la relación obligatoria.

Algunos otros, en fin, distinguen entre el "objeto" y el "contenido de la obligación"; en tanto que el objeto sería "aquello (bien o utilidad) que le procura al acreedor la satisfacción de su interés", el contenido, que identifican a su turno con la prestación, sería "la conducta que debe desplegar el deudor para que el acreedor obtenga el objeto deseado". Desde esta óptica, constituirían elementos de la obligación tanto el "objeto" como el "contenido".

Nosotros seguimos, en esta materia, a Albaladejo[36], para quien la prestación es el contenido u objeto de la obligación, y está constituida por la conducta en cuya observancia estriba el deber del obligado.

Esta conducta, a través de la cual el deudor satisface un interés del acreedor, puede consistir en entregar un bien, prestar un servicio o abstenerse de realizar alguna acción. Vale decir que las prestaciones son de dar, de hacer o de no hacer.

En efecto, la prestación, en las obligaciones de dar, está constituida por la actividad del deudor destinada a la entrega de un bien y por su propia entrega; en las obligaciones de hacer, por la ejecución de un hecho que puede ser material (pintar un cuadro y luego entregarlo al acreedor) o inmaterial (transportar a una persona de un lugar a otro); y en las obligaciones de no hacer, esto es en las obligaciones negativas, por la simple abstención del deudor, quien cumple su obligación no haciendo.

El objeto de la obligación exige, a su turno, la concurrencia de cuatro elementos esenciales: posibilidad, licitud, determinación o determinabilidad, y patrimonialidad. Analicemos estos conceptos.

(5.3.1) *Posibilidad del objeto.*

Según René Demogue[37], la obligación debe tener un objeto,

---

(36) ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Tomo II, Página 15. Librería Bosh. Barcelona, 1980.

(37) DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo I, Páginas 576 y siguientes.

que por muy material que sea, no sólo debe referirse a una cosa o a un derecho existente o que debiera existir, sino que debe presentar una utilidad para el acreedor. Nosotros estamos en aptitud, en este caso, de sustituir la palabra "utilidad", empleada por Demogue, por la palabra "posibilidad", para llegar al mismo fin.

Es nula, por no ser posible, la venta de un objeto que ya pertenece al comprador. También debe decirse lo mismo del alquiler al dueño o del préstamo de un inmueble a una persona que ya es inquilina, comodataria, usufructuaria o propietaria. Algo similar ocurre con la promesa de un trabajo ya ejecutado por un tercero; o con la promesa de una abstención que ya es obligatoria; o con el mandato ya ejecutado; o con la promesa de transacción ya concertada con carácter definitivo.

En nuestra opinión, el primer requisito del objeto, la posibilidad, proviene del principio de que "nadie puede estar obligado a lo imposible", recogido en nuestra legislación por el artículo 140 del Código Civil, el que señala en su inciso 2 que para la validez del acto jurídico se requiere un objeto física y jurídicamente posible.

La imposibilidad puede ser objetiva o absoluta, cuando es imposible para todos (por ejemplo, vender la Plaza de Armas de Lima); o subjetiva o relativa, al ser imposible sólo para un obligado en particular (por ejemplo, hacer correr a una persona lisiada de las piernas).

A su vez, la imposibilidad puede ser originaria o subsiguiente. Será originaria si dicha imposibilidad se da al momento en que nace la obligación, y subsiguiente si se produce una vez creada la relación obligacional. Para efectos de este requisito sólo se considera como imposible la originaria, pues en la subsiguiente la obligación ya nació con una prestación válida, y en todo caso, al no poder ejecutarse dicha prestación, el deudor indemnizará a su acreedor por los daños y perjuicios causados, de acuerdo con el dolo o grado de culpa en que incurra, salvo que su cumplimiento sea imposible sin culpa del deudor.

También existe la imposibilidad de hecho o de derecho. Será de hecho cuando es la acción en sí, a la que se está obligando el deudor, la que resulta imposible (por ejemplo, conseguir para su venta caballos con alas). Es de derecho cuando, siendo físicamente posible, está prohibida por ley (por ejemplo, vender un bien público como la Plaza San Martín de Lima); o cuando el medio empleado no es el previsto por la ley para obtener el fin deseado (por ejemplo, adoptar mediante un contrato). Los dos casos suponen una imposibilidad que impide el surgimiento de la obligación (artículos 140, inciso 2, y 219, inciso 3, del Código Civil).

Finalmente, la imposibilidad puede ser total o parcial, según afecte a toda o a parte de la prestación. Si la imposibilidad es total, la obligación simplemente no nace; si es parcial, dependerá de la decisión del acreedor, ya que la prestación no puede ser cumplida parcialmente, según lo dispone el artículo 1221 del Código Civil.

(5.3.2) *Licitud del objeto.*

Manuel Albaladejo[38] señala que no es digna de protección la obtención del fin mediante una prestación jurídica obligatoria en dos casos: 1) Cuando el fin en sí es jurídicamente rechazable (por ejemplo, asesinar); 2) Cuando no siendo rechazable el fin en sí, es ilícito quedar jurídicamente constreñido a satisfacerlo; se estima, por tanto, que en determinadas materias ha de haber libertad que no debe disminuirse o excluirse, obligándose el deudor a ciertas prestaciones (por ejemplo, cambiar de religión).

En nuestra opinión, el requisito de la licitud se refiere a que la conducta en que consiste la prestación no debe estar prohibida por la ley, ni ser contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, por ejemplo, no sería exigible ni jurídicamente tutelada la obligación de dar cien kilogramos de cocaína para su comercialización ilegal, o una obligación consistente en ejecutar un se-

---

(38) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Página 19.

cuestro o un asesinato. Este principio se encuentra regido genéricamente por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que señala: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres". Además, el caso también está previsto por los artículos 140, inciso 3, y 219, inciso 4, del Código Civil.

(5.3.3) *Determinación o determinabilidad del objeto.*

Así como los sujetos de la obligación deben ser determinados o determinables, la prestación también tiene que serlo. Si no fuera así, el acreedor podría exigir a su deudor cualquier prestación, y lo mismo podría hacer el deudor al tiempo de cumplimiento, con lo cual la función de satisfacer un interés tutelado sería absolutamente irrelevante.

Existen tres criterios para determinar la prestación. El primero, el más común, consiste en que las partes la pacten de común acuerdo. Otra forma es posible sobre la base de elementos objetivos (por ejemplo, acordar que el precio de un bien se establezca en función al valor en bolsa o al valor en el mercado, en determinado lugar y día, conforme lo prevé el artículo 1545 del Código Civil). Y, finalmente, a partir de elementos subjetivos (por ejemplo, la elección de la prestación, en las obligaciones de dar bienes inciertos, por un tercero ajeno a la relación jurídica, según lo establece el artículo 1143, segundo párrafo, del Código Civil).

(5.3.4) *Patrimonialidad de la obligación.*

Aquí ingresamos al polémico tema de la patrimonialidad de la obligación. Las posiciones, en esta materia, son encontradas y, frecuentemente, se ofrecen con no poca dosis de aspereza. Para analizar el tema cabalmente vamos a referirnos, y en extenso, antes de dar nuestra propia opinión, a la forma cómo tratan el tema distinguidos comentaristas del Derecho de Obligaciones.

René Demogue[39] se pregunta si tiene la obligación necesariamente un contenido de valor económico.

Afirma que se pretende dárselo. Se dijo, expresa Demogue, que la prestación debía tener siempre un valor pecuniario. Unos vieron esta fórmula en términos absolutos, otros en una forma atenuada, diciendo que la obligación con fin no económico debe ser el cumplimiento de una obligación natural, o admitiendo que el resultado no económico es, no obstante, de naturaleza monetariamente obtenida: como la promesa de un lugar en el teatro, de una lección de artes de adorno, etc.

Unos, como Giorgi o Crome, relacionan su opinión con el hecho de que la obligación es patrimonial. Pero, se pregunta Demogue, ¿se impone esto como una necesidad?

Los demás, como Kohier, se niegan a considerar el interés moral debido a la dificultad de sanción: el abono por daños y perjuicios no es una sanción conveniente. Pero, a pesar de la insuficiencia del abono por daños y perjuicios para satisfacer plenamente al deudor, ¿no valdría mejor admitir este abono o aceptar otra sanción antes de dejar sin protección los intereses porque esto es útil?

A entender de Demogue no es difícil comprobar esta utilidad. Ihering, con su inspiración habitual, la demostró en unos cien ejemplos. Es todo esto, afirma Demogue, lo que hace el encanto de la vida, el mismo que está sustraído en el campo del Derecho.

Por otro lado, la imperfección relativa de las sanciones no puede ser una objeción a la protección de estos intereses. Dice Demogue que, como lo expresó muy bien Carboni, el Derecho reconoce la facultad de actuar ahí donde es posible y como sea posible. El carácter incalculable del daño moral no puede suprimir la

(39) DEMOGUE, René. Op. cit., Tomo I, Parte Primera, Capítulo Primero, Páginas 8 y siguientes.

protección de la víctima. La prestación no será un equivalente, sino algo casi subrogado.

Los otros que, siguiendo a los alemanes, con un espíritu tan material, exigieron el carácter patrimonial de la obligación, han estado muy ocupados en separar la obligación jurídica de la obligación mundana, como si el uso con sus matices sólo debiera tener algunas fórmulas pedantes para este fin. Todos, salvo los más recientes, reconocen que basta con que la obligación tenga objetivamente un valor patrimonial, aunque subjetivamente sólo tendría un valor moral, como la promesa de una lección de canto, de un espectáculo.

Polacco, quien niega que la obligación pueda tener un objeto de carácter no patrimonial, sostiene un sistema especial refiriéndose, por ejemplo, al derecho de la persona o de la familia. El rechaza el carácter de obligación en la deuda alimentaria, en el deber de fidelidad entre esposos o en las obligaciones que atañen al Derecho Público. Estas tendrían solamente una sanción patrimonial, distinción muy sutil.

Demogue concluye considerando que se debe establecer el límite de las obligaciones por su objeto, pero apreciando en cada caso las sanciones que implica un deber jurídico. La obligación alimentaria es una obligación pues implica las sanciones ordinarias. El deber de fidelidad no sería una obligación si sólo obtuviera como sanción la posibilidad del divorcio. Pero habiéndose admitido en la práctica que implica una sanción pecuniaria, es ciertamente una obligación. El Derecho de las Obligaciones penetra profundamente en las materias que por comodidad de clasificación se las ordena en otras secciones, por cuanto se encuentran sanciones con miras al cumplimienteo mismo de la obligación.

Por su parte, Héctor Lafaille[40] señala que la obligación tiene tres rasgos característicos:

---

(40) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 19 y siguientes.

(a) El primero, aunque con carácter relativo, finca en el valor patrimonial de la prestación, que se presenta como regla en los derechos creditorios, y solamente en contados casos para los de la familia.

(b) La mayor influencia de los factores éticos y sociales, que puede observarse respecto de los segundos, en que los deberes del padre hacia el hijo, de los cónyuges entre sí, etc., responden a motivos de aquella índole, y no a los que corrientemente determinan las obligaciones en su sentido estricto.

(c) Como consecuencia, el incumplimiento de los primeros impone resarcir por los daños y perjuicios; al paso que los deberes conyugales, cuando son transgredidos, conducen al divorcio o a la separación de bienes, con efectos que inciden en el régimen de los gananciales y de las herencias. De igual modo, puede perderse la patria potestad, la tutela o la curatela en semejantes casos, o bien sufrir algunas otras penalidades, que serán consideradas a su debido tiempo.

Agrega Lafaille que con un razonamiento excesivamente simplista, pudieron sostener los autores, como un postulado, que la prestación debía revestir siempre un valor patrimonial. Para ello bastaba con atribuir a los derechos creditorios, el papel de una rama dentro de los bienes; de suerte que las prestaciones de otra índole escaparan a su esfera, entrando en la moral o el Derecho de Familia.

Sin embargo, la separación no se presentaba con tanta claridad y, entre los supuestos típicamente patrimoniales y los que sin duda alguna afectan a las normas de buen vivir y a la ética, media una zona confusa que origina las dificultades.

Cuando aún no se aplicaba en Alemania el Derecho Romano a título de ley supletoria, Ihering, en uno de sus profundos estudios, demostró cómo la realidad jurídica se rebela contra estas barreras y es posible encontrar casos prácticos de obligaciones convencionales, no apreciables inmediatamente en dinero.

Uno de esos ejemplos, que todos repiten, es el de aquel mozo de café que había estipulado con su patrón disponer de la tarde del domingo y que, ante el incumplimiento del principal, solicita ser indemnizado. Cualquier juez rigorista, ajustándose a los cánones legales, podría contestarle que la diversión y su pérdida no sería resarcible; antes bien, se determinaba un ahorro pecuniario al impedirle salir.

Otro supuesto que se presenta consiste en un contrato de arrendamiento, en el cual se pactara el uso y goce del jardín contiguo, propiedad del mismo dueño; o el de un locatario nervioso que impusiera como cláusula la prohibición de hacer ruido.

Aquí, como en la especie precedente, según Lafaille, no aparece afectado el patrimonio del acreedor, pues, si en la primera se trataba de un mero esparcimiento, en las dos últimas juegan consideraciones meramente estéticas o de salud.

Pero, añade Ihering, ni el ser humano obedece tan sólo a móviles pecuniarios, ni el Derecho Civil ampara exclusivamente el patrimonio, aunque sí, en general, la vida privada de los habitantes: de suerte que cuando se lesionan los sentimientos, los anhelos o los afectos, debe existir también una manera de reparar ese daño.

Por otra parte, no siempre sería exacto que faltara todo elemento apreciable en dinero. El dependiente aludido, si consiguió esa ventaja, debió ser a cambio de algún beneficio para el empleador, generalmente una reducción en el salario; de igual modo que los inquilinos antedichos compararon el uso del jardín o la prohibición de las molestias con un suplemento de precio. Si tal diferencia hubiese constado de un modo explícito, nada impediría exigirla, e idéntico supuesto se produciría si mediase cláusula penal.

El juez, entonces, debe intimar al obligado al cumplimiento de esas prestaciones, so pena de satisfacer determinada suma, o de compensar en cierta medida al perjudicado. La dificultad de establecer semejante equivalencia no es un obstáculo infranqueable para que se cumpla lo convenido, según Ihering.

Fluye de todo lo manifestado que la preponderancia de ese elemento patrimonial en los derechos creditorios, y aun dentro de los tratos entre los hombres, no impide que jueguen sentimientos de otra índole (estéticos, afectivos, intelectuales, etc.), que no por ello deben desecharse. Con tal doctrina, la legislación civil dejaría de proteger muchos intereses dignos de serlo, y la palabra empeñada no recibiría ejecución más que para un número reducido de casos.

Alfredo Colmo[41] dice que el asunto de la patrimonialidad parece surgir en todos aquellos casos en que se trate de obligaciones que emanen de actos jurídicos, sobre todo de contratos.

En materia delictual y cuasidelictual, sin embargo, añade Colmo, el objeto de una obligación puede o no implicar por sí valor patrimonial alguno, ya que la obligación legal de respetar la integridad corporal, el honor o la vida de una persona, no es de contenido pecuniario, no obstante que la violación de la misma acarrea la responsabilidad con la consiguiente indemnización, exactamente como en los supuestos de las obligaciones exclusivamente económicas.

Tal antinomia, agrega Colmo, es casi tradicional y resulta corriente en el Derecho Civil: la obligación extracontractual no requiere, a diferencia de la contractual, una prestación u objeto económico.

Si el Derecho Civil, expresa Colmo, se limitara a reglar la vida económica, la actividad de los negocios y la faz de los intereses pecuniarios de la colectividad, no sería posible dudar acerca de la necesidad de que la prestación obligatoria de una convención entrañe valor patrimonial. Si, por lo contrario, el Código Civil no es un Código de "derecho privado económico" sino un Código de la entera vida civil (económica, social, cultural, etc.), entonces la solución adversa debe ser admitida.

---

(41) COLMO, Alfredo. Op. cit., Páginas 23 y siguientes.

Esta segunda solución es, sin duda, la más aceptable. La vida no es una suma de relaciones económicas. Bien lejos está de ello. Por importante que aquéllas sean, sobre todo en países nuevos y en formación, donde debe empezar por cimentarse lo primario de un bienestar económico, en que se funden luego los restantes de la ciencia, el arte, la vida social, el civismo, etc., resulta innegable que la actividad humana rechaza, en cualquiera de sus períodos, toda unilateralidad. El Código de Derecho Privado, que tiende a reglamentar esa actividad, no puede descuidar ninguna de sus partes, sin perjuicio de que las jerarquice y subordine según las características ambientales.

Tan cierto es ello que, en ninguna época de la civilización, se ha limitado el Derecho Civil a lo económico de la vida. Tan cierto es ello que, en la tradición más remota del Derecho Civil, éste ha contenido materias de instituciones que no implicaban valor patrimonial: "Nada hay de patrimonial en el matrimonio (adviértase que Colmo habla de matrimonio y no de sociedad conyugal), ni en el honor, ni en los demás derechos personales cuya violación obliga a una indemnización adecuada; ni en las obligaciones naturales, que nacen del Derecho Natural y de la equidad, en que se cumplen deberes de conciencia o de exigencia moral."

La prestación que se llama económica (una cosa, un bien) entraña factores políticos y hasta morales, como son, por ejemplo, la circulación de valores, el respeto de la palabra empeñada, la tranquilidad social, etc.

En la prestación no económica (la educación de un niño, el honor de una persona, etc.), hay valores económicos evidentes, como son los que dependen de la capacidad intelectual y productora de ese niño, de la reputación manchada, etc.

Si se pretendiera que el juez civil carece de medios para proteger los intereses no patrimoniales, pues no dispone de otro recurso que el de la condena pecuniaria, y por cuanto ésta, a diferencia de lo que pasa cuando hay valores patrimoniales de por medio, no entraña la compensación que cuadra, cabe contestar

que se miraría un poco estrechamente el asunto. La condena pecuniaria puede implicar esa función de compensación o equivalencia (que es lo corriente en las obligaciones de prestaciones patrimoniales), pero no es forzoso que sea siempre así.

Colmo concluye afirmando que la doctrina del valor patrimonial de la prestación es simplemente insostenible. Se funda en una circunstancia general (ordinariamente la prestación reviste ese valor), que se quiere convertir en absoluta (debe siempre tener valor económico), con grave olvido de la circunstancia de que en lo progresivo del tiempo y la cultura los valores morales se van afirmando más y más y se convierten en exigibles.

Luis de Gásperi[42] cita a Colmo con la tesis que antes hemos desarrollado.

Sin embargo, según De Gásperi, técnicamente no es posible dar el nombre de "obligación" al deber de respetar la integridad orgánica de las personas. No siendo una relación jurídica cierta, establecida entre sujetos determinados, mal se puede hablar de su contenido, que sólo está en potencia.

La obligación de indemnizar a cargo del autor de un hecho ilícito del Derecho Civil o del Derecho Criminal, añade De Gásperi, nace, sin duda, de la violación del precepto legal, pero éste supone la comisión del hecho. Cuando el hecho ilícito se produce, ella queda constituida. La sentencia no crea la obligación sino que la reconoce. Su contenido es eminentemente económico y, como tal, se incorpora a la circulación de los bienes. Tiene valor de cambio. Puede pasar de una economía a otra.

Entre esta obligación y aquel deber hay, sin duda, una relación inmediata, que es la que surge entre el aspecto económico y el aspecto ético del problema social de la justicia.

---

(42) DE GASPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, Tomo I, Páginas 57 y siguientes. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1945 a 1946.

La obligación, como múltiplo de una unidad de justicia, no es en el fondo sino la sanción jurídica oriunda del mundo moral.

Lo mismo acontece, agrega De Gásperi, con otras obligaciones, como por ejemplo la de fidelidad impuesta por la ley a los cónyuges. La prestación de fidelidad es un puro deber moral, destituido de todo valor de circulación y de cambio. Ante el contenido de una relación directa entre dos personas determinadas, nadie osaría de calificarla de "obligación civil" si la sanción de su violación se limitase al divorcio, sin trascendencia al orden económico. Sin embargo, el ordenamiento jurídico, con miras a su propia afirmación, la sanciona de modo indirecto con una medida que se traduce en la disminución del patrimonio del culpable. El cónyuge inocente puede pedir la separación de bienes, revocar las donaciones o ventajas que por el contrato de matrimonio hubiese hecho o prometido al otro cónyuge, sea que hubiesen de tener efecto en vida o después de su fallecimiento. Finalmente, el cónyuge culpable pierde los derechos que habría tenido a la herencia de su otro cónyuge. Giorgi, añade De Gásperi, opina que el deber de fidelidad no es una obligación, por no tener valor pecuniario la prestación.

Luego De Gásperi cita a Windscheid y a Ihering, quienes estuvieron entre los primeros en negar la pretendida necesidad de valor patrimonial de las prestaciones obligatorias, principio que atribuye a Gayo.

La verdad, según De Gásperi, es que Ihering no desvirtúa la regla según la cual el único procedimiento admitido por el Derecho de las Obligaciones para proteger y sancionar aun los intereses no pecuniarios, consiste en valuarlos o apreciarlos en dinero. El estudio de Ihering sólo prueba que hay pretensiones convencionales, aunque no aparentemente remuneradas.

Más adelante, De Gásperi cita nuevamente a Ihering, expresando que "el error nefasto que ella (la teoría del valor patrimonial de la prestación obligatoria) comete al aplicar su punto de vista, consiste en que lo restringe, por decirlo abreviadamente, a la 'producción' patrimonial y pierde de vista el 'consumo patrimonial'."

Según De Gásperi, no debemos atribuir a la teoría del valor patrimonial de las prestaciones las consecuencias a que su aplicación conduce, sino a la concepción del patrimonio según la cual éste comprende sólo los Derechos de crédito y los Derechos reales, y excluye los Derechos de familia y la potestad inherente a la autoridad natural o legal de que una persona se halla investida respecto de otra.

De Gásperi concluye afirmando que si el consenso universal de los tratadistas y de las obligaciones positivas admitiera como contenido activo del patrimonio no sólo los derechos y las obligaciones apreciables en dinero, sino también los bienes que, según la expresión de Ihering, son "ideales", como el placer, la salud, la comodidad, etc., ya que según él el fin del Derecho consiste "en asegurar las condiciones de vida de la sociedad, por el poder coactivo del Estado", el problema quedaría satisfactoriamente resuelto con su tesis.

Pero si algo hay doctrinariamente admisible en esta materia, es precisamente la ampliación de la "soberanía privada" por la incorporación al concepto de patrimonio de otros derechos que los ya señalados y que de él vienen haciendo parte desde la época de Justiniano. Sólo que este punto es de los más espinosos del Derecho Civil, por la imposibilidad de un acuerdo siquiera teórico de los juristas a su respecto.

Según Raymundo M. Salvat[43], se ha discutido si las obligaciones deben tener por objeto exclusivamente prestaciones de carácter económico o no. Es indudable, añade Salvat, que en materia de obligaciones derivadas de los contratos la idea fundamental del Código Civil ha sido que la prestación debe ser susceptible de una apreciación pecuniaria. En las mismas obligaciones derivadas de los hechos ilícitos, la reparación del daño causado por ellos, sea material o moral, se resuelve en una indemnización pecuniaria que fijará el juez.

---

(43) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Páginas 28 y siguientes.

Pero es indudable que en muchos casos las obligaciones tienen por objeto la protección de intereses puramente morales y que, como consecuencia, se encuentran también obligaciones de contenido puramente moral, como por ejemplo todas las relativas a los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones personales de los esposos, de los padres con los hijos o de los tutores con los pupilos.

Es indudable, por otra parte, que el Derecho nos ofrece muchas veces casos de obligaciones que responden a intereses puramente morales o afectivos y que, sin embargo, traduciéndose a aspectos económicos, son materia de protección legal: así, la persona que alquila un palco en un teatro por toda una temporada, la que contrata con un profesor célebre un curso de lecciones, tienen en vista, seguramente, proporcionarse los placeres del arte o la ilustración de la ciencia, pero hay al mismo tiempo el valor económico de la representación o de las lecciones, y esto puede dar lugar, en ciertos casos al menos, a sanciones de carácter pecuniario.

Partiendo de esas ideas, Salvat cree que no puede admitirse, como un principio absoluto, que una obligación deba tener por objeto, siempre y exclusivamente, prestaciones de carácter económico.

El notorio predominio del valor patrimonial de la prestación, señala Salvat, está dado por las circunstancias de que la obligación origina créditos y que los derechos creditorios integran el patrimonio. Pero ello no significa de que no exista obligación jurídica o que carezca de objeto la obligación cuyo objeto no reporte al acreedor ventajas apreciables en dinero.

Agrega Salvat que el Derecho no ampara únicamente bienes económicos. La norma jurídica perdería su alto sentido social, si se considera impotente para proteger valores de afección, bienes inmateriales, por la sola circunstancia de no tener expresión monetaria. Los tribunales no encuentran dificultad en reconocer y hacer respetar acuerdos tomados sobre custodia y destino de restos mortales, aunque el cadáver del familiar que fue objeto de la con-

vención no sea cosa del comercio ni se le pueda atribuir valor patrimonial.

Los Códigos modernos, concluye Salvat, destacan ya, en forma expresa, que no es esencial el valor patrimonial para que exista prestación válida.

Por su parte, Luis María Rezzónico[44], citando a Lafaille, expresa que entre las obligaciones emergentes del Derecho de Familia y las que constituyen el Derecho de Obligaciones o derechos creditorios propiamente dichos, median diferencias fundamentales:

(a) Los derechos personales en las relaciones de familia, sólo por excepción (por ejemplo, en el caso del derecho de alimentos que tienen entre sí ciertos parientes), se traducen en prestaciones apreciables en dinero, mientras por regla general los derechos creditorios se traducen en prestaciones de esa naturaleza, económica, patrimonial.

(b) Los derechos personales en las relaciones de familia están fundados sobre todo en razones éticas y sociales (así los deberes de fidelidad, de ayuda mutua, de convivencia, de protección entre los cónyuges, padres e hijos, tutores, curadores y pupilos, etc.); este factor tiene menos importancia en las obligaciones comunes.

(c) Las sanciones por incumplimiento de las obligaciones comunes se traducen generalmente en una indemnización pecuniaria por los daños y perjuicios; el incumplimiento de los deberes personales y emergentes de las relaciones de familia se sancionan de otra manera: con el divorcio, la pérdida de la patria potestad, de la tutela, del derecho hereditario (indignidad, desheredación, etc.).

---

(44) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 31 y siguientes.

Concluye Rezzónico afirmando que, como lo hace notar el mismo Lafaille, hay autores como Demogue, cuya opinión es que no existe ya diferencia radical entre los derechos creditorios y los derechos de familia, precisamente desde que se reconoce la teoría del valor extrapatrimonial de las prestaciones que constituyen el objeto de las obligaciones.

Antonio de la Vega Vélez[45] expresa que el concepto exclusivamente patrimonial de la obligación peca por exagerado. Agrega que es indudable que las prestaciones, de ordinario, tienen un valor económico. Pero el vínculo jurídico, elemento integrante de la obligación, sigue siendo una relación de persona a persona, de acreedor a deudor, individualmente considerado, para fines que no son forzosamente de índole pecuniaria. Y es asimismo indudable que determinadas prestaciones consisten en actos de naturaleza personal, en que la identidad y aptitudes de los sujetos no son indiferentes, sino preponderantes. A esta clase de obligaciones pertenecen aquellas cuyo nacimiento depende de una consideración personal. No es lo mismo, pone por ejemplo, tener derecho a exigirle a un artista famoso que cumpla su obligación de representar determinado papel en una obra de teatro, que poder hacer el mismo reclamo a un artista sin renombre.

Señala De la Vega que las prestaciones en que prepondera una consideración personal sólo alcanzan a equipararse en sus resultados prácticos a aquellas en que este factor es secundario, cuando el deudor de las unas o las otras deja de ejecutarlas. En esa hipótesis, ambas obligaciones se resuelven en una prestación económica consistente en el pago de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, indemnización que respalda el patrimonio íntegro del deudor; precisando que, sin embargo, tal consecuencia no es un corolario directo de la relación obligatoria, de la prestación en que consiste, sino todo lo contrario, el resultado del incumplimiento, de la negación de la obligación.

Las relaciones que el Derecho Civil reglamenta, prosigue De

(45) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Op. cit., Páginas 10 y siguientes.

la Vega, ofrecen distintas modalidades. Los derechos y deberes se ligan a los ciudadanos a causa de sus necesidades privadas, pueden originarse por razón de parentesco, por el hecho de la muerte de una persona, y por motivos generalmente económicos, como la adquisición y el intercambio de bienes y servicios. De esta suerte se producen situaciones típicas, que obedecen a normas peculiares. Los vínculos de parentesco son gobernados por el llamado Derecho de Familia; los que emergen del hecho de la muerte de una persona, obedecen a las reglas que constituyen el Derecho de Sucesión **mortis causa**; y los que se derivan de intereses que casi siempre tienen cariz pecuniario, constituyen los derechos llamados patrimoniales, cuyo conjunto es considerado por algunos autores como rama independiente del Derecho Privado, bajo el nombre de "derecho privado económico".

A decir de De la Vega, las obligaciones familiares, comparadas con las relaciones obligatorias patrimoniales, tienen diferentes características, a saber:

(a) Las obligaciones del Derecho de Familia se desprenden de facultades típicas que se ejercen de persona a persona, como la patria potestad y la autoridad marital y se basan en deberes morales elevados por la ley a la categoría de preceptos jurídicos.

Cuando el Derecho positivo establece que los hijos deben respeto y obediencia a sus padres, y que los cónyuges están en la obligación de socorrerse mutuamente y guardarse fidelidad, imprime aspecto jurídico a principios que la moral impone a las conciencias de quienes viven en sociedad. Esta característica de los derechos familiares, en cambio, no es constante en las obligaciones civiles, en las cuales, de ordinario, prima el factor económico.

Obsérvese, agrega de la Vega, que a veces en las relaciones entre parientes, se crean obligaciones de contenido económico que envuelven modalidades análogas a las del derecho de crédito. Tal es el caso de la obligación legal de pagar una pensión alimenticia que existe entre determinadas per-

sonas unidas por vínculos familiares. A estas obligaciones intermedias, por su dualidad de caracteres, Sánchez Román las llama ético-jurídicas.

(b) Las obligaciones del Derecho de Familia, a diferencia de los créditos, no se dirigen únicamente a obtener la satisfacción de un interés determinado del acreedor, sino a imponer la observación de una conducta personal y directa del obligado; de modo que no se concibe que tales prestaciones puedan ejecutarse por un tercero en lugar del sujeto pasivo de la relación familiar; nadie puede reemplazar a la mujer en el cumplimiento de su deber de fidelidad, ni a los hijos en lo que hace a la obediencia que deben a sus padres.

(c) Las obligaciones del Derecho de Familia, por lo general, son a la vez derechos y deberes; a la par que confieren una facultad, imponen una sujeción. Un padre tiene la prerrogativa de dirigir la conducta de sus hijos y, al mismo tiempo, está en la obligación de ejercer esas facultades, establecidas más que en beneficio del padre, en provecho de la familia. En la obligación propiamente dicha, el papel que corresponde desempeñar al acreedor y al deudor está completamente delimitado. Al sujeto activo toca exigir la prestación debida; al sujeto pasivo, ejecutarla.

De la Vega concluye expresando que en el derecho de sucesión **mortis causa** dominan relaciones de naturaleza peculiarísima, que se deducen todas del hecho de la muerte de una persona. Las relaciones que establece el derecho de crédito, aunque sufren su influencia, no dependen de ese evento jurídico, y existen, se modifican, transmiten y extinguen con independencia de él.

Definitivamente es la patrimonialidad, como antes lo expresamos, el requisito más complejo de todos los señalados, a tal punto que existen profundas divergencias en la doctrina sobre el concepto de patrimonialidad de la prestación o si éste debe ser considerado como exigencia esencial.

En la legislación peruana la patrimonialidad de la prestación no es requerida directamente por ninguna norma relativa al Derecho de Obligaciones. Pero a partir de una interpretación sistemática, en especial de la parte relativa a los contratos, la fuente más importante de las obligaciones, concluimos que la patrimonialidad debe estar presente en la prestación.

El artículo 1351 del Código Civil define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Siendo el contrato una fuente de las obligaciones, él crea, justamente, una obligación que es considerada una relación jurídica con contenido patrimonial. Esto se corrobora cuando el artículo 1402 del Código Civil señala que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. Consecuentemente, si es éste el objeto del contrato, entonces la obligación, cuando de él emana, debe tener carácter patrimonial.

El problema de fondo, sin embargo, está en determinar qué se entiende por patrimonialidad. Pasaremos, por ello, a resumir las principales concepciones expuestas, dentro de las innumerables que existen.

Una corriente de pensamiento sostiene que la patrimonialidad se caracteriza porque la prestación es valuable en dinero. Se argumenta que cualquier conducta o comportamiento que tenga un valor monetario es patrimonial. Consideramos, sin embargo, que esta concepción no satisface plenamente la función de la patrimonialidad, ya que bastaría que a una conducta típicamente no patrimonial, como por ejemplo a una adopción, se agregara un factor monetario, en el ejemplo citado el pago de S/. 10,000.00 a cambio de ser adoptado, para convertirla en una relación patrimonial. De esta forma, la función de la patrimonialidad, que justamente consiste en distinguir las conductas no patrimoniales de las patrimoniales, sería fácilmente burlada.

Una segunda teoría plantea que la patrimonialidad se define por la contraprestación que se da a cambio de la conducta realizada. Es una teoría en principio acertada, pero no explica todos

los casos, como por ejemplo la donación, en la que no hay contraprestación y, sin embargo, se aplican las reglas de las relaciones patrimoniales.

Una teoría interesante, y que a nuestro entender explica con claridad el problema de la patrimonialidad de la prestación, es la planteada por la doctrina italiana a propósito del artículo 1174 del Código Civil Italiano. Esta teoría sostiene que el interés de las partes en la prestación puede o no ser patrimonial, pero es la prestación en sí misma la que necesariamente debe serlo. Así pues, se pone el ejemplo del aficionado a la ópera que compra un boleto para escuchar a un cantante famoso. El interés de esa persona puede no ser patrimonial sino únicamente artístico, pero las conductas a través de las cuales se va a satisfacer dicho interés tienen que ser patrimoniales.

La patrimonialidad de dicha prestación o conducta se establecerá en función a un criterio objetivo, y se hará teniendo en cuenta lo que un determinado ordenamiento jurídico y social considera como patrimonial, entendiendo lo patrimonial como el sacrificio económico que una persona promedio haría para satisfacer un interés, de acuerdo con circunstancias de tiempo y lugar. Tenemos así ciertas conductas existentes que son típicamente patrimoniales, pues objetivamente las personas harían un sacrificio económico para satisfacer un interés determinado, como pueden ser las actividades artísticas, literarias o deportivas, que en otros tiempos o lugares, como por ejemplo en la Roma antigua, no eran consideradas como patrimoniales.

Por esas razones es que antes hemos distinguido entre la obligación civil, con contenido patrimonial, y los deberes jurídicos, que pueden o no tener contenido patrimonial, los deberes morales y los deberes generales.

En todos estos casos, como oportunamente se señaló, pueden existir consecuencias patrimoniales.

Pero las obligaciones civiles tienen necesariamente contenido patrimonial. Por eso, en los ejemplos propuestos por Ihering

debe admitirse su significación patrimonial por razón de la contraprestación, o de las consecuencias económicas que su inejecución origine, o de las conductas a través de las cuales se va a satisfacer un interés. Así, el mozo de café al que su patrón le impidió disponer de la tarde del domingo, o la negativa a que el acreedor disfrute del jardín contiguo, o violar la cláusula contractual que prohíbe hacer ruido; además de la eventual contraprestación económica sufragada por el acreedor, podría irrogar daños y perjuicios para el acreedor de tales prestaciones, e inclusive, en su caso, el pago de una cláusula penal. Se trata, en suma, de conductas que sí tienen contenido patrimonial.

El carácter patrimonial de una relación jurídica debe considerarse analizándola en su totalidad, relacionando las dos prestaciones, sin que sea indispensable que estas prestaciones sean valorables en dinero, pues puede existir un ingrediente distinto de la patrimonialidad, que constituiría su correctivo.

Aquí nos parece coherente continuar con la tradición jurídica, robustecida por Savigny y la Escuela Histórica, cuando sostienen la necesidad patrimonial de la prestación en la obligación civil, para distinguirla de los deberes, que no requieren esa característica, como ocurre principalmente con las relaciones de familia y con las de la personalidad.

Sin embargo, insistimos, tal como hemos indicado al estudiar la naturaleza jurídica de la obligación, muchos de esos deberes, cuando se infringen, originan una indemnización pecuniaria.

En conclusión, y como regla general, la patrimonialidad no se define únicamente por una valuación monetaria, o por una contraprestación, o por un correctivo, o por un interés subjetivo; sino por la prestación en sí, objetivamente considerada. Será el orden jurídico y social, de un tiempo y espacio específico, encarnado por el juez, que determinará cuándo una conducta justifica un sacrificio económico para lograr la satisfacción de un interés, que es justamente lo que constituye la patrimonialidad de la prestación.

Los deberes, reiteramos, trátese de deberes jurídicos con

contenido patrimonial, o sin él, de deberes morales o de deberes generales, tienen naturaleza distinta. Ellos pueden o no originar consecuencias patrimoniales, según hemos visto, por su inejecución, pero no constituyen obligaciones civiles.

Tal vez toda la confusión surge porque existen deberes que la ley impone -deberes que podríamos denominar con "rango de ley"-, pero que, sin embargo, no dejan de ser meros deberes, que pueden, ocasionalmente, convertirse en obligaciones civiles con contenido patrimonial.

(5.4) **Causa de la obligación.**

Según Eduardo B. Busso[46], es sólo la voluntad del legislador y la del propio obligado la que puede sobreponerse al natural estado de libertad en que vive el sujeto jurídico. Por ello, considera preferible la doctrina que admite dos causas, en el sentido de fuentes de la obligación: la ley y los actos jurídicos.

Sostiene Busso que los hechos jurídicos y otros elementos que figuren como antecedentes de la obligación no pueden ser admitidos como "causa", porque la obligación no ha surgido de su virtualidad jurídica.

Quedan comprendidas en el grupo de las obligaciones legales, según Busso, las nacidas de los delitos, cuasidelitos, cuasicontratos y enriquecimiento sin causa. También las obligaciones impuestas directamente por la ley en virtud de un presupuesto cualquiera: alimentos, vecindad, etc.

Agrega que la unificación de los delitos, cuasidelitos, cuasicontratos, etc., en el grupo de las obligaciones legales, es sólo a los efectos de clasificar las fuentes de las obligaciones y no impide reconocer las modalidades que son características y peculiares a cada uno de estos tipos. La obligación delictual origina así una indemnización que se debe integrar en forma distinta a la que co-

(46) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo III, Páginas 76 y siguientes.

rresponda cuando se trate de cuasidelitos. Pero estas especificaciones no impiden agruparlas a todas ellas cuando se trata de referirse a su fuente, origen o causa. La clasificación de las fuentes no tiene por qué confundirse con la clasificación de las obligaciones.

Quedan comprendidos en el grupo de los actos jurídicos como fuente, según Busso, el contrato, la promesa unilateral (si es que se acepta su existencia autónoma) y las disposiciones testamentarias.

En cuanto a la objeción de que las obligaciones contractuales serían en el fondo legales, porque es la ley la que asigna fuerza obligatoria a las convenciones, queda rebatida si se observa que en esos casos la ley es antecedente remoto y mediato, pero no es fuerza generadora directa del efecto de la convención, ni tampoco contiene una determinación volitiva dirigida a su nacimiento.

La norma legal que consagra el principio de la autonomía de la libertad es, simplemente, de orden permisivo, pero permitir no es crear, ni consentir es determinar. La ley no es fuente de las obligaciones convencionales que los particulares contraigan en el ejercicio de su libertad jurídica, porque ella no aporta ningún elemento activo a la integración de esas obligaciones. Es un antecedente remoto, indiferente al efectivo nacimiento de cualquier obligación concreta.

La permisión de los contratos no importa -por otra parte- una concesión graciosa de la ley civil positiva. La libertad de contratar queda incluida en las libertades fundamentales que garantiza la Constitución Nacional. Si se sostiene que la ley civil es fuente de las obligaciones convencionales, porque las permite, lo mismo habría que decir de la ley constitucional, porque las garantiza.

Se dice también que la ley es fuente de las obligaciones porque a todas les confiere la acción que asegura el carácter coercitivo necesario para que existan obligaciones propiamente dichas. A esta opinión puede replicarse que no debe confundirse la ac-

ción con la obligación: la primera se refiere a la efectividad del vínculo pero no a su existencia.

Finalmente, los principios generales del Derecho no constituyen una nueva fuente de obligaciones, sino una aplicación de la voluntad legal a la creación de obligaciones en forma mediata y a través de la intervención del juez, obrando en la interpretación de principios no escritos en la ley positiva.

Domat, citado por Busso, hablaba de la causa de las obligaciones diciendo que "la obligación que se forma en las convenciones a título oneroso, en favor de uno de los contratantes, tiene siempre su causa de parte del otro; y la obligación sería nula si en realidad careciese de causa." El Código Francés menciona entre las condiciones necesarias para la validez de las obligaciones "una causa lícita de la obligación" (artículo 1101), y en otro texto habla de "obligación sin causa" (artículo 1131). No falta, sin embargo, una disposicion que se refiere a la "causa del contrato" (artículo 1132).

Capitant, también citado por Busso, se refiere a la causa de las obligaciones. Es un error -dice- aludir exclusivamente a la causa de las obligaciones contractuales, o utilizar la expresión "causa de los contratos". La causa de un contrato, por sí sola, no significa nada. No puede hablarse sino de la causa de las obligaciones asumidas por los contratantes.

Debe señalarse, sin embargo, que la noción "causa del contrato" es de más amplio contenido. En una convención no deben disociarse causas distintas para cada una de las partes, sino referir la causa subjetiva a la producción del resultado objetivo del contrato considerado en su integridad, y así tendremos que en la venta, por ejemplo, la causa será la voluntad de realizar el intercambio de valores que la operación significa. El deseo del comprador de adquirir la cosa y el del vendedor de percibir el precio son dos bienes particulares buscados aisladamente, y deben ser absorbidos en uno más amplio que sea común a ambas partes: el de proceder al cambio. Tal es, en definitiva, la causa del contrato.

Esta concepción, dice Busso, cuantitativamente más amplia, es cualitativamente más profunda en cuanto a investigar la voluntad del agente. No bastará con decir que la obligación del vendedor tuvo por fin el deseo de obtener el precio, sino que habrá que preguntarse qué finalidad perseguía al desear la convención que le importaba el cambio de la cosa por el precio, y esto en definitiva significaría investigar las razones por las cuales quería el precio.

En cuanto a la causa fin, otros autores hacen una clasificación más amplia y distinguen tres fines fundamentales: **donare**, **solvere** y **credere**. Todo acto que determina una adquisición de bienes, o una transmisión de valores -dice Savigny-, debe corresponder necesariamente a una de esas tres finalidades. Toda estipulación, para tener plena eficacia y validez, debe ser concluida **donandi causa, solvendi causa** o **credendi causa**.

En realidad, el **donare**, **solvere** o **credere** son calificaciones abstractas o tipos de causa formales vacías de contenido. En cada caso concreto esa mera forma de querer se llena de un contenido determinado y específico: el **donare** adquiere sentido en razón de determinados hechos; el **credere** se dirige a la obtención de una prestación especial; y el **solvere** busca el pago de cierta deuda.

Esta clasificación, según Busso, es bastante completa, pues una clasificación general no puede, por lo demás, descender al detalle de los innumerables matices que puede tener la intención del otorgante de un acto jurídico.

Por eso, según la opinión clásica, en los contratos sinalagmáticos la obligación de cada parte tiene como causa la obligación de la otra. Planiol critica este concepto de causalidad diciendo que es incomprensible: hay imposibilidad lógica en que las dos obligaciones del contrato -que son dos hermanas gemelas- se sirvan recíprocamente de causa, pues nunca un efecto y su causa pueden ser contemporáneos. Esta crítica se entiende totalmente infundada. Planiol habla como si se tratara de "causas eficientes", cuando en realidad la cuestión se refiere a las causas finales. En

el mundo de la voluntad son los fines futuros los que deciden los actos voluntarios. Por eso no es un absurdo decir que el fin de obtener la contraprestación es lo que ha determinado a cada contratante.

En cuanto a la misma tesis clásica, sobre los contratos reales, en los que sólo hay obligación a cargo de una de las partes, esta obligación tiene por causa la prestación previamente cumplida por la contraparte.

En el caso del comodato, para Capitant la causa que determina al prestador o comodante es doble: por una parte, el deseo de prestar un servicio al prestatario; por otra, recobrar la cosa en el plazo convenido. Cuando el prestatario o el comodatario se comprometen a restituir la cosa, no hacen sino contraer una obligación que corresponde a la naturaleza misma del contrato que se ha otorgado. La causa de esa obligación que asume se explica fácilmente: ellos no obtendrían la posesión temporaria de la cosa si no se obligaran a devolverla, y por tanto para la realización de aquel resultado consienten esta obligación.

En el caso del depósito, el depositante entrega la cosa para que se la guarden, es decir para obtener un beneficio, pero a condición de que se la restituyan.

Luis María Boffi Boggero[47] expresa que el contrato constituye, en materia de fuentes de las obligaciones, el acto jurídico bilateral que tiene por fin inmediato crear obligaciones.

Los cuasicontratos constituyen hechos jurídicos no del todo acordes con el concepto romano ni con el Derecho Anglosajón. Dice Boffi Boggero que se suele mencionar en el Derecho Argentino, como cuasicontrato, la gestión de negocios, el empleo útil, etc. El cuasicontrato, según algunos, indica una semejanza muy marcada con el contrato. Pero éste entraña inexcusablemente un

(47) BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo I, Páginas 111 y siguientes. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1979.

acuerdo de voluntades, mientras que el cuasicontrato carece por completo de ese acuerdo. Siendo especial y característico este último elemento, no parece que la distancia entre ambas figuras sea tan escasa que denote aproximación alguna. Por eso -señala Boffi Boggero- algún jurista la ha llamado una figura híbrida y en virtud de ello tiende a ser sustituida por el "enriquecimiento indebido".

Agrega el citado tratadista que en las Instituciones existían diversos casos de cuasicontrato: la gestión de negocios de otro sin mandato expreso o tácito; la tutela y curatela; la comunidad de cosas particulares o de universalidades entre miembros que no actúan en sociedad; la aceptación de una herencia; el pago por error de cosa no vendida.

La figura del cuasicontrato, como bien se ha señalado, es híbrida. Responde a motivos y concepciones históricas que la doctrina moderna modificó, de modo que la figura perdió la claridad que su alcance primitivo podía en todo caso conferirle.

Según Boffi Boggero, las figuras cuasicontractuales que se han recordado son tan distintas de los contratos, que la terminología sólo puede denotar una similitud entre ellas y las contractuales. Ni asomo muestran, en efecto, del consentimiento, y éste es un elemento esencial del contrato. Los supuestos cuasicontractuales responden mejor al concepto del enriquecimiento sin causa.

Los delitos y los cuasidelitos son actos ilícitos en sentido subjetivo, y por tanto en esos casos se responde por la "responsabilidad aquiliana".

Agrega Boffi Boggero que la sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada, es decir cuando no cabe contra ella recurso alguno, ha sido considerada tradicionalmente como declarativa de obligaciones. Pero para una corriente de opinión el juez no hace derecho, no da nacimiento a las obligaciones, se limita a declarar su existencia. Alguien ha pretendido que la sentencia de un juez era una nueva fuente de las obligaciones, supervivencia romana incompatible con nuestro Derecho positivo.

Según Boffi Boggero, en fin, muchos efectúan la clasificación bipartitamente en fuentes contractuales y extracontractuales. Su fundamento se apoya en la formación de un grupo homogéneo, que es el contractual, y de varias figuras claramente heterogéneas entre sí, entre las cuales hay algunas más semejantes al contrato que a las fuentes derivadas de los hechos ilícitos. Tal acontece con la declaración unilateral de voluntad, la cual, siendo acto lícito, está más cerca del contrato que del delito o del cuasidelito, ya que une más el común signo de licitud que el, también común, de carencia de consentimiento.

Pedro N.Cazeaux y Félix A.Trigo Represas[48] afirman, en un extenso discurso, que se suele agregar como fuente autónoma de las obligaciones, el "abuso del derecho", en aquellas teorías que no exigen para la configuración de éste, la concurrencia de los elementos propios de los actos ilícitos y en especial de la intención de dañar.

Agregan que si el abuso del derecho existe por el solo ejercicio de un derecho contrario al fin social que se tuvo en vista al instituirlo y con prescindencia de toda imputabilidad, es obvio que si de dicho ejercicio abusivo se deriva un daño a tercero, la obligación de repararlo no encontraría ubicación adecuada en ninguna de las fuentes tradicionales: la fuente sería entonces propiamente "el abuso del derecho".

Nosotros debemos añadir que cualquiera que sea la naturaleza jurídica del denominado abuso del derecho, sobre la que no se ponen de acuerdo los autores, la fuente de la relación obligacional para resarcir tal abuso sería, sin duda alguna, la ley.

Según Cazeaux y Trigo Represas, la ley puede ser fuente mediata o inmediata de las relaciones obligacionales, aunque generalmente lo sea sólo en la primera forma, ya que siendo las obligaciones realidades que existen en el ordenamiento jurídico,

(48) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 533 y siguientes.

es forzoso que sean consentidas por la norma que reglamente esas realidades. Pero en todos estos supuestos se trata propiamente de normas genéricas que regulan en forma mediata el nacimiento de las obligaciones, el cual recién se operará cuando se produzcan los diversos hechos o circunstancias concretas que, dentro del marco permisivo señalado por la ley, sirvan a las obligaciones de causa próxima e inmediata.

Pero acá nos interesa la ley como fuente inmediata o específica de obligaciones; o sea, cuando por su sola autoridad da nacimiento a una relación obligacional concreta, con acreedor, deudor y prestación debida, con independencia de todo acto voluntario o de comportamiento del sujeto.

Como ejemplos típicos de obligaciones legales se citan: la prestación de alimentos por razón del parentesco o del vínculo matrimonial; las obligaciones emergentes de la tutela y la curatela, sobre representación del incapaz, administración de sus bienes y rendición de cuentas; la obligación de exhibir determinadas cosas. Y entre los derechos -polo opuesto de las obligaciones- de origen exclusivamente legal, se puede mencionar el del descubridor de un tesoro en predio ajeno, a quien le corresponde la mitad del mismo, por el solo imperio de la ley.

Llambías[49] expresa que el tercer elemento esencial de la obligación es su causa eficiente o fuente, esto es, el hecho que la ha originado. No es posible pensar en una obligación que exista porque sí, independientemente de un hecho que la antecede y que la haya producido. Tampoco en el mundo del Derecho hay generación espontánea, de modo que si algo existe, esto postula la necesidad de otro, algo que dé razón de la existencia del primero; estando, pues, justificado, en el análisis de la obligación, enunciar como un elemento esencial de ella a su causa eficiente o fuente, la que es posible definir como el hecho dotado por el ordenamiento jurídico con virtualidad bastante para establecer entre acreedor y deudor el vínculo que los liga.

(49) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo I, Páginas 40 y siguientes.

Agrega Llambías, citando a Planiol, que éste considera sólo dos fuentes de las obligaciones: el contrato y la ley.

En el contrato, la voluntad de las partes forma la obligación, y determina a la vez su objeto y extensión; el legislador no interviene más que para sancionar la obra de las partes, dándole una acción, y para controlar su actividad limitando la libertad de los contratantes por medio de prohibiciones y nulidades.

En ausencia de un contrato, el nacimiento de una obligación no puede provenir sino de la ley: si el deudor está obligado no es porque él lo haya querido sino porque lo quiere el legislador. Así, pues, todas las obligaciones no convencionales tienen por fuente a la ley; son obligaciones legales.

Contra este parecer ha replicado Josserand que no es dable equiparar el contrato a la ley, porque precisamente recibe de ésta su fuerza y virtualidad jurídica. Empero, cabe replicar que no se trata de equiparar sino de advertir que el contrato como hecho originario de obligaciones tiene una fuerza que la propia ley no puede dejar de reconocer. El análisis de Planiol es, en ese sentido, exacto, pero en la opinión de Llambías ha quedado a mitad de camino, porque hay, fuera del contrato, otros hechos que entrañan una energía creadora de obligaciones que el Derecho no puede desconocer.

Por ejemplo, para Demogue son fuentes de las obligaciones el contrato, la voluntad unilateral, el acto ilícito, el cuasicontrato y el hecho jurídico.

Pacchioni distingue dos fuentes de obligaciones: el acto jurídico y el hecho jurídico, sea éste natural o humano, voluntario o no, lícito o ilícito.

Josserand señala cuatro fuentes: el acto jurídico (sea éste un contrato o una declaración de voluntad unilateral), el acto ilícito, el enriquecimiento sin causa y la ley.

Según Savatier, las obligaciones derivan de la autonomía de

la voluntad, de la equivalencia, de la responsabilidad, del riesgo creado y del interés social.

Enneccerus indica las siguientes fuentes: los negocios jurídicos, en los que quedan incluidos los contratos, las promesas unilaterales y los testamentos; los actos semejantes a los negocios; los actos reales; los actos ilícitos; los actos no culposos que obligan a indemnización; el enriquecimiento injusto; y ciertos estados de naturaleza jurídica o de hecho, como los derechos reales, de familia o hereditarios.

Según Windscheid, engendran obligaciones los negocios jurídicos, las declaraciones judiciales y otros hechos contemplados en la ley.

Para Larenz son fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, la conducta social típica, el hecho legalmente reglamentado y el acto de valoración estatal con efecto constitutivo en Derecho privado.

Hernández Gil acepta como fuentes: el contrato, la promesa o declaración unilateral de voluntad, la transgresión de deberes de conducta, el enriquecimiento injusto y la imputación de consecuencias jurídicas obligacionales por ocupar una posición prevista por la norma con tal finalidad.

Según Puig Brutau, las fuentes son: la voluntad manifestada; la conducta del hombre, en cuanto fluye en los intereses de los demás con independencia de lo que sea el contenido de su voluntad manifestada; y la ley, en cuanto atiende a circunstancias independientes de la voluntad y de la conducta.

Hay aquí clasificaciones, por así decirlo, para todos los gustos.

Ernesto Clemente Wayar[50], en fin, señala que según el ar-

(50) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 151 y siguientes.

tículo 499 del Código Civil Argentino, no hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles. Ello permite, según Wayar, efectuar la siguiente enumeración:

(a) El contrato, que es el acuerdo de voluntades por medio del cual las personas reglamentan el ejercicio de ciertos derechos u obligaciones que les conciernen.

(b) El delito, el mismo que está comprendido dentro del género de los actos ilícitos y se caracteriza por el hecho de que se le ejecuta a sabiendas y con intención de dañar a la persona o los derechos de otro.

(c) El cuasidelito, que es otra especie de acto ilícito que se caracteriza porque se le ejecuta sin intención, pero con culpa o negligencia.

(d) Hechos que provocan daños sin culpa del autor, que son los que engendran responsabilidad objetiva, pues en ellos no hay ni delito ni cuasidelito. Por ejemplo, la teoría del riesgo.

(e) La declaración unilateral de voluntad, como por ejemplo la oferta al público.

(f) El enriquecimiento sin causa.

(g) Los propios actos, lo cual significa que una persona queda obligada cuando sus actos han suscitado en otra una fundada confianza en la realizacion de determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de los actos anteriores. Por ejemplo, Juan le arrienda una vivienda a Pedro; en el contrato no se incluye ninguna cláusula que posibilite la prórroga de la locación. Próximo a vencer el plazo, Pedro solicita autorización para efectuar mejoras en el inmueble y Juan se la concede. Al autorizar las mejoras, Juan ha exteriorizado un acto propio, que infunde en Pedro la confianza de que el contrato será prorrogado; por ende, aquél no podrá luego pretender el desalojo.

(h) Otros actos reglamentados por la ley, pues dado que no es posible enumerar taxativamente todos los hechos-fuente, es conveniente dejar sentado que todo hecho al cual la ley le reconozca fuerza vinculante debe ser tratado como hecho-fuente.

Agrega Wayar que existen otros supuestos controvertidos, como las relaciones contractuales de hecho, designando por tales a aquellas relaciones jurídicas en cuyo nacimiento no se observa con claridad un acuerdo de voluntades, no obstante lo cual da lugar a la formación de obligaciones contractuales. Por ejemplo, un aviador compelido por las circunstancias se ve obligado a efectuar un aterrizaje forzoso en un aeródromo privado. Ocurrido ello, el propietario del aeródromo pretende cobrarle por los servicios que le ha prestado. Aquí Wayar se pregunta de dónde nace la obligación del aviador y si se ha celebrado un contrato o se trata de una relación fáctica.

Otra fuente controvertida, según Wayar, sería la equidad, esto es la expresión del Derecho Natural que opera como fuente de ciertos vínculos obligatorios; por ejemplo, de las obligaciones naturales. Dice Wayar que esta afirmación es incorrecta, pues la equidad no es la causa de la cual nace el vínculo, pero sí es el fundamento que explica por qué cuando el deudor paga voluntariamente no puede repetir lo pagado.

Wayar concluye mencionando como último supuesto controvertido, el ejercicio abusivo del derecho, esto es, el denominado abuso del derecho.

Vemos así como Wayar agrega ingredientes a las prolijas enumeraciones citadas por Llambías.

Por nuestra parte, le otorgamos a la palabra "causa" tres acepciones. Dos de ellas corresponden a los elementos de las obligaciones y la otra a los contratos.

Nos referimos a la "causa eficiente" o "fuente de las obligaciones"; a la causa "legal" o "final"; y a la causa "ocasional" o "motivo determinante del acto jurídico".

(1) Antiguamente, en el Derecho Romano -y esta concepción es recogida por legislaciones modernas- se distinguían cinco fuentes de las obligaciones, esto es los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley.

Los contratos eran los acuerdos de voluntad de dos o más personas para crear obligaciones. Los cuasicontratos eran aquellos actos que, sin constituir acuerdos de voluntad como en los contratos, generaban efectos similares a éstos. Los delitos se presentaban cuando una persona, que actuaba dolosamente, causaba un daño a otra. El cuasidelito se configuraba por la producción de un daño originado en el actuar negligente de una persona. La obligación, en fin, también podía emanar por disposición de la ley.

Esta clasificación, en nuestro concepto, no debe ser acogida por el Derecho moderno. Aquí seguimos rigurosamente a Planiol. Las únicas "causas eficientes" o "fuentes de las obligaciones", son la voluntad y la ley.

Son voluntarias aquellas que tienen su origen en la manifestación de voluntad de una persona, pudiendo ser bilaterales (por ejemplo, los contratos en general) o unilaterales (por ejemplo, una promesa unilateral, una disposición testamentaria, etc.). Son legales aquellas que surgen de un mandato de la ley.

Obsérvese que en todos los análisis jurídicos enunciados, la obligación, a fin de cuentas, sólo surge de la voluntad o de la ley. Podemos efectuar múltiples elucubraciones jurídicas, podemos evaluar, en cada caso concreto, la naturaleza jurídica de la obligación, pero su fuente eficiente, necesariamente, nos guste o no nos guste, emanará tan sólo de la voluntad o de la ley.

Este planteamiento ciertamente simplifica los conceptos. Y esta simplificación se observa en la gran mayoría de los Códigos modernos, en los cuales ni siquiera se hace referencia a la "causa eficiente" de la obligación, porque se dan por

descontadas las dos premisas esenciales y únicas, llámense voluntad o ley.

Debe pues descartarse, a nuestro juicio, las antiguas teorías romanas, acogidas por tratadistas modernos, que han dado origen a numerosos Códigos, que todavía efectúan enunciados obsoletos de las fuentes de las obligaciones.

(2) Pero la causa de la obligación no se agota con la denominada "causa eficiente" o "causa-fuente". Existe también como elemento de la relación obligacional, y con la categoría de esencial, la denominada "causa legal" o "causa final".

La causa responde, en esta acepción, a la pregunta ¿por qué se debe?; a diferencia del consentimiento, que responde al interrogante ¿ha querido deber?; y al objeto, que responde a la pregunta ¿qué se debe?

Vamos a referirnos, en primer término, a la causa de la obligación vinculada al contrato.

Hemos visto que la causa de la obligación es un elemento distinto del consentimiento y del objeto. La causa, en este sentido, es la razón por la cual asume su obligación el contratante. Ella es siempre abstracta, desligada de la personalidad del contratante, idéntica para cada categoría de contratos. Se diferencia, desde luego, de la causa del contrato, que como luego veremos es la razón, la finalidad o el móvil que determina a cada uno de los contratantes a concluirlo.

La causa de la obligación, o razón abstracta, es siempre idéntica para una misma categoría de contratos. Así, en los contratos de prestaciones recíprocas, la causa de la obligacion de cada una de las partes es el compromiso asumido por la otra parte; en los denominados contratos reales, categoría suprimida por el Código Civil Peruano de 1984, la causa de la obligación es la entrega de la cosa; en los contratos a título gratuito, la causa de la obligación es la intención de liberalidad, distinta de los móviles que han impulsado a aquél que practicó dicho acto.

Donde más claramente se percibe la causa de la obligación es, sin duda, en los contratos de prestaciones recíprocas, porque ella explica la interdependencia existente, al tiempo de su formación, entre dichas obligaciones. Si en esta clase de contratos las obligaciones no pueden nacer la una sin la otra, es decir, si existe interdependencia en el momento de la formación del contrato, es porque la causa de la obligación de una de las partes está constituida, justamente, por la obligación asumida por la otra parte.

Ello explica que el Derecho Alemán y el Suizo, que han rechazado la causa de la obligación como requisito de cierto número de actos jurídicos, hayan tenido que afirmar el principio de interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato sinalagmático, principio que, en cuanto a la formación del contrato, abarca la teoría de la causa.

La causa de la obligación, en suma, existe; debe ser lícita, lo que usualmente ocurre por su carácter abstracto; y, finalmente, no debe ser falsa.

Se distingue claramente, en consecuencia, la causa legal o final, vale decir, el fin perseguido por las partes al contraer la obligación, de la fuente o causa eficiente -generada por la voluntad o por la ley- y de la causa del contrato, que obedece, según se ha expresado, a la razón que decide a cada parte a contratar, razón que es personal, ordinariamente reservada y particularmente variable.

Por ello, no sería válido afirmar que la causa de la obligación no debe ser considerada elemento vital en la elaboración del acto jurídico, o que ella sea innecesaria, como parecería sugerirlo el hecho de que no se contemple en norma expresa por los Códigos Alemán, Suizo, Austriaco y Brasileño, entre otros. La causa es elemento esencial de la existencia de la obligacion en el contrato. No cabe negarla. Es posible, legislativamente, prescindir de ella, como lo hace el Libro VI del Código Civil Peruano de 1984; pero esto no significa, en modo alguno, no admitir su existencia.

Podemos desarrollar la misma tesis cuando la obligación nace de la voluntad unilateral. En la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación a favor de otra persona. Pero, para que el destinatario sea acreedor de la prestación, es necesario su asentimiento expreso o tácito. En estos casos, la causa de la obligación del promitente es su simple declaración de voluntad y la causa de la acreencia del destinatario es su asentimiento expreso o tácito.

Algo similar ocurre, por ejemplo, con las disposiciones de última voluntad. Si el testador impone a sus herederos la obligación de pagar un legado, la obligación de tales herederos surge de la declaración de última voluntad del testador y la acreencia del legatario se origina, también, en dicha declaración.

En lo que respecta a la ley, en fin, la "causa legal" o "causa final" surge precisamente porque ella así lo ordena. Es el caso, por ejemplo, de la obligación que asume aquel que ha incurrido en responsabilidad extracontractual de indemnizar a la víctima. Y, en el caso de esta última, la causa de su acreencia ante el victimario también se origina en la propia norma legal.

Por consiguiente, la denominada "causa legal" o "causa final" constituye, conjuntamente con la denominada "causa eficiente" o "fuente de las obligaciones", elemento esencial de la obligación.

(3) La causa tiene una tercera acepción, pero que es ajena al Derecho de Obligaciones. Nos referimos a la causa del contrato, esto es, a la denominada "causa ocasional" o "motivo determinante del acto jurídico".

El motivo para la celebración de un acto jurídico es totalmente irrelevante, pues pertenece al fuero íntimo o personal de quien contrata. Desde esta óptica el "motivo del acto jurídico" no interesa, pues nadie puede penetrar en las razones

que tiene una persona, si no se revelan, para concertar dicho acto jurídico.

Sin embargo, la razón puede adquirir singular interés, inclusive para anular el acto jurídico, cuando ella se revela en forma expresa y, además, es falsa. Es lo que se denomina error en el motivo, que sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte (artículo 205 del Código Civil Peruano).

Si Pedro adquiere de Juan un terreno en la Avenida Javier Prado de la ciudad de Lima, destinado a construir un edificio de doce pisos, y no revela, al tiempo de concertar el acto jurídico, ese motivo, entonces sería indiferente que existiera previamente a la celebración del contrato, una ordenanza municipal que prohibiera construir, en esa zona, edificios de más de cinco pisos. En este caso los motivos del comprador no se habrían expresado, pertenecerían a su fuero íntimo, y serían irrelevantes al acto jurídico, pues al vendedor no le interesa, en definitiva, el destino que pueda otorgar el comprador al predio que adquiere. Puede comprarlo como inversión; o para construir en él una playa de estacionamiento; o para edificar una casa-habitación; o para construir en él un edificio. Estos motivos íntimos no interesan al Derecho.

Sin embargo, si el motivo se manifiesta expresamente en el acto jurídico como su razón determinante, y es aceptado por la otra parte, entonces se está introduciendo en ese acto la denominada "causa ocasional" o "motivo determinante del acto jurídico", cuya falsedad originaría su anulación, porque afectaría al consentimiento, o sea a la voluntad de una de las partes.

Pero este desarrollo lo hemos efectuado para tratar de demostrar que existe una causa en el acto jurídico, que sólo adquiere trascendencia cuando se revela en forma expresa y es aceptada por la otra parte, y que se trata de un concepto diferente a los dos elementos esenciales de la obligación,

esto es la "causa eficiente" o "fuente de las obligaciones" y la "causa legal" o "causa final".

(6) CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES.

Antes de proponer nuestra propia clasificación de las obligaciones, deseamos, como lo venimos haciendo invariablemente en el estudio de la Teoría General de las Obligaciones, citar a algunos autores que tratan la materia. Hemos seleccionado para ello, en primer lugar, a Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, quienes plantean -con todo acierto, sin duda- una profusa clasificación de las obligaciones, para continuar luego con tratadistas que ponen el acento en alguna clasificación determinada, cuya lectura reviste interés por la profundidad de sus conceptos o por la originalidad de sus tesis.

Según Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana[51], las obligaciones se clasifican de la siguiente manera:

(a) Por la naturaleza del vínculo, en civiles, que son las que confieren acción para exigir su cumplimiento en juicio; y en naturales, que son las que se fundan sólo en el Derecho Natural y en la equidad, no son ejecutables, pero, una vez cumplidas, no es repetible lo dado en pago en razón de ellas.

(b) Por el tiempo de cumplimiento de la prestación, en obligaciones de ejecución inmediata y de exigibilidad diferida. En este último caso la obligación se encuentra postergada en cuanto a su exigibilidad por un plazo inicial pendiente, o en cuanto a su existencia, por una condición suspensiva también pendiente. En cambio, es inmediata cuando sus efectos no se encuentran postergados por alguna de dichas modalidades.

---

(51) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Páginas 9 y siguientes.

También, por el tiempo de cumplimiento de la prestacion, las clasifican en obligaciones de ejecución única, cuando el cumplimiento se efectiviza de una sola vez, en forma instantánea, y en obligaciones de ejecución permanente o de duración, cuando se prolongan en el tiempo. Estas últimas comprenden las de ejecución continuada y las periódicas o de "tracto sucesivo".

(c) Por las modalidades de la obligación. En este sentido las clasifican en puras, cuando no están sujetas a ninguna modalidad. El codificador argentino las define diciendo que se presentan "cuando su cumplimiento no depende de condición alguna", esto es, cuando la existencia de la obligación no está sujeta al acaecimiento de un hecho futuro e incierto; pero, dicen dichos tratadistas, la ley se olvida del plazo y del cargo. A plazo, cuando la exigibilidad de la obligación está supeditada al acaecimiento de un hecho futuro y cierto; y con cargo o modo, cuando se impone una obligación accesoria y excepcional al adquirente de un derecho.

Metodológicamente, expresan los autores, es criticado el tratamiento de las modalidades en el Código Civil, por cuanto ellas no son privativas de las obligaciones sino que corresponden a cualquier acto jurídico; por lo tanto, deberían haber sido legisladas en la parte general de los actos jurídicos, y no como una institución especial de las obligaciones. Afirman que el codificador, sin razón valedera, se apartó del método seguido por Freitas y utilizó el del Código Francés. La metodología correcta es empleada por los Códigos Alemán y Brasileño, y por los Proyectos Argentinos de reforma, que incluyen las modalidades en la parte general.

Además, se critica el tratamiento del cargo como el relativo a una obligación condicional, siendo que tiene con ésta diferencias tajantes.

Las modalidades, concluyen, son elementos accidentales de los actos jurídicos y no únicamente del derecho creditorio.

(d) Por la prestación.

(1) De acuerdo con el modo de obrar, en positivas y negativas.
(2) De acuerdo con su naturaleza, en dar, hacer y no hacer.
(3) De acuerdo con su complejidad, en simples o de prestación singular y compuestas o de prestación plural; a su vez, éstas se subdividen en conjuntivas y disyuntivas.
(4) De acuerdo con la determinación, en dar bienes ciertos y bienes inciertos, y dentro de estas últimas obligaciones, de género, de dar cantidades de cosas y de dar dinero. Esta clasificación, por tanto, se desdobla en la forma siguiente:

(i) De dar cosas ciertas, que son aquellas en que el objeto debido, que no es fungible, se encuentra individualizado (**ab initio**) desde el mismo nacimiento de la obligación.

(ii) De dar cosas inciertas no fungibles o de género. Aquí los autores adoptan la definición de Llambías, para quien estas obligaciones son "las que versan sobre objetos no individualizados, que se definen por el género a que pertenecen, con caracteres diferenciales dentro del mismo género."

(iii) De dar cantidades de cosas. Son las obligaciones de dar cosas inciertas fungibles, es decir, que las unas puedan ser sustituidas por las otras; que constan de número, peso o medida; y de las que es conocida su especie y calidad. Por ejemplo, D le debe entregar a A tres toneladas de plomo.

(iv) De dar dinero, las mismas que constituyen una especie de las obligaciones de dar cantidades de cosas, y son aquellas que tienen por objeto el dinero, cuya cantidad y calidad se encuentra determinada "**ab initio**", desde el mismo nacimiento de la obligación; por ejemplo, D debe pagarle a A S/. 1,000.

(v) Deuda de valor, que es aquella cuyo objeto consiste en un valor abstracto, constituido por bienes que "**a posteriori**" serán apreciables en dinero y convertidos en deuda

dineraria por acuerdo de partes o sentencia judicial. Por ejemplo, D le debe a A el valor de la medianería; o una indemnización de daños.

(e) De acuerdo con la índole del contenido, las obligaciones pueden ser de medios y de resultado.

En las primeras, el deudor promete su actividad mediante la cual se puede lograr normalmente el resultado esperado por el acreedor, pero su obtención no está garantizada por el deudor; por ejemplo, la defensa en un juicio.

En las obligaciones de resultado, por el contrario, el deudor promete un resultado u objetivo determinado. Por ejemplo, D se compromete a entregar a A un libro de historia.

(f) Por el sujeto. Las obligaciones se clasifican así de sujeto simple o singular y de sujeto compuesto o plural, las que a su vez se subdividen en las de pluralidad subjetiva disyunta y las de pluralidad subjetiva conjunta.

Son de pluralidad disyuntiva las que en realidad constituyen una falsa pluralidad, por cuanto la elección de uno de los sujetos, ya sea activo o pasivo, excluye, con retroactividad al nacimiento de la obligación, a los no elegidos, como si nunca hubieran sido sujetos de dicha obligación. Por ejemplo, D o E le deben a A S/. 10,000, de tal forma que si A elige a D para que le pague la deuda, E queda automáticamente excluido de la relación creditoria, con retroactividad al nacimiento de la obligación.

De pluralidad conjunta, existiendo concurrencia de deudores y/o acreedores y la elección de uno de ellos no excluye a los demás como sujetos de la obligación. Aquí se refieren a las obligaciones divisibles e indivisibles y a las mancomunadas y solidarias.

(g) Por la interdependencia. Las obligaciones se clasifican en principales y accesorias. Las primeras tienen vida propia; las segundas son aquellas en que la obligación principal es la que le da vida, la razón de su existencia.

(h) Por su fuente. Se clasifican en nominadas, en caso de las contractuales; e innominadas, caso de las obligaciones "**ex leye**".

Guillermo A. Borda[52] se refiere a las obligaciones ambulatorias o **propter rem**, a las que atribuye una naturaleza especial, cuya estrecha vinculación a un derecho real les da una fisonomía propia.

Sus características esenciales, señala Borda, son las siguientes:

(a) Tanto el acreedor como el deudor son titulares de un derecho real, sea sobre la misma cosa, sea sobre dos cosas vecinas. Por eso ha podido decir Aberkane que la obligación **propter rem** une a los titulares de dos derechos rivales; se resuelve este conflicto instituyendo entre los derechos una coexistencia pacífica y un **modus vivendi** aceptable.

(b) Puesto que la obligación **propter rem** está siempre vinculada a un derecho real, se transmite junto con ese derecho. El enajenante queda liberado de la obligación que pasa al adquirente. Por eso son llamadas obligaciones ambulatorias. Otra consecuencia de este carácter es que el deudor puede liberarse de su obligación haciendo abandono de la cosa.

(c) La obligación **propter rem** es propiamente una obligación y no un derecho real, porque el sujeto pasivo debe de dar, hacer o no hacer, y porque responde de su cumplimiento con todo su patrimonio.

Como ejemplo de esas obligaciones se citan las que pesan sobre los vecinos de contribuir al deslinde y amojonamiento; la de los condóminos de contribuir a los gastos de conservación de la cosa común; la del usufructuario de contribuir a

---

(52) BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I, Páginas 16 y siguientes. Octava Edición actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1986.

los gastos de la cosa en proporción al goce que tiene de ella; la del acreedor pignoraticio de cuidar diligentemente la cosa que tiene en su poder.

Se ha discutido si la obligación que pesa sobre el poseedor de una cosa hipotecada es **propter rem**. Para la teoría clásica, éste era precisamente el ejemplo típico: la obligación de responder pesa sobre el tercer poseedor, cualquiera que sea; se transmite junto con el dominio; está limitada al valor de la cosa. A lo que se ha replicado que la única obligación del tercer poseedor es la de guardar una actitud pasiva; cumple con lo que la ley pide de él, limitándose a dejar hacer; no está obligado con el resto de su patrimonio. En suma, la ley no lo obliga a pagar, sino a dejar que el acreedor se cobre haciendo ejecución de su bien; y aunque no haga manifestación positiva de abandono, el acreedor no puede dirigirse contra sus otros bienes.

La opinión tradicional ha sido retomada por Aberkane, que la presenta bajo un nuevo y seductor aspecto. De la superposición de dos derechos sobre el inmueble (el hipotecario y el de dominio) nacen obligaciones **propter rem** para asegurar el ejercicio de cada uno de ellos. El pago de la deuda hipotecaria es una primera manifestación, pero ella no es la única. Entre el tercero detentador y el acreedor hipotecario existe todo un conjunto de relaciones jurídicas, cuya naturaleza sólo puede ser clarificada por la teoría de las obligaciones **propter rem**.

La circunstancia de que el crédito tenga carácter **propter rem** no impide su cesión. Esta solución se aplica, claro está, a los créditos ya nacidos y no a los futuros, que no pueden desglosarse del derecho real al que acceden.

Llambías[53], continuando con el tema, expresa que las obligaciones **propter rem** constituyen una hipótesis muy interesante de indeterminación relativa del sujeto, activo o pasivo. Ellas también son llamadas obligaciones ambulatorias.

(53) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo I, Páginas 22 y siguientes.

Sostiene Llambías que en rigor no hay indeterminación del sujeto, sino ausencia de su individualización, porque ello dependerá del momento de la vida y de la obligación en que se la haga valer. Citando a Alsina Atienza, dice que "el crédito de deuda nace, subsiste o se extingue, junto con la relación de señorío mencionada; si el acreedor o deudor **propter rem** dejan de estar en dicha relación con la cosa, sea porque la abandonan, o porque la enajenan, o porque otro venga a entrar en ella originariamente, o porque la cosa desaparezca haciéndose imposible la relación de señorío respectiva, el acreedor o deudor quedan desligados, por lo menos para lo sucesivo, de la obligación **propter rem**, y ésta se desplaza hacia el nuevo dueño o poseedor; por lo que se habla a menudo de que la obligación es ambulatoria."

Se trata de obligaciones concernientes a una cosa, que no gravan a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada. De allí que la obligación viaje, tanto activa como pasivamente, con la cosa a la cual accede. Por lo demás, el crédito **propter rem** debe ser considerado como un accesorio del objeto adquirido que pasa con éste del autor de la transmisión a su sucesor.

Entre las obligaciones **propter rem** más frecuentes, Llambías cita a las mismas mencionadas por Guillermo A. Borda.

Por otra parte, el mismo Llambías[54], entre la tradicional clasificación de las obligaciones que efectúa, menciona a una que atiende a la causa de la obligación, y distingue entre obligaciones contractuales, extracontractuales y legales. Dice que las primeras derivan de los contratos, las segundas de los hechos ilícitos y las últimas directamente de la ley. Cabría aquí preguntarle a Llambías, si los hechos ilícitos no derivan también de la ley.

(54) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op cit.,Tomo II-A, Página 8.

Por su parte, Philippe Malaurie y Laurent Aynés[55] dicen que otra distinción que se dedica al objeto de las obligaciones es la que opone las obligaciones de naturaleza a las obligaciones monetarias. Afirman que su interés es doble. Por una parte, las consecuencias del incumplimiento: en el momento de la posesión, la obligación de naturaleza se transforma en obligación monetaria; por el contrario, la obligación monetaria no cambia el objeto en el momento de un cumplimiento forzado. Por otra parte, sólo la obligación monetaria sufre los efectos de la devaluación de la moneda.

Michele Giorgianni[56] se refiere a una clasificación de las obligaciones que denomina "relaciones de obligación duradera".

Precisa que en esta clase de obligaciones su desenvolvimiento no se agota en una sola prestación, sino que supone un período más o menos largo, por cuanto su contenido implica o bien una conducta duradera o bien la realización de prestaciones periódicas. Pertenecen a este grupo, en su opinión, las relaciones de arrendamiento, el mutuo, el depósito, los contratos de suministro, etc. Considera que es decisivo para el carácter de la relación de obligación duradera que se haya pactado desde un principio la entrega de una cantidad total (por ejemplo, carbón para uso doméstico), que se entregará parcialmente en distintos momentos. En tal contrato carece el tiempo de influencia sobre el contenido y la extensión de la prestación, y no repercute sino sobre el modo de hacerla.

Una relación de obligación duradera, agrega, puede constituirse por un tiempo determinado, con cuyo transcurso se extingue; pero puede también terminarse mediante acuerdo posterior o por acto unilateral, de una de las partes, es decir, a través de su resolución.

(55) MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Cours de Droit Civil. Les Obligations, Página 12. Tercera Edición. Editions Cujas, París, 1992.
(56) GIORGIANNI, Michele. La Obligación, Páginas 41 y siguientes. Bosh, Casa Editorial, Barcelona, 1958.

Según Raymundo M. Salvat[57], ordinariamente cada obligación tiene una existencia propia e independiente de cualquier otra, existe por sí misma en virtud de la causa o hecho que le ha dado nacimiento. Por excepción, nos encontramos algunas veces en presencia de obligaciones cuya existencia se relaciona íntimamente con la de otra, de tal manera que existe en razón de esta última; la obligación dotada de existencia propia se llama en tal caso obligación principal; la otra, obligación accesoria.

Según Salvat no es necesario, para resolver las cuestiones a que pueden dar lugar las obligaciones accesorias, que ellas sean legisladas, sino basta la aplicación de los principios generales sobres las cosas principales y accesorias.

Luis María Boffi Boggero[58] expresa, sobre el mismo tema, que la circunstancia de que muchos contratos no daban lugar en Roma a obligaciones dotadas de eficacia, hizo que se insertasen en ellos algunas cláusulas anexas llamadas **pacta adjecta**, propias de la buena fe, que gozaban de la misma protección que los acuerdos **stricto jure**. Los antiguos juristas franceses desenvolvieron el concepto y ya los primeros exégetas del Código Napoléon distinguían por lo general entre obligaciones "principales" o "primarias" y obligaciones "secundarias" o "accesorias".

Su escaso tratamiento, en general, por los Códigos, se explica por el hecho de que los principios generales sobre las cosas principales y accesorias hacían innecesaria su consideracion especial.

Guillermo A. Borda[59] afirma que existe obligación principal y otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra. Tal es el caso de la cláusula penal, la fianza, etc.

Según algunos autores -agrega Borda-, sería nota esencial

(57) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 69.
(58) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo III, Páginas 201 y siguientes.
(59) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 32 y siguientes.

de la obligación accesoria, la circunstancia de que, por lo menos en un momento dado, coexista con la obligación principal; sin esa coexistencia no habría a qué referir el carácter de principal o accesorio. Por consiguiente, no tendría este carácter la cláusula penal prevista para el supuesto de incumplimiento definitivo de la obligación, pues ella no accede a la obligación principal sino que la subroga. En cambio, sería propiamente accesoria la cláusula penal prevista para compensar el retardo en el cumplimiento de la obligación principal, puesto que ambas coexisten. Sin embargo, Borda no acepta este planteamiento, ya que la cláusula penal, que es accesoria, no se concebiría sin la existencia de la obligación principal.

Borda enseña que el carácter principal o accesorio de una obligación puede referirse a su objeto o a las personas obligadas:

(a) Son accesorias en cuanto a su objeto cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, como son las cláusulas penales.

(b) Son accesorias en cuanto a las personas obligadas, cuando éstas las contrajeron como garantes o fiadores.

Luis de Gásperi[60], al tratar sobre las obligaciones principales y accesorias, se refiere a los "pactos adjuntos", que fueron concebidos en Roma para extender o restringir la voluntad de las partes y los derechos y las obligaciones que libre y recíprocamente se habían conferido. Estos pactos extienden o amplían los derechos del acreedor, así como las obligaciones del deudor.

Los denominados "**pacta adjecta**", por no ser sino cláusulas accidentales, añadidas al contrato, no formaban parte de su contenido esencial. Incorporados en el momento de la celebración de los contratos de buena fe, devenían siempre en obligatorios y estaban protegidas por la acción del contrato principal.

---

(60) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo I, Páginas 357 y siguientes.

La validez de estos pactos estaba subordinada a dos requisitos esenciales: ser jurídicamente posibles y no suspender o resolver la fuerza obligatoria del contrato.

Estas nociones romanas las conservaron los franceses y así Domat, ocupándose de la materia, expresa que, diversificándose las convenciones según las necesidades, se les puede agregar "toda clase de pactos, condiciones, restricciones, reservas, cartas de pago generales y otras, con tal de que nada haya en ellos contrario a las leyes y a las buenas costumbres".

Toullier, citado por De Gásperi, distingue las obligaciones según sean principales o primitivas y secundarias o accesorias. Corresponderían a la primera de estas categorías las que constituyen el objeto principal del contrato. Por ejemplo, la obligación del vendedor, en el contrato de compraventa, de entregar la cosa y de transferir la propiedad. En el mismo contrato, obligación secundaria o accesoria sería la de pagar al vendedor perjuicios e intereses en el caso de no entregar la cosa vendida.

En las obligaciones secundarias, distingue Toullier, las que no son sino una consecuencia de la obligación primitiva, que nacen naturalmente de la sola inejecución o del retardo en la ejecución de la obligación principal, sin que haya habido necesidad de una convención particular. Tal sería la obligación de pagar los daños e intereses debidos por la sola fuerza de la ley de la equidad. Y las que nacen de una cláusula expresamente opuesta al contrato, por la cual la parte que se obliga promete dar una cierta suma u otra cosa en el caso de incumplimiento o de retardo en la ejecución de su compromiso. Tales son las llamadas cláusulas penales.

Agrega que hay casos en que, extinguiéndose la obligación principal, la secundaria desempeña su función. Así acontece cuando, al perecer la cosa vendida por culpa del vendedor, surge en su lugar la secundaria de pagar perjuicios e intereses, sin que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la una y de la otra. En otros casos, como en el simple retardo, la secundaria accede

a la principal, sin que el deudor quede dispensado de cumplir su obligación primitiva.

Zachariae resumió estas ideas sin modificación alguna. Inspirado en la obra de este autor, Vélez Sarsfield incorporó al Código Argentino algunos preceptos. Por ejemplo, el artículo 523 dispone que "De dos obligaciones, una es principal y la otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra".

Aquí se alude a las obligaciones que "por disposición de la ley" son accesorias de otra principal, como la de indemnizar daños y perjuicios en las obligaciones de dar, cuando la cosa perece por culpa del deudor. Tales son las obligaciones secundarias comprendidas en el primer grupo de la clasificación de Toullier. El precepto no se refiere a las obligaciones que son principales o accesorias por voluntad de las partes. Si a ellas se refiriera, el artículo 523 citado comprendería, dentro de la generalización, las obligaciones recíprocas de las partes en los contratos sinalagmáticos que, según la concepción de Domat y de Pothier, desempeñan la función de "causa" de dichas obligaciones, sin que ninguna de ellas pueda considerarse accesoria de la otra.

Fuera de lo que prescribe la ley, pueden las partes incorporar a sus contratos pactos adjuntos, generadores de obligaciones accesorias, sea en virtud de la naturaleza de su objeto, como la obligación de pagar una pena, sea la de pagar una obligación al acreedor, en el caso de que el deudor no lo hiciere, como en la fianza.

Los derechos y obligaciones accesorios de esta especie quedan, en principio, subordinados a la existencia de la obligación principal. Por regla general, su nulidad o extinción no influye sobre la existencia del crédito a que acceden. Por ejemplo, el artículo 525 del Código Argentino prescribe que "Extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria, pero la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal."

Por aplicación de este principio, dispone el artículo 880 del

mismo Código que la remisión hecha al deudor principal libera a los fiadores; pero la que se ha hecho al fiador, no aprovecha al deudor.

Por la misma razón, el fiador puede invocar la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal; pero el deudor principal no puede compensar su obligación con lo que el acreedor deba al fiador, para extinguir o pagar su deuda.

El acreedor que, al dar recibo de capital, no hace reserva alguna sobre los intereses, extingue la obligación accesoria del deudor respecto de ellos.

En el mismo orden de ideas, y por aplicación del artículo 663 del Código Argentino, la nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta deja subsistente la obligación principal.

Según Antonio de la Vega Vélez[61], las obligaciones se dividen, en cuanto a la manera como han de cumplirse, en puras o simples y en sujetas a modalidades.

Lo normal y corriente es que las obligaciones sean puras y simples, no sujetas a modalidades. Si las partes celebran un acto o contrato, es para que produzca efectos normal e inmediatamente. La regla general es que las obligaciones sean puras o simples; lo excepcional es que queden sujetas a modalidades.

Debe entenderse, por lo tanto, que las modalidades constituyen un elemento accidental de los actos y contratos, y no un factor de su esencia. Y de allí que deban estipularse expresamente, pues las cosas que son de su esencia o de su naturleza se sobreentienden.

Las modalidades consisten en estipulaciones que modifican los efectos propios o instantáneos de las obligaciones, y son: con-

---

(61) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Op. cit., Páginas 221 y siguientes.

dición, plazo y modo. Son cláusulas que en ocasiones impiden el nacimiento, el ejercicio o la extinción del derecho de crédito.

Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimieno futuro, que puede suceder o no.

La condición es positiva o negativa. La positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa en que una cosa no acontezca.

La condición debe ser física y moralmente posible, esto es, no opuesta a las leyes de la naturaleza física ni contrarias al derecho y a las buenas costumbres. Cuando la condición negativa es físicamente imposible, la obligación se tendrá por pura y simple; si consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición.

Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o deudor. Casual, la que depende de la voluntad de un tercero o del acaso. Mixta, la que depende en parte del acreedor o deudor y en parte de la voluntad de un tercero o del azar.

Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga.

La condición potestativa admite, sin embargo, una subclasificación, según la doctrina, en simplemente potestativa y mera o puramente potestativa; la primera supone de parte del obligado no sólo una manifestación de voluntad, sino la realización de un hecho exterior; la segunda, en cambio, depende exclusivamente de la mera voluntad o capricho de la persona que se obliga: si deseo, si quiero. La condición simplemente potestativa, según De la Vega Vélez, es válida, porque la obligación del deudor se subordina, en parte al menos, a contingencias que no dependen de su solo arbitrio. Por el contrario, la condición mera o puramente potestativa, puede ser válida o no según las circunstancias. Si depende de la voluntad del acreedor, es válida, sea suspensiva o resolutoria; si depende de la voluntad del deudor, también es válida, cuando es resolutoria.

La condición se llama suspensiva cuando suspende la adquisición de un derecho, y resolutoria, cuando por su cumplimiento lo extingue.

La condición suspensiva que es o se hace imposible, o cuyo sentido es inintelegible, o induce a hechos ilegales o contrarios a la moral, se tendrá por fallida.

La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o inintelegible, o que induzca a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita.

Luis María Boffi Boggero[62], pronunciándose sobre la misma materia, afirma que si la exigibilidad de la obligación se produce desde su nacimiento, nos hallamos ante una obligacion "pura" o "pura y simple".

Cabe observar en cuanto a la metodología, agrega, que una parte importante de la doctrina estima que la teoría de las obligaciones simples y modales debe tratarse en la parte general del Derecho Civil, mientras otra entiende que debe serlo en la parte dedicada a las obligaciones. La primera teoría la mantienen el Código Alemán, el Código Helénico, el Código Chino y los Códigos Peruanos de 1936 y 1984. En la segunda corriente militan numerosos Códigos, entre ellos el Francés, el Chileno, el Italiano y el Venezolano.

Dice Manuel Albaladejo[63] que las obligaciones se dividen en positivas y negativas, según que la prestación que ha de realizar el deudor consista en una acción o en una omisión, es decir, según esté obligado a obrar (en un sentido o en otro) o a abstenerse.

Como formas de obrar son el dar y el hacer, las obligaciones

---

(62) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo III, Páginas 234 y siguientes.

(63) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Páginas 33 y siguientes.

positivas se subdividen en dar y hacer. Englobándose bajo el concepto de "no hacer", es decir, de una obligacion negativa, existe una cuarta subcategoría que algunos, por simetría, añaden: las obligaciones de "no dar".

Raymundo M. Salvat[64] señala que existe otra clasificación ajena a los elementos corrientes de sujeto, objeto o vínculo, que está llamada a una gran trascendencia por las proyecciones de su aplicación: se trata de las obligaciones de resultado y de medios.

La enunció Demogue y la desenvolvió luego Henri Mazeaud con variantes en el enunciado, pero abordando el mismo fenómeno. Según Demogue, existe obligación de resultado y obligación de medios. Para Henri Mazeaud, la clasificación debe ser obligación determinada y obligación general de prudencia y de diligencia.

En la prestación de resultado, el deudor se obliga a procurar al acreedor la prestación que él ha contratado y espera obtener. Para poder excusar el incumplimiento, el deudor tiene que probar, según Salvat, la imposibilidad resultante del caso fortuito o de la fuerza mayor.

El deudor de un objeto cierto está obligado a entregarlo y el acreedor puede contar con la seguridad de recibirlo. En defecto de la prueba que haga el deudor del caso fortuito o de la fuerza mayor excusable, será responsable ante el acreedor de todos los perjuicios derivados de la falta de entrega prometida.

En la prestación de medios, sólo se puede prometer diligencia y aptitud para cumplir las medidas que normalmente producen un resultado. El acreedor espera el resultado y podrá obtenerlo pero no exigirlo. Para la determinación de estas obligaciones, la cuestión está en que el deudor no promete ni debe prometer un resultado, ni el acreedor tiene derecho a exigirlo.

(64) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Páginas 32 y siguientes.

El médico que contrata la atención de un enfermo puede comprometer cuidado y competencia, pero no el resultado de salvarle la vida ni de extirparle la enfermedad.

Aparte de que razones de ética impiden a un médico comprometer un resultado de su intervención, resultaría antijurídico que su situación se considerara semejante a la del deudor de cuerpo cierto, y frente al enfermo que fallece o que no se cura, apareciera como deudor de incumplimiento imputable mientras no hiciese la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor.

Si la prestación contraída por el cirujano fuese de asegurar la vida de los enfermos que interviene, sería responsable de la muerte en todos los casos en que no pudiese traer la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor.

Igual acontece con el abogado que no puede prometer, ni el cliente exigirle, ganar el pleito que se le confía. La prestación a su cargo sería de medios y no de resultado.

En la obligación de resultado, acreditada la existencia de la obligación y el tiempo de cumplimiento, el deudor es responsable por inejecución si no trae la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor.

En la obligación de medios, como el deudor no puede prometer resultado, sólo será responsable cuando obró sin la diligencia y el cuidado que la naturaleza del caso exigía tener.

Luis Diez Picazo y Antonio Gullón[65] expresan, por su parte, que debe señalarse el interés que asiste al acreedor, el cual aparece de modo invariable, ontológicamente hablando, en el objeto de toda obligación, sea ésta de medios o de resultado. De ahí que es falsa la afirmación de algunos autores, acerca de que el interés en los deberes de medios se encuentra fuera del objeto.

(65) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen II, Páginas 155 y siguientes.

Si esto fuera cierto, afirman, no se justificaría la celebración del acto jurídico que es causa fuente del derecho de crédito; el acreedor no concertaría la obligación, pues ello carecería de sentido a su respecto.

En realidad, ocurre que en los deberes de medios ese interés que aparece **in obligatione** es aleatorio, contingente, potencial, eventual, razón por la cual es bastante actuar -**in solutione**- con la observancia de la conducta prudente y diligente del deudor. Contrariamente, en los deberes de resultado es menester alcanzar el fin, objetivo o efecto perseguido por el acreedor, que es, precisamente, el resultado que califica la obligación.

Ernesto Clemente Wayar(66) trata con pulcritud el tema. Por ello vamos a ser explícitos al citarlo.

Según Wayar, obligación "de resultado" es aquella en la cual el deudor asume el deber de realizar una prestación específica, encaminada al logro de un resultado concreto, de suerte que el interés del acreedor queda satisfecho con la obtención de ese resultado (por ejemplo, la locación de obra en la cual el locador se obliga a construir una pared).

Obligación "de medios" es aquella en la cual el deudor sólo promete el empleo diligente de medios aptos para normalmente obtener un resultado. En este caso, el deudor cumple con sólo emplear los medios prometidos, aunque no se logre lo deseado (por ejemplo, la obligación del médico de "atender" a un paciente).

Como secuela lógica de tales premisas se configura el siguiente cuadro de cargas y deberes probatorios:

(a) En la "obligación de resultado", puesto que el deudor ha prometido ese resultado, si es que no llega a producirse, al acreedor le bastará probar esa circunstancia, es decir, el incumplimiento de la promesa. No deberá probar la culpa, pues al incumplimiento se lo presume culpable. Le tocará al deudor, si quiere liberarse de responsabilidad, probar que cumplió o que el incumplimiento no le es imputable.

(b) En la obligación "de medios", el incumplimiento no se prueba acreditando la no obtención del resultado; es natural que así sea, pues ese resultado no fue "prometido" por el deudor. El acreedor deberá probar que el deudor no empleó los medios técnicos adecuados, o que los empleó con negligencia o imprudencia, es decir, deberá probar que el deudor obró con culpa.

Tales son las consecuencias que derivan de la teoría que divide las obligaciones en dos categorías, según que el deudor prometa la obtención de un resultado o sólo el empleo de medios adecuados.

Sin embargo, la doctrina ha puntualizado la necesidad de revisar la teoría tradicional sobre este tema.

Se pretende, con la crítica, no un lucimiento dogmático, ni mucho menos, sino el logro de una finalidad práctica concreta: revertir la situación en que se hallan los acreedores "de medios", que deben probar la culpa del deudor si pretenden ser indemnizados. Ocurre que esa prueba es muy difícil -a veces imposible-, porque los "medios" consisten, casi siempre, en prestaciones científicas o técnicas del deudor, que, también casi siempre, el acreedor desconoce. Es mucho más lógico que sea el deudor quien pruebe que cumplió una prestación acorde con las reglas de la ciencia o de la técnica, y que si no se obtuvo el resultado que el acreedor esperaba, esta frustración se debió a causas extrañas a la prestación misma, o a razones no imputables al deudor. La clasificación de Demogue, que otrora rindió sus frutos, hoy es ineficaz para resolver con justicia el conflicto de intereses que se plantea en las relaciones jurídicas a las cuales pretende regular, en particular, en las prestaciones que derivan del ejercicio de profesiones especializadas.

---

(66) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 126 y siguientes.

Según Wayar -a quién seguimos citando-, la impugnación se asienta en los siguientes fundamentos:

(1) La distinción entre obligaciones "de medios" y "de resultado" es sólo aparente. Entre una y otra categoría no hay ninguna diferencia ontológica, es decir, de esencia o de naturaleza. En aquellas que la tradición llama "de medios" es siempre posible hallar un resultado; esto se comienza a comprender cuando se acepta que en toda obligación hay "medios" y se persiguen "resultados".

(2) A partir de la distinción entre objeto y prestación se obtiene el siguiente esquema: el objeto del derecho del acreedor equivale a un resultado que él espera de la conducta del deudor, que es el medio productor de tal resultado. En este sentido, "resultado" y "medio" son dos elementos que están ligados íntimamente dentro de la estructura de toda relación de obligación; constituyen parte de su esencia. Por eso afirmar que hay obligaciones de medio en las cuales no se promete ni se debe un resultado es equívoco; hasta se puede decir que es errado. Equivale a sostener que en ciertos supuestos el derecho del acreedor carece de objeto. El hecho de que en algunas obligaciones el medio (o prestación) adquiera singular importancia, no autoriza a prescindir del resultado. Obviamente, no tienen la misma jerarquía la prestación que ha de cumplir, por ejemplo, el médico, y la que debe realizar un comprador; en tanto que el primero tiene que obrar científicamente, el segundo sólo debe contar dinero y entregarlo al vendedor. Pero el hecho de que así sea no significa que el interés del enfermo en curarse no merezca la misma protección jurídica que el interés del vendedor en recibir el dinero. En uno y otro caso, el resultado esperado por el acreedor debe gozar de idéntica protección. Y esto no ocurrirá si, como punto de partida, se admite en la obligación de medios que el deudor no se compromete a un resultado.

(3) Los medios siempre atienden a un resultado. En la obligación llamada "de medios", la prestación -o sea, la conducta debida- persigue siempre un resultado que no es otro que

satisfacer el interés del acreedor. Es innegable que el logro del resultado le interesa también al deudor; sólo así se explica que ponga todo su empeño en obtenerlo. Sería un verdadero dislate suponer que quien adeuda un medio no se preocupa por lograr un resultado. ¿Cómo pensar que el médico no está realmente interesado en curar al enfermo? Siempre hay, a no dudarlo, un punto en donde el objeto del derecho del acreedor se confunde con el resultado a que apuntan los medios que proporciona el deudor.

Siendo así, es imposible escindir los medios del resultado.

De lo expuesto, expresa Wayar, se puede extraer una conclusión: cuando el enfermo no recupera su salud, a pesar de haber seguido el tratamiento indicado por el médico, bien cabe decir que, como acreedor, su interés no ha sido satisfecho y que la prestación cumplida por el médico, con prescindencia de la eficacia de utilidad de los medios empleados, tampoco ha alcanzado su objetivo, que era, precisamente, curar al enfermo. Se han frustrado, en suma, el objeto del crédito y la finalidad a que apuntaba la prestación cumplida. A la inversa, puede acontecer que el enfermo se recupere no obstante haber sido mal atendido por el médico; en tal caso, el paciente no puede reclamarle nada a su deudor, ya que no sufrió daño alguno. Esto demuestra que si bien al acreedor le interesan los medios que su deudor emplee, más le interesa el resultado.

(4) Los partidarios de la clasificación de Demogue no han podido dejar de reconocer que aun en la obligación de medios el acreedor desea satisfacer un interés definitivo o fin último, para lo cual no basta la sola conducta del obligado; se desea algo más que la sola conducta: se desea obtener un resultado determinado. Con este reconocimiento, la teoría parece perder toda su fuerza. Para salvarla, esa doctrina afirma que el resultado o fin último es aleatorio. El deudor cumple observando la conducta debida con prudencia y diligencia; no se le puede exigir el logro del resultado, pues esto es aleatorio o potencial.

Lo que esta tesis no explica es si el álea, que es un riesgo, debe ser asumido por el acreedor como un elemento natural, impuesto por una norma supletoria para las obligaciones de medios, o si, al contrario, supone una expresa manifestación de voluntad.

Hemos desarrollado, hasta aquí, las opiniones de distinguidos civilistas sobre diversas clasificaciones de las obligaciones.

Pasemos ahora a efectuar nuestra propia clasificación.

(A) ***Por su fuente.***

Ya nos hemos referido a este tema al tratar la teoría de la causa. La causa, en su sentido de "causa eficiente", constituye la fuente de las obligaciones.

Aquí el Código Civil Peruano de 1984, a diferencia del Código Francés, y siguiendo la técnica del Código Civil Alemán, del Código Federal Suizo de las Obligaciones, del Código Civil Brasileño y del propio Código Civil Peruano anterior del año 1936, no menciona cuáles son las fuentes de las obligaciones. Este es un tema que deja librado a la doctrina y a los intérpretes.

Consideramos que este criterio es acertado porque la obligación sólo puede emanar de la voluntad o de la ley. Nos parece artificial, y sin verdadero sustento jurídico, continuar haciendo referencia, por ejemplo, a los cuasicontratos o cuasidelitos.

La voluntad es fuente de la obligación cuando ella así se manifiesta. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, la obligación del vendedor de transferir el bien emana de una manifestación de su voluntad y, a su turno, la obligación del comprador de pagar un precio, también emana de esa manifestación. En el contrato de donación, éste surge porque el donante se obliga, voluntariamente, a transferir en forma gratuita al donatario la propiedad de un bien. En la promesa unilateral, el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona. En los testamentos, quien otorga sus disposiciones de última voluntad lo debe hacer espontáneamente, pero las obligaciones que se generan después del fallecimiento del testador obedecen a dicha voluntad. Vemos pues cómo, en todos estos casos, es la voluntad la fuente de la obligación.

La otra fuente es la ley. Cuando una persona causa un daño a otra, por dolo o por culpa, o mediante la utilización de un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, y queda obligada a indemnizar, lo está porque así lo ordena la ley. Es al tiempo en que se origina el daño, que el victimario queda obligado a resarcir a la víctima. Pero esta obligación no nace de la voluntad. Obedece a un mandato legal. Lo mismo ocurre, por ejemplo, cuando la ley ordena que se deben alimentos recíprocamente los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos. En estos casos, con prescindencia de la voluntad, basta el hecho del matrimonio, de las relaciones de filiación o de las fraternas, para que exista la obligación legal de prestar alimentos. Aquí en nada influye la voluntad.

En muchos otros casos, desde luego, pueden presentarse simultáneamente como fuentes de las obligaciones la voluntad y la ley. Por ejemplo, en las obligaciones que surgen de la medianería, es evidente que interviene la voluntad, para construir una pared medianera, pero que luego es la ley la que establece las obligaciones emergentes de dicha medianería. En este caso, los romanos aludían al cuasicontrato.

Siguiendo con el raciocinio, podríamos agregar que, en los propios contratos, éstos se celebran por acuerdo entre las partes, es decir, por voluntad de los contratantes, pero que muchas de las consecuencias jurídicas que emanan de esa relación obligacional están previstas por la ley.

No vale la pena, por ello, que en el Derecho moderno nos enfrasquemos en analizar las singularidades de cada "acto jurídico" o "hecho jurídico", pues toda obligación, necesariamente, emana de la voluntad o de la ley.

(B) ***Por la naturaleza de la prestación.***

Aquí ingresamos a una clasificación clásica. Las obligaciones pueden ser de dar, de hacer o de no hacer.

Las obligaciones de dar consisten en la entrega de un bien; las de hacer, en la ejecución de un hecho; y las de no hacer, en una abstención.

Las dos primeras son llamadas positivas, pues consisten en una acción. Las de no hacer son denominadas negativas, pues consisten en una omisión.

Cabe formular dos aclaraciones. En primer término, que en las obligaciones de dar también podría haber un "hacer", que consistiría en la entrega del bien. Y que en las obligaciones de hacer puede existir "un dar" o "un entregar". En efecto, ciertas obligaciones de hacer son inmateriales, se realizan con la ejecución de un hecho que consiste, simplemente, en la actividad del sujeto, pero que no se traduce, luego, en la entrega de un bien; por ejemplo, cuando una persona se obliga a transportar a otra, entonces la obligación queda cumplida al trasladarla hasta el lugar de su destino. Cuando un abogado se obliga a defender un juicio, de palabra, ante los tribunales, cumple la prestación después de rendido el informe oral. Pero hay casos en que las obligaciones de hacer se traducen en la entrega de un bien. Por ejemplo, si Pedro celebra con Juan un contrato destinado a que este último pinte un cuadro o esculpa una estatua, la obligación es de hacer, porque lo que persigue el acreedor es la actividad del deudor, a través de su industria, arte o cualidades personales. Pero esta obligación de hacer sólo será cumplida por el deudor cuando entregue esa obra de arte, sea el cuadro o la escultura, a su acreedor. Esto es, cuando Juan cumpla cabal e íntegramente la prestación.

Lo anterior explica por qué la ley faculta al acreedor a exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. La ejecución forzada no tiene cabida en el cumplimiento de hechos inmateriales. Por ejemplo, si Pedro contrata a Juan, cantante de

fama, para que actúe en un concierto, y este último se rehúsa a hacerlo, entonces Pedro no podrá ejecutar forzadamente la obligación. Tendrá que conformarse, por ser una obligación "**intuitu personae**", con exigir la indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de la obligación. Sin embargo, si el pintor o escultor, antes mencionados, cumple con pintar el cuadro o con esculpir la estatua, pero rehúsa entregarla, entonces la obligación de hacer podrá ejecutarse forzadamente. Nos referimos, desde luego, a la etapa final de la obligación, pues nadie podría exigir forzadamente al artista pintar el cuadro o esculpir la estatua.

Las obligaciones de dar, a su turno, se clasifican en obligaciones de dar "bienes ciertos" y obligaciones de dar "bienes inciertos".

A su vez, los bienes inciertos se clasifican en la forma siguiente:

(a) De dar un bien incierto dentro del género o de la especie. Por ejemplo, la obligación de entregar un caballo, o la obligación de entregar un caballo de carrera, o la obligación de entregar un caballo de carrera nacido en el Perú, o la obligación de entregar un caballo de carrera que corre en el Hipódromo de Monterrico. En estos casos debe practicarse una elección, bien sea por el deudor, por el acreedor, por un tercero o por el juez, según las normas previstas por el Código Civil. Pero, tratándose de una obligación de género o de especie, el deudor, antes de la individualización del bien, no podría eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa. Para ello tendría que perecer todo el género o la especie. Pero esto es muy improbable, prácticamente imposible. Ya los romanos decían, en este sentido, que el género nunca perece.

(b) De dar un bien incierto entre bienes determinados. Son las llamadas obligaciones "**unum de certis**". En este caso la elección se debe practicar entre bienes determinados o determinables. Por ello, si luego de contraída la obligación, y antes de la elección, todos perecen sin culpa del deudor,

éste no es responsable. Sería el caso, por ejemplo, del deudor que se obliga a entregar uno de los caballos de su propiedad que corre en el Hipódromo de Monterrico. Pero ocurre que entre el día en que se contrae la obligación y el día en que debe practicarse la elección, una epidemia determina que todos los caballos perezcan. En este caso no habría qué elegir, pero indudablemente el deudor no tendría responsabilidad alguna.

(c) De dar bienes, respecto de los cuales existen muchos, y que son fungibles entre ellos. Por ejemplo, entregar cien cajas de cerveza marca N, de una docena de botellas por caja, y de botellas de setecientos cincuenta mililitros cada una. Aquí el deudor, al azar, entrega cualesquiera cien cajas, en la medida en que correspondan a la marca, cantidad y contenido que hubieren sido convenidos. Hay, sin duda, una elección por el deudor. Pero la palabra "elección" se emplea en este caso en sentido vulgar y no jurídico, porque al acreedor le es indiferente que se trate de unas botellas u otras, en la medida en que reúnan las características previstas en el contrato y se encuentren en buen estado.

Caso diferente sería si el deudor, simplemente, asume la obligación de entregar cien cajas de cerveza. En este caso sí cabe una elección en el sentido jurídico de la palabra, porque hay distintas marcas de cerveza, diferentes calidades, diversos contenidos en cuanto a sus envases, etc.

(d) De dar sumas de dinero. Aquí hay incertidumbre respecto a la denominación y numeración de los billetes que el deudor deba entregar al acreedor. Tiene pues el deudor que practicar una elección. Pero esta elección también se verifica en el sentido vulgar de la palabra, no jurídico, pues al acreedor le es indiferente, usualmente, la denominación de los billetes, y totalmente indiferente su numeración en la medida en que no sean falsos.

Las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer se analizan inmediatamente después de concluir la teoría general que estamos exponiendo.

(C) ***Por la pluralidad de objetos.***

En este caso las obligaciones se clasifican en conjuntivas, alternativas y facultativas.

Son conjuntivas aquellas obligaciones con pluralidad de prestaciones en las que el deudor tiene que cumplir todas ellas. Las obligaciones conjuntivas no presentan particularidad alguna: el deudor debe cumplir todas las prestaciones prometidas, como si se tratase de obligaciones independientes y distintas. Por ejemplo, la obligación de dar el inmueble ubicado en tal lugar y el automóvil de tal modelo, con placa de rodaje y número de motor determinados.

Las obligaciones conjuntivas pueden versar, sin duda, sobre prestaciones de dar -bienes ciertos o inciertos-, de hacer o de no hacer.

En principio, es indiferente para el cumplimiento de las demás prestaciones, que una de ellas sea nula o imposible. El deudor tendrá que cumplir con las demás. Sin embargo, este principio general admite excepciones. Estas excepciones se presentan cuando las prestaciones están vinculadas entre ellas. Por ejemplo, si una persona contrata a una agencia de viajes para que le obtenga pasajes en avión, le renueve el pasaporte y le reserve un hotel en Buenos Aires, si la agencia no logra adquirir los pasajes, las otras dos prestaciones carecerían de utilidad para el acreedor. En este caso se trataría de prestaciones que, dentro de la obligación conjuntiva, tienen tal naturaleza que la imposibilidad de una de ellas determina la inutilidad de las demás.

La obligación es alternativa cuando existen diversas prestaciones, pero el deudor debe cumplir por completo solamente una de ellas. Se trata de obligaciones disjuntas, en las que se debe practicar una elección, bien por el deudor, bien por el acreedor, por un tercero o por el juez. En cuanto a su naturaleza, desde luego, estas prestaciones también pueden ser de dar -bien cierto o incierto-, de hacer o de no hacer.

La obligación, en fin, puede ser facultativa. En este caso ella tiene por objeto una sola prestación, pero se otorga al deudor la facultad de sustituir, para los efectos del pago, esa prestación por otra. La primera es la prestación principal; la segunda es la accesoria. La primera está "**in obligatione**", mientras la segunda está "**in facultate solutionis**". También en este caso ambas prestaciones pueden ser de dar -bien cierto o incierto-, de hacer o de no hacer.

En el curso del trabajo se estudiará con todo detenimiento esta categoría de obligaciones.

(D) ***Por la pluralidad de sujetos.***

En esta clasificación se ingresa al complejo tema de las obligaciones divisibles e indivisibles y mancomunadas y solidarias, que más adelante se desarrolla cuidadosamente.

Cuando en la relación obligacional existe un solo deudor y un solo acreedor, la clasificación que antecede no se aplica. Es verdad que en este caso podemos determinar si la obligación es divisible o indivisible, pero ello en nada altera la naturaleza jurídica de la relación obligacional. En efecto, existiendo un solo deudor y un solo acreedor, el primero, y únicamente el primero, tendrá que cumplir el íntegro de la prestación con el acreedor. Es pues indiferente que la prestación sea divisible o indivisible. La única consecuencia -ajena desde luego a la doctrina de la divisibilidad e indivisibilidad- es que si la prestación es divisible, el deudor, si el acreedor así lo acepta, podrá cumplirla por partes. Si fuera indivisible, tendrá que cumplirla de una sola vez e íntegramente.

El problema surge cuando hay pluralidad de sujetos, sean pasivos o activos, esto es cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores o, simultáneamente, en una misma relación obligacional, pluralidad de deudores y de acreedores.

En estos casos inevitablemente, ineludiblemente, debemos

ingresar a la aplicación de los preceptos legales sobre la divisibilidad e indivisibilidad y sobre la mancomunidad y solidaridad.

En efecto, basta que en una relación obligatoria exista un acreedor y dos deudores, o dos acreedores y un deudor, o dos deudores y dos acreedores, para que necesariamente nos ubiquemos en el campo de las obligaciones divisibles e indivisibles y mancomunadas y solidarias.

En el primer caso tendremos que analizar si la prestación es divisible o indivisible y si los codeudores se han obligado mancomunada o solidariamente. En el segundo caso, también deberá definirse la naturaleza jurídica de la prestación, esto es, si ella es divisible o indivisible, y analizarse si los coacreedores se han obligado mancomunada o solidariamente. Y en el tercer caso, al igual que en los anteriores, deberemos determinar la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación, y luego si los codeudores se han obligado mancomunada o solidariamente y si los coacreedores, a su turno, se han obligado mancomunada o solidariamente.

La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación responde a la naturaleza de la prestación. La mancomunidad o solidaridad, a la forma de obligarse.

Son obligaciones divisibles aquellas en que cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda. Son indivisibles, cuando no resultan susceptibles de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse.

Las obligaciones mancomunadas, por su parte, se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles. Son solidarias, a su vez, cuando la prestación debida por varios deudores o a varios acreedores puede ser íntegramente exigida a cualquiera de ellos o por cualquiera de ellos.

En consecuencia, cuando hay pluralidad de sujetos en la relación obligacional, ésta, en cuanto a la naturaleza de la prestación, será de dar, de hacer o de no hacer, y podrá ser conjuntiva, alternativa o facultativa. Pero necesariamente será divisible y mancomunada, indivisible y mancomunada, divisible y solidaria o indivisible y solidaria.

Si la obligación es divisible y mancomunada, se aplicarán las reglas de la divisibilidad. Si la obligación es divisible y solidaria, se aplicarán las reglas de la solidaridad. Si la obligación es indivisible y mancomunada, se aplicarán las reglas de la indivisibilidad. Y si la obligación es indivisible y solidaria, se aplicarán las reglas de la solidaridad y, adicionalmente, la norma que prevé que la indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor, con las reservas que oportunamente expresaremos.

De aquí se deduce fácilmente que la obligación más benigna para los codeudores es aquella en que la prestación es divisible y ellos se han obligado mancomunadamente. Y que la obligación más severa para tales codeudores, es cuando lo son de prestación indivisible y se han obligado solidariamente. En el primer caso, las garantías del acreedor pueden ser débiles. En el segundo, muy robustas.

(E) ***Por estar determinada o ser determinable la prestación.***

No debemos confundir esta clasificación con la de dar bienes inciertos. Es verdad que en los bienes inciertos la prestación es determinable. Pero en esta clasificación no nos estamos refiriendo a esa acepción en tal sentido.

El tema ya lo hemos estudiado cuando tratamos de los elementos de la obligación y, concretamente, sobre la determinabilidad de su objeto. Recordemos que en aquella oportunidad dijimos que existían tres criterios para determinar la prestación. El primero, el más frecuente, que las partes decidan el objeto de la obligación al contraerla, esto es, desde su inicio. Aquí la prestación estaría inicialmente determinada. El segundo, sobre la base de elementos objetivos; por ejemplo, cuando se establece en función al mercado o al valor en bolsa. En este caso lo que se estaría estableciendo es la cuantía de la prestación. Y el tercero, cuando se deja la elección de la prestación a un tercero o, en su caso, al juez, como puede suceder en las obligaciones alternativas. En estos dos últimos casos la prestación es determinable.

(F) ***Por su independencia.***

En esta hipótesis las obligaciones se clasifican en principales y accesorias. Aquí compartimos el criterio de Guillermo A. Borda, cuando señala que la característica de principal o de accesoria de una obligación puede referirse a su objeto o a las personas obligadas.

La obligación es principal, en cuanto a su objeto, cuando tiene existencia propia, no dependiente de otra relación obligacional. Por ejemplo, las obligaciones que surgen de un contrato de compraventa, en que el vendedor debe entregar la cosa y el comprador pagar el precio. Son accesorias, cuando su existencia depende de una obligación principal. Por ejemplo, el artículo 1345 del Código Civil dispone que la nulidad de la cláusula penal -cuyo carácter accesorio es evidente- no origina la de la obligación principal.

En cuanto a las personas obligadas, la obligación principal está constituida por la que tiene el deudor con su acreedor, y la accesoria, por ejemplo, sería la contraída por un fiador con el propósito de garantizar esa obligación. En caso que la obligación principal fuera nula, ella acarrearía, como consecuencia inevitable, la nulidad de la accesoria. A su turno, si la accesoria fuera nula, esto es la fianza, la obligación principal subsistiría plenamente.

(G) ***Por ser puras o modales.***

Aquí las obligaciones se clasifican, de acuerdo con la mane-

ra como deben cumplirse, en puras o simples y en sujetas a modalidades.

Son puras las obligaciones contraídas para cumplirse en forma inmediata y usual. Son modales, cuando ellas están sujetas a condición, que puede ser suspensiva o resolutoria, a plazo o a cargo. No insistimos en desarrollar esta clasificación, pues antes ya ha sido tratada.

Advertimos, simplemente, que el Código Civil Peruano de 1984 trata a las modalidades dentro del Libro sobre el Acto Jurídico; el Código se refiere, por tanto, a las modalidades del acto jurídico. En esta materia el Derecho de Obligaciones debe pues interpretarse a la luz de esas modalidades.

(H) ***Por agotarse instantáneamente con el cumplimiento de una prestación o ser duraderas.***

Antes nos hemos referido a este tema. Sólo diremos que hay obligaciones que se agotan de manera instantánea con el cumplimiento de una prestación; por ejemplo, si en un contrato de compraventa se pacta la entrega inmediata del bien y del precio, con el cumplimiento de estas dos prestaciones se extingue la relación obligatoria. Son duraderas, cuando la relación obligacional discurre a través del tiempo; por ejemplo, un contrato de arrendamiento que se estipule por el plazo de cinco años, en que el arrendatario está obligado a pagar, mes a mes, la merced conductiva, sería una obligación de prestaciones periódica. Si el deudor se obliga a entregar al acreedor una cantidad de cosas parcialmente, en distintos momentos, durante un lapso determinado, sería una obligación duradera.

A su vez, las obligaciones duraderas pueden ser de duración continuada; por ejemplo la Empresa de Agua suministra permanentemente el líquido elemento a sus clientes, sin solución de continuidad, con la obligación de estos últimos de pagar periódicamente los recibos que correspondan.

(I) ***Por el contenido de la prestación.***

En este caso se hace el distingo entre obligaciones patrimoniales y no patrimoniales. El tema ha sido analizado ampliamente al tratar la patrimonialidad del objeto de la obligación. No vamos a insistir, por ello, en enunciar conceptos que antes hemos estudiado.

(J) ***Por ser obligaciones de naturaleza u obligaciones monetarias.***

Aquí adoptamos la interesante clasificación de Malaurie y Aynés, anteriormente mencionada.

Cuando la obligación de naturaleza se incumple, por dolo o por culpa del deudor, ella se transforma en una obligación monetaria. Esto no ocurre en el caso de las obligaciones monetarias, en las que no opera tal transformación y sólo procede su ejecución forzada.

Otra diferencia importante, entre ambas clases de obligación, está dada por su envilecimiento. Cuando la obligación es de naturaleza, es decir, cuando debe restituirse el valor de una prestación, se calcula la que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario, conforme a lo previsto por el artículo 1236 del Código Civil. En las obligaciones monetarias no ocurre lo mismo. El acreedor, salvo pacto valorista, no podrá exigir el pago de una deuda contraída en moneda nacional, en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado, según lo dispuesto por el artículo 1234 del mismo Código. En este caso es el acreedor el que soporta la devaluación de la moneda.

(K) ***Por ser obligaciones de medios o de resultado.***

Esta clasificación, sin duda interesante pero objetable, está directamente vinculada a la inejecución de la obligación.

En esta materia compartimos lo expresado por Ernesto Clemente Wayar, conforme a sus enseñanzas que antes hemos expuesto.

Deseamos, sin embargo, efectuar comentarios adicionales.

Raymundo M. Salvat, antes citado, expresa que en la obligación de resultado, acreditada la existencia de la obligación y el tiempo de cumplimiento, el deudor es responsable por su inejecución si no trae la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor. Y agrega que en la obligación de medios, como el deudor no puede prometer resultados, sólo será responsable cuando no presta la diligencia y el cuidado que la naturaleza del caso exigía.

Ambos extremos, en nuestra opinión, son erróneos. Salvat afirma, en primer término, que el responsable de una obligación de resultado sólo se libera por el caso fortuito o la fuerza mayor. Estos, conforme al artículo 1315 del Código Civil, son causas no imputables, consistentes en eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, que impiden la ejecución de la obligación o determinan su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Vamos a poner el ejemplo de un comerciante establecido en la ciudad de Lima, que adquiere mercaderías de un comerciante establecido en la ciudad de Huancayo, importante centro de actividad económica ubicado en las serranías del Perú, con la obligación de este último de entregarlas el 15 de febrero de 1995. Se trata, sin duda, de una obligación de resultado, porque la prestación, finalmente, está destinada a que el comerciante de la ciudad de Lima reciba las mercaderías el día 15 de febrero de 1995. El comerciante de Huancayo procede con toda diligencia y embarca las mercaderías, en un camión de su propiedad, con 48 horas de anticipación. El viaje de Huancayo a Lima no dura, razonablemente, más de ocho o diez horas. Sin embargo, es frecuente que durante los meses del verano peruano, principalmente en febrero, se originen aluviones -llamados "huaycos" en nuestro lenguaje nativo- y que ellos interrumpan la Carretera Central, que es el medio usualmente utilizado para trasladar mercaderías de Huancayo a Lima. Si el camión se ve obligado a detenerse por tres o cuatro días, con motivo de un aluvión, como algunas veces ocurre, evidentemente

que el comerciante de Huancayo no cumplirá con entregar las mercaderías el 15 de febrero. Sin embargo, habría obrado con toda prudencia y diligencia. Pero este aluvión no constituiría, en opinión nuestra, un caso fortuito o de fuerza mayor. Es, desde luego, un evento irresistible, porque el tránsito queda interrumpido, en plena carretera, por tres o cuatro días, pero es un acontecimiento al que se puede calificar de ordinario y de previsible, porque suele ocurrir en esa época del año. En esa eventualidad no se presentaría el caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere Salvat, pero, sin embargo, no podría atribuirse responsabilidad alguna al deudor de la mercadería, el comerciante de Huancayo, que habría actuado diligentemente. Este ejemplo demuestra que es suficiente actuar con la diligencia ordinaria requerida, conforme lo exige el artículo 1314 del Código Civil, para que el deudor no sea imputable por la inejecución de la obligación, llámese de medios o de resultado.

En la obligación de medios, por su parte, expresa Salvat, que el deudor sólo será responsable cuando no actúe con la diligencia y el cuidado que la naturaleza del caso exigía. Supongamos que un abogado se obligó a defender a su cliente de palabra ante la Corte Suprema de la República, estudiando previamente, con todo rigor, el caso a su cargo. Ese abogado, por negligencia, llega tarde al informe oral y la causa es vista y resuelta en su ausencia. Sin embargo, el fallo es favorable a su cliente. ¿De qué podría quejarse el acreedor? En este caso habría habido descuido, incuria, negligencia, pero el deudor no tendría responsabilidad alguna. ¿En qué consistirían los daños y perjuicios? Hasta tal vez podría sostenerse que si el informe del abogado hubiera sido desacertado habría inducido a la Corte a resolver en sentido contrario.

Por otra parte, nos parece artificial la diferencia entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. En las obligaciones de medios se busca un resultado. Y en las obligaciones de resultado existe, necesariamente, un medio para cumplirlas. Reconocemos, sin duda, que la diligencia en las primeras puede exigir requisitos más severos que en las segundas, pero en todo caso, lo que se busca, es el fin, el cumplimiento de la prestación.

Debemos agregar, por último, que el Código Civil Peruano no efectúa esa distinción en ninguno de sus preceptos, singularmente en los relativos a la inejecución de las obligaciones. La ley en esta materia es terminante. El artículo 1329 del Código Civil establece que se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor. El Código agrega, en el artículo 1330, que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, esto es, al acreedor. En consecuencia, si el deudor desea liberarse de responsabilidad deberá probar su diligencia, trátese de una obligación de medios o de resultado. Y, a su turno, si el acreedor desea agravar la responsabilidad del deudor, deberá probar el dolo o la culpa inexcusable, trátese también de una obligación de medios o de resultado.

(L) ***Obligaciones "propter rem".***

En el transcurso de la obra hemos analizado la naturaleza jurídica de las obligaciones de esa clase, citando, al efecto, a distinguidos tratadistas.

En nuestra opinión, las obligaciones "**propter rem**" tienen todas las características de una obligación civil, aun cuando se encuentran vinculadas a los Derechos Reales. En esta clase de obligaciones el deudor nace, necesariamente, como determinado, pero es posible que finalmente, al cumplirse la obligación, ella sea exigida a una tercera persona, inicialmente indeterminable que, en ese momento, tendría que responder por la deuda originaria.

Vamos a referirnos al caso clásico de la hipoteca. Una persona grava un bien de su propiedad con hipoteca, en garantía de una obligación que está contrayendo con su acreedor, quien por tanto tiene la condición jurídica de acreedor hipotecario. Luego, antes del vencimiento de la obligación, el deudor transfiere el bien a un tercero. Al tiempo de vencimiento de la obligación, si no se acude con la prestación al acreedor, éste tendrá el derecho de

exigir la acreencia y, en caso que no sea satisfecho, de hacer efectivo el crédito hipotecario realizando el inmueble. En esta clase de obligaciones existiría un deudor inicial, identificado, cuya prestación estaría garantizada con hipoteca; pero no se tendría la certeza de que fuera a esa misma persona a quien, al vencerse la obligación, se le exigiera el pago.

El bien gravado con hipoteca se puede ir transfiriendo, de persona a persona, y finalmente la obligación será exigible, a su vencimiento, a quien ostente la calidad de dueño, pero limitándose la cobranza de la acreencia al valor de realización del inmueble en remate público, en la medida en que no se cumpla con la obligación. Por eso las obligaciones "**propter rem**" son denominadas también "obligaciones ambulatorias".

(M) ***Por su exigibilidad.***

En este último caso, las obligaciones pueden clasificarse en civiles y naturales.

No vamos a insistir en el concepto de obligación civil. Ya nos hemos referido extensamente a ella en el curso de este trabajo. Sí deseamos estudiar, y en forma muy explícita, debido a las diversas teorías que sobre ellas existen, las denominadas obligaciones naturales.

Para el análisis de esta clase de obligaciones usaremos la misma metodología que hemos empleado en el desarrollo de la Teoría General de las Obligaciones. En primer término citaremos a tratadistas ilustrados en la materia, con gran diversidad de criterios, y luego formularemos nuestra propia opinión.

Afirma Pothier[67] que se llama obligación civil a aquella que es un lazo de derecho, **vinculuum juris**, y que da a aquel res-

(67) POTHIER, Robert. Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Páginas 153 y siguientes.

pecto a quien se ha contratado, el derecho de exigir en justicia lo que en ella se halla contenido. A su turno, se llama obligación natural a aquella que, en el fondo del honor y de la conciencia, obliga a aquel que la ha contratado al cumplimiento de lo que en ella se halla contenido.

Según Pothier, las obligaciones, por lo general, son civiles y naturales a la vez. Hay, sin embargo, algunas obligaciones que solamente son civiles, sin ser al mismo tiempo obligaciones naturales, y para cuyo cumplimiento puede el deudor verse obligado por la justicia, bien que no lo sea delante del foro de la conciencia.

Tal es la obligación que resulta de un juicio de condena dado por error de derecho o de hecho, y para el que no hay apelación. Aquel que es condenado por ese juicio se obliga para con aquel en provecho de quien la sentencia se ha dado, a pagarle lo que importe la condena, y a ello puede verse obligado por la vía judicial, bien que no lo deba en verdad y según el foro de la conciencia.

Agrega Pothier que hay también obligaciones que son solamente naturales, sin ser obligaciones civiles. Esas obligaciones, en el foro del honor y de la conciencia, obligan a aquel que las ha contratado a llenarlas, mas la ley civil rehúsa la acción a aquel que las ha contratado, para perseguir en justicia la ejecución.

Por su parte, Demolombe[68] expresa que, a pesar de las profundas diferencias que existen respecto a las obligaciones civiles y a las obligaciones naturales entre la doctrina romana y la francesa, es cierto que hay obligación natural donde no hay una acción por la que se pueda demandar con justicia la ejecución.

Laurent[69] dice que Pothier coloca entre las obligaciones naturales las contraídas por personas que tienen un discernimiento y un juicio suficiente para comprometerse, pero a quienes la ley civil declara incapaces de hacer un contrato: tal es la obligación -dice Pothier- de una mujer que, bajo el dominio de su esposo, convino sin estar autorizada a ello. Agrega Laurent que esta doctrina también es la de los autores del Código Civil Francés.

Jaubert, según Laurent, desarrolla la misma opinión, al sostener que la mujer casada puede comprometerse civilmente sin la autorización de su esposo o de la justicia; no obstante lo cual es responsable ante su conciencia por el incumplimiento de sus compromisos. Aun después de la disolución del matrimonio, no se le podría perseguir civilmente, o al menos se le podría aislar en la excepción tomada de la nulidad de la obligación; pero si llega a ser libre y ella pagó voluntariamente, ¿podría volver a demandar lo que pagó? No, sin duda; ella hubiera podido garantizarse la acción, pero renunció a la excepción. Entonces, si una queja inmoral la llevó a querer repetir con el pretexto de que no habría podido ser compelida civilmente, el magistrado la rechazaría recordándole que ella había cumplido en una obligación natural. A decir de Laurent, lo mismo ocurriría con la obligación acordada por un menor de edad sin las formas esperadas por la ley, quien habría pagado voluntariamente para cuando llegue a su mayoría de edad.

Generalmente, según Laurent, esta opinión es seguida considerablemente por los autores. No duda, sin embargo, en decir que es un error. Desde el punto de vista de esos principios, ello es evidente. Una obligación es natural cuando la ley no la reconoce, cuando niega una acción al acreedor. Se pregunta entonces si acaso el acreedor de una mujer casada o de un menor de edad no puede obrar en su contra. Responde que ciertamente tiene una acción, entonces la deuda es más que natural, es civil; solamente está marcada por un vicio que permite al deudor demandar su nulidad, pero es necesario que él la demande; en tanto que no se pronuncie la nulidad, subsiste la obligación y produce todos los efectos de una obligación civil. Hay más: se debe demandar la nulidad en el plazo de 10 años; si el deudor deja pasar este lapso sin obrar, se confirma tácitamente la obligación, es decir, que está purgada del vicio que la infectó; como consecuencia se le consi-

(68) DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXIV, Página 7. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Libraires. Año 1870.
(69) LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVII, Páginas 18 y siguientes. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893.

dera como si nunca hubiese estado contaminada, y es entonces lo que siempre ha sido: una obligación civil. También se puede hacer la confirmación por el cumplimiento voluntario de la obligación. Aun en este caso la obligación que acuerda una persona incapaz es puramente civil. El pago que hace el incapaz en su momento de capacidad es más que un cumplimiento de la obligación, es una confirmación, y la confirmación es una renuncia al derecho que tenía el deudor para demandar la nulidad del acto.

El problema presenta todavía otra cara. La obligación que acuerda un incapaz es nula. ¿Acaso conserva aún el compromiso, la fuerza de una obligación natural, a pesar de su anulación? Se inculca lo afirmativo. Pero esto le parece a Laurent muy dudoso en la teoría. Indudablemente, la obligación tiene en sí todos los elementos requeridos para su validez, pues se supone que la mujer aunque no esté autorizada tenía una causa justa para comprometerse. Señala Laurent que la incapacidad civil de la mujer casada vicia esta relación; preguntándose si se puede admitir que esta obligación conserve una eficacia cualquiera, cuando ante la demanda del deudor, el juez anuló la obligación por un motivo de orden público.

Afirma el famoso tratadista belga que es inexacto decir que el acreedor de una deuda anulable no tiene acción; él puede obrar a menos que el deudor le oponga la excepción de nulidad; si en lugar de prevalecer la nulidad, él cumple la obligación, no paga una deuda natural; él confirma una obligación civil; el cumplimiento siempre hace que haya una obligación civil, dado que por la confirmación se borra el vicio que la infectó. Con mayor razón aún no puede ser problema de una obligación natural si el juez pronuncia la nulidad para cualquier vicio del consentimiento. Se condena que un acto anulado no ha existido nunca, y la nada no puede producir ningún efecto legal. Además, cuando hay un vicio que anula la obligación, como un vicio del consentimiento, no puede haber obligación natural puesto que la obligación natural exige un consentimiento perfecto, así como la obligación civil.

Agrega Laurent que todavía se admite que hay una obligación natural para el heredero de cumplir los legados hechos por

un testamento irregular. Dice, al respecto, que es imposible admitir esa doctrina; que es la arbitrariedad más absoluta y, además, es disponer en nombre del difunto; precisando que, en efecto, el testamento nulo en la forma no existe; entonces no hay un acto de última voluntad; ¿acaso la nada puede producir obligación alguna? Según Laurent la pretendida obligación natural del heredero no es otra cosa que un deber de honor o de delicadeza; así la califican los tribunales. La calificación es justa pero testifica contra la jurisprudencia, pues un deber de honor no constituye una obligación natural. Un compromiso de honor y de conciencia no es una deuda. Si la cumple entonces el pretendido deudor, él no paga una deuda, hace una liberalidad; por lo tanto, se deben observar las formas y las condiciones prescritas para la existencia de donaciones.

A pesar de todo lo expuesto, concluye Laurent, la ley no define la obligación natural y su naturaleza es muy vaga; de ahí que en la jurisprudencia reinan la incertidumbre y la confusión.

Baudry-Lacantinerie[70] afirma que la mayoría de los autores que reproducen en diversas formas la definición de Pothier, dicen que las obligaciones naturales son aquellas que, fuera de toda coacción legal, derivan de la equidad o de la conciencia, o bien de las que imponen la delicadeza y el honor.

Señala Baudry-Lacantinerie que se criticó estas definiciones, objetándoles que producen una confusión de la obligación natural con los deberes morales, pues se dice que son dos cosas cuya distinción conviene. El que cumple una prestación en ejecución de un deber moral, por ejemplo, el hombre rico que da limosna, hace una donación; por el lado contrario, aquél que cumple una prestación en ejecución de una obligación natural, hace un pago. De donde se entiende que todas las diferencias son entre la donación y el pago. Sin embargo, ¿cómo se pueden distinguir los deberes

---

(70) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Précis de Droit Civil, Tomo II, Páginas 146 y siguientes. Librairie de la Societé du Recueil Gal - Des Lois et des arrets, Paris, 1896.

morales de las obligaciones naturales? He aquí la dificultad. Cada autor tiene su sistema.

Según el citado tratadista francés, ante esas divergencias, la jurisprudencia se pronuncia por una concepción amplia de la obligación natural; al juez del hecho le corresponde apreciar discrecionalmente si hay o no obligación natural, y la proclama con regularidad ahí donde hay un simple deber moral.

Refiere Baudry-Lacantinerie que el primer y principal efecto de la obligación natural es que puede servir de base a un pago válido que no da lugar a la repetición del individuo.

Por otro lado, el pago se debe haber realizado voluntariamente, es decir, no sólo espontáneamente sino con conciencia de causa. El deudor debe haber pagado sabiendo que la falta de pago no lo exponía a una acción en justicia.

Agrega que la obligación natural ocasiona aún otros efectos:

(1) En primer lugar, un tercero la puede pagar en lugar del deudor.

(2) En segundo lugar, puede ser fiada válidamente. En este caso, el acreedor tiene una acción contra el fiador sin tener una acción contra el deudor para que se le reembolse. El deudor está comprometido con el fiador, como lo estaba con el acreedor, solamente por una obligación natural.

(3) Con mayor razón, puede servir de base para una válida promesa de pagar, hecha por el mismo deudor. Esta promesa es obligatoria civilmente.

(4) Una obligación natural puede ser novada, puesto que la novación se resume en una promesa de pagar en otras condiciones diferentes a las establecidas primitivamente.

(5) Por último, una obligación natural puede otorgar la materia de una compensación que el deudor acepta voluntariamente,

pues compensar es pagar. Sin embargo, no se puede imponer más la compensación al deudor que el pago.

Según Giorgio Giorgi[71], los jurisconsultos romanos distinguieron sin duda una **obligatio civilis** y una **obligatio naturalis**, y al hablar de **obligatio naturalis** entendieron precisamente una obligación desprovista de acción. Por otro lado, concedieron a la **obligatio naturalis** una eficacia indirecta. Le atribuyeron ciertos efectos jurídicos, por virtud de los cuales el acreedor, en la obligación natural, tenía la **soluti retentio** para oponerse al deudor que, después de haber pagado voluntariamente, intentase repetir lo satisfecho. Tenía la compensación, la retención y la imputación en el peculio para obtener de modo indirecto el cumplimiento de la obligación contra la voluntad del deudor. Tenía además la fianza, la prenda, la hipoteca y la novación, con las cuales se procuraba una obligación accesoria o una obligación nueva, garantía o sustitución de la obligación natural. Respecto a la causa inmediata, o como otros dicen, los modos por los cuales nacían las obligaciones naturales, señala Giorgi que los eruditos modernos conjeturan con mucho fundamento, que se compendiaban, o en el origen imperfecto, o en la extinción imperfecta de la **obligatio civilis**. El contrato del esclavo, del pupilo, del hijo de familia, del menor y ciertos oficios de piedad, son ejemplos del origen imperfecto. La confusión, la **litis contestatio**, y acaso la prescripción extintiva, son ejemplos de extinción imperfecta.

Marcel Planiol y Georges Ripert[72], por su parte, expresan que la obligación natural se distingue de la obligación civil en que no confiere al acreedor ningún medio coercitivo contra el deudor. Todos los procedimientos de ejecución quedan suprimidos; el cumplimiento sólo puede ser voluntario. Pero, la ausencia de la sanción que caracteriza las obligaciones propiamente dichas, no impide la existencia de la obligación natural, como tal obligación, respecto al Derecho, ya que otros efectos que es susceptible de

(71) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 30 y siguientes.
(72) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte, Páginas 291 y siguientes.

producir bastan para convertirla en una verdadera relación jurídica que pone en contacto a un acreedor con su deudor.

Los textos legales, es cierto, son muy escasos en materia de obligaciones naturales, que no son objeto de disposición alguna de carácter general y en ninguna parte se encuentran señalados siquiera los principales casos en que existen.

Agregan Planiol y Ripert que es indiscutible que la obligación natural constituye una anomalía jurídica. La ausencia de sanción, sea cual fuere su eficacia en otro sentido, la sitúa en los confines últimos del Derecho, en los límites de la moral. Por ello, podemos buscar el criterio de ella haciendo depender su origen, bien del Derecho Civil, bien de la moral.

Hay un método que habla de la teoría de la obligación civil degenerada, el mismo que permite mantener una completa separación entre los respectivos ámbitos del Derecho y de la moral. Se inspira en la tradición romana, transmitida por Domat y recogida por la mayoría de los juristas del siglo XIX.

Según los autores citados, la obligación natural es, por su origen, una obligación civil pero imperfecta, ya que se halla desprovista del principal atributo de la obligación ordinaria, o sea, la facultad de constreñir al deudor a su cumplimiento. La imperfección de la que se halla afectada procede de que su desarrollo, por así decirlo, ha sido entorpecido al nacer, por un obstáculo jurídico, o por el hecho de que, posteriormente, como consecuencia de especiales circunstancias, se ha visto privada de su sanción, si bien subsiste en todo lo demás.

Añaden Planiol y Ripert que, desde esta óptica, la obligación natural aparece como el residuo de una obligación civil preexistente, cuando ésta ha sido anulada por la incapacidad del deudor, no obstante que éste la había concertado con pleno conocimiento de causa y entera libertad de espíritu, o bien cuando resulta extinguida sin que el acreedor haya recibido lo que se le debía. Este es el caso de la prescripción.

Señalan que en otros casos, por lo contrario, la obligación civil no ha podido nacer en momento alguno y desde su origen la relación jurídica no se ha constituido más que en la forma de obligación natural. Así, en materia de juego o de apuesta -no autorizados-, el ganador no puede obtener ante los tribunales el pago de la suma jugada. La obligación natural suple en estos casos a la obligación civil ausente: el prestatario está obligado naturalmente a satisfacer la deuda de juego.

Para Planiol y Ripert, la explicación que entiende que la obligación natural pende en todo caso de una obligación civil, degenerada o abortada, es puramente verbal y nada justifica. Es sorprendente ver atribuir como base de la obligación natural una obligación civil anulada, es decir, como consecuencia del efecto retroactivo de la nulidad decretada la nada. La extinción de una obligación no es susceptible de graduarse; el pago no constituye para el Derecho un modo de extinción dotado de eficacia superior a la de los demás.

Agregan los autores citados que otra teoría de la obligación natural se funda en el deber de la conciencia, la existencia de un deber de conciencia en el deudor en favor del acreedor. Aquí la obligación natural no depende de una obligación civil más o menos transformada. Es un deber moral al que el Derecho reconoce cierto valor, si bien no lo adopta plenamente, hasta convertirlo en una obligación provista de la sanción del Derecho, aunque se mantiene sólo en sus fronteras.

Pese a que se advierte una equiparación progresiva de la obligación natural con el deber moral, agregan Planiol y Ripert, no existe una completa identificación. La separación del Derecho y la moral ha de mantenerse. Por consiguiente, no todo deber de conciencia constituye una obligación natural. Por tanto, existen obligaciones morales de índole tal que no tienen ni podrán nunca llevar unida eficacia jurídica en cualquier grado; los actos de beneficencia inspirados en una idea de caridad, de devoción, de amor, aun cuando estén impuestos por la moral, no pueden estimarse a la luz del Derecho más que como liberalidades.

Alfredo Barrós Errázuriz[73] expresa que quien paga una obligación natural hace un pago debido, y no tiene derecho para repetir lo pagado, como podría hacerlo si el pago no tuviera por fundamento una obligación natural. O sea, el pago de una obligación natural, hecha con los requisitos legales, es válido, aunque se proceda por un error.

Agrega que las obligaciones naturales desde su origen son obligaciones civiles desvirtuadas.

Así tenemos las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son sin embargo incapaces de obligarse según las leyes, como, hace algunos años, el caso de la mujer casada, en que era necesaria la autorización del marido, y los menores adultos no habilitados de edad.

Las que proceden de actos a los que faltan las solemnidades que la ley exige para que se produzcan efectos civiles, como la de pagar un legado impuesto por un testamento no otorgado en forma debida. Aquí el autor se refiere a las personas que adolecen de incapacidad relativa, no a los incapaces absolutos, pues los actos de estos últimos no producen "ni aun obligaciones naturales."

No es obligación natural, según Barrós Errázuriz, la que deriva de contratos otorgados sin las debidas solemnidades.

Las obligaciones naturales son obligaciones civiles desvirtuadas, o sea que han sido originariamente obligaciones civiles perfectas, y que después, por diversas circunstancias, han perdido ese carácter.

También las obligaciones civiles son extinguidas por la prescripción. Pero precisa que debe recordarse, sin embargo, que esa

(73) BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Volumen II, Páginas 41 y siguientes. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921.

disposición se aplica al caso de que por haberse alegado la prescripción se haya declarado extinguida la obligación civil. Antes de la sentencia no hay obligación natural, sino una situación especial de alternativa: si no se alega la prescripción, subsiste la obligación; y si se alega y se declara, entonces nace la obligación natural. Por otra parte, señala que se deben distinguir, para los actos, dos clases de requisitos: los requisitos para la validez y los requisitos para la prueba de los mismos. Cierto es, agrega, que casi siempre los requisitos que sirven para la validez del acto sirven también para la prueba; pero la diferencia esencial entre unos y otros consiste en que los últimos tienen por exclusivo objeto garantizar la prueba de la obligación. Si falta alguno de los requisitos exigidos para la prueba del acto o contrato, no podrá hacerse efectiva la obligación civil; pero subsiste la obligación natural.

Héctor Lafaille[74] señala que cuando, en la Roma primitiva, al "**ius civile**" se oponía el "**ius gentium**", extensivo a todos los pueblos, de igual manera, frente a las obligaciones surgidas de ese régimen quiritario, se reconocieron otras con relativa eficacia, nacidas fuera de su marco estrecho, y que recibieron más tarde el nombre de "naturales". Carecían de valor compulsivo y no daban acción al acreedor; pero una vez cumplidas, éste podía excepcionarse al exigirse la repetición.

Aparte del nombre y de la propia categoría que están hoy en camino de suprimirse, el Derecho positivo actual se inclina a conceder eficacia para el pago y la garantía a todas las prestaciones basadas en un deber de conciencia, respondiendo de ese modo a la marcada inclinación ética que distingue a la ley moderna.

En Argentina, después de un proemio en que el legislador afirma su criterio clásico sobre la materia, distinguiendo entre las "obligaciones civiles" y las "naturales", enumera una serie de casos, a título de ejemplo, como integrantes de la segunda categoría: las contraídas por personas que, teniendo juicio suficiente y

(74) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen II, Páginas 8 y siguientes.

discernimiento, son sin embargo incapaces por derecho para obligarse, como el caso de la mujer casada, cuando necesita autorización del marido, y los menores adultos; las obligaciones que principian por ser obligaciones civiles, y que se hallan extinguidas por la prescripción; las que proceden de actos jurídicos, a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, como es la obligación de pagar un legado dejado en un testamento, al cual faltan formas sustanciales; las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba, o cuando el pleito se ha perdido, por error o malicia del juez; las que se derivan de una convención que reúne las condiciones generales requeridas en materia de contratos, pero a las cuales la ley, por razones de utilidad social, les ha negado toda acción, tales como las deudas de juego.

En el caso de los actos anulables, juzga Lafaille, es menester su clasificación como tales en virtud de sentencia, pues de otra manera serían considerados válidos.

En cuanto a la prescripción, señala Lafaille, aunque despojado de eficacia, por carecer de medios compulsivos, el deber moral de satisfacerlo siempre subsiste, librado a la conciencia individual; de suerte que si la persona a cuyo cargo existió decide cumplirla, no habría fundamento para dejar sin efecto un pago de este género. El interés social de estabilizar las relaciones jurídicas y no dejar en la incertidumbre el estado de los patrimonios no sufre menoscabo, pues el acreedor queda en la imposibilidad de perseguir su cobro.

Agrega el citado tratadista que la inclusión de las deudas de juego entre las obligaciones naturales es, desde luego, muy objetable. No son por cierto deberes morales o de conciencia, como lo quiere la doctrina moderna, ni fundamentos de equidad o Derecho Natural, según las antiguas teorías, las razones que inducen al deudor a proceder de esta manera. Por lo demás, la prohibición es formal y estaríamos en presencia de un acto ilícito. La imposibilidad de repetir obedece entonces a una causa contraria a la ley, y si determina consecuencias análogas a las examinadas, difieren esencialmente ambas relaciones por los motivos expresados.

Precisa Lafaille que, según la ley argentina, el efecto de las obligaciones naturales es que no puede reclamarse lo pagado cuando el pago de ellas se ha hecho voluntariamente por el que tenía capacidad legal para hacerlo. El adverbio "voluntariamente" empleado tanto por la ley argentina como por el modelo francés, ha provocado ardientes discusiones, opinando los unos que debe ser interpretado como una ejecución conciente, y los otros, a manera de cumplimiento espontáneo. Según Lafaille, este último criterio parece dispuesto por la ley argentina, que no permite invocar el error para el pago, cuando el nexo reviste la calidad antedicha.

No hay obstáculo, señala Lafaille, para que pueda garantizarse una obligación de esta calidad, en forma personal o real. Así lo establece en forma expresa la ley argentina.

Pero -agrega el citado autor- la ley habla de las garantías constituidas por terceros, y aquí cabe preguntarse si sería válida la seguridad prestada por el mismo deudor, lo cual no parece discutible, ya que si le es permitido ejecutar la prestación, mayormente corresponde reconocerle un derecho menor. Debe convenirse, no obstante, que por tal procedimiento la figura queda transformada en una de carácter civil.

Por otro lado, puntualiza, la ley argentina señala que la ejecución parcial de una obligación natural no le da el carácter de obligación civil; y tampoco el acreedor puede reclamar el pago de lo restante de la obligación. El pago realizado queda firme por consiguiente; pero no impone al deudor el deber jurídico de satisfacer la diferencia. Por tratarse de un acto libre, quien lo cumple puede estimarse plenamente de acuerdo con su ética, al ejecutar una prestación menor.

Por último, Lafaille expresa que existe un dilema en saber si en una obligación natural, al cumplirse, existe un pago o una liberalidad. El pago presupone una deuda. No habiéndola propiamente en el caso, correspondería dejarlo sin efecto. El cumplimiento

de estas deudas no sería por tanto un verdadero pago, aunque así acostumbre denominárselo. ¿Podría llamársele, en cambio, "donación"? Tampoco se usaría la expresión correcta, porque quien da cumplimiento a una "obligación natural" considera que está en el deber de hacerlo aun por encima de los textos del Derecho positivo, y no se coloca en la situación de quien favorece a otros.

Pero según Lafaille, el cuadro de la "liberalidad" es en extremo clásico, y basta para quedar comprendido en él que medie un título gratuito, convencional o no. Parece que así debe resolverse el asunto, pues sin duda alguna, jurídicamente, quien así procede no tiene ninguna contraprestación.

Según Josserand[75], a la obligación natural se le divide en dos categorías: unas veces la obligación natural es la supervivencia de una obligación civil degenerada, minimizada; otras veces, y con mayor frecuencia, la obligación nace natural.

En cuanto a las obligaciones naturales que son supervivencia de obligaciones civiles degeneradas, nos dice Josserand que el caso más típico es el de la prescripción extintiva: cuando una obligación queda extinguida por la prescripción que el deudor ha opuesto al acreedor, se sobrevive a sí misma, en cuanto a obligación natural, de suerte que, si el deudor la ejercita más tarde voluntariamente, no es esto un regalo que hace el acreedor, sino un pago que efectúa.

En materia de juego y de apuesta no autorizados, señala Josserand, la ley rehúsa al ganador de toda acción para exigirla; pero también rehúsa la acción de repetición al que perdió y pagó voluntariamente; era pues válido el pago efectuado, lo que se puede explicar por la existencia de una obligación natural.

Julien Bonnecase[76] inicia su exposición reproduciendo lite-

(75) JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Páginas 568 y siguientes.
(76) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Páginas 189 y siguientes.

ralmente la fórmula de la doctrina clásica sobre las obligaciones naturales, expuesta por Aubry y Rau.

Según estos ilustres tratadistas, se entiende por obligaciones civiles todas las que se encuentran sancionadas de una manera total por el Derecho positivo mediante una acción, es decir, mediante el derecho concedido al acreedor de exigir, por las vías legales y bajo la protección del Estado, que sea cumplida en su favor.

Las obligaciones simplemente naturales son, por una parte, los deberes que, fundados en una causa jurídica capaz por su naturaleza de engendrar en provecho de una persona, contra otra, un derecho a una prestación, serían legítima y racionalmente susceptibles de llegar a ser objeto de una coacción exterior, pero que el legislador no ha juzgado conveniente reconocer como obligaciones civiles.

Seguidamente, Aubry y Rau efectúan una enumeración de las principales obligaciones naturales, expresando que la primera categoría de obligaciones naturales comprende principalmente a las obligaciones contraídas libremente por personas moralmente capaces de obligarse, pero que, en razón de una incapacidad de Derecho positivo que afecta a estas personas, son susceptibles de ser anuladas o rescindidas. Aquí se refieren a las obligaciones contraídas por el menor de edad con discernimiento o por una mujer casada sin autorización. Luego mencionan las obligaciones derivadas de convenciones o disposiciones que, reuniendo todas las condiciones requeridas para su validez intrínseca, no han sido revestidas con las formas extrínsecas exigidas por la ley para su eficacia civil. Tal, por ejemplo, el deber del heredero de respetar y ejecutar la última voluntad de su autor, aunque haya sido consignada en un testamento nulo por la forma, o cuando sólo se hayan expresado verbalmente. A continuación, mencionan las obligaciones que resultan de convenciones tácitas y válidas en sí mismas, pero respecto a las cuales el legislador, por razones de utilidad social, no concede acción al acreedor. Tales son las deudas del juego y de apuestas no autorizados. Y, finalmente, aluden al deber de reconocer y remunerar los servicios recibidos cuando sean

de la naturaleza de los que se prestan comúnmente por remuneración; acontece esto principalmente con los servicios extraordinarios, prestados por un doméstico, o los aportados por un mandatario en la ejecución del mandato que había aceptado gratuitamente.

En una segunda categoría quedan, entre otras, aquellas a las que está sometido el deudor después de haber prescrito la acción del acreedor, o la obligación a que queda sometido quien, en virtud de un concordato con sus acreedores, obtuvo la remisión de sus deudas.

En cuanto a sus efectos, a diferencia de las obligaciones civiles que pueden ejercitarse por medio de una acción o de una excepción, agregan Aubry y Rau, las obligaciones simplemente naturales no engendran ninguna acción. Sin embargo, no están destituidas de toda eficacia jurídica. Los efectos que producen, según los principios del Derecho Francés, se resumen en las proposiciones siguientes: a) la obligación natural proporciona una excepción contra la demanda de repetición de lo que se haya pagado voluntariamente para saldarla; y b) la obligación natural puede servir de causa a una obligación civilmente eficaz; en otros términos, es susceptible de convertirse, por novación, en una obligación civil.

Los efectos que acaban de indicarse, continúan Aubry y Rau, son los únicos que producen las obligaciones naturales en el Derecho Francés. Así, una obligación natural no se transforma en obligación civil por un simple acto de confirmación expresa o tácita; de esto resulta, como consecuencia, que el cumplimiento parcial de tal obligación no autoriza al acreedor a reclamar, por vía de acción, el pago del saldo. Asimismo, las obligaciones naturales no pueden ni oponerse en compensación a los créditos civiles, ni ser, por lo general, objeto de una caución civilmente eficaz. Por lo demás, ninguno de los efectos propios de las obligaciones naturales podría atribuirse a los compromisos derivados de convenciones prohibidas por motivos de orden público, aunque se hayan contraído libremente y con pleno conocimiento de causa. Tales compromisos, reprobados por la ley, no tienen existencia jurídica

y, por consiguiente, no pueden invocarse ni aun como excepción. Por ello, el pago voluntario de los intereses usurarios no constituye ningún obstáculo para su repetición, no pudiendo constituir promesa de pagar tales intereses la causa de una obligación ulterior.

Pero, concluyen, no debe inferirse de esto, a la inversa, que en ausencia de una verdadera obligación natural, las obligaciones contraídas o los pagos efectuados para cumplir con un simple sentimiento de equidad, de conciencia, de delicadeza o de honor, deban considerarse siempre, necesariamente, como no constitutivos de actos de pura libertad.

Luego Bonnecase se traslada de la doctrina clásica, en primer término, a la teoría de Planiol, señalando que éste incurrió en la confusión iniciada por Aubry y Rau respecto a la teoría de la obligación natural, poniendo, como se ha indicado, los deberes llamados de conciencia en el mismo plano que las obligaciones propiamente dichas. Con Planiol, agrega Bonnecase, la confusión del Derecho y de la moral es un hecho realizado, en tanto que Aubry y Rau sólo habían cometido esta confusión incidental e indirectamente. Tanto más claro es el pensamiento de Planiol cuanto que deplora que Aubry y Rau hayan distinguido entre el simple deber moral y la obligación natural. Planiol, inspirándose en la doctrina de Pothier, considera la obligación natural como "aquella que en el fuero del honor y de la conciencia obliga a quien la ha contraído al cumplimiento de su contenido."

Pero, como puede comprobarse por su exposición, la confusión aumenta cuando Planiol se refiere a los efectos de la obligación natural; no se llega a discernir si Planiol se atiene, desde este punto de vista, a los efectos tradicionales de la obligación natural: el carácter definitivo del pago voluntario, la validez de la fianza; pues llega a admitir la exigibilidad de la obligación natural en ciertas condiciones, como acontece con los que llama deberes morales derivados del parentesco.

Una tentativa de cambiar totalmente los datos de la teoría clásica surgió con Savatier, quien desde el principio advierte y de-

clara sin ambajes que con su sistema se invierten en cierta forma los datos del problema. En tanto que hasta entonces se consideraba la obligación natural de una esencia jurídica superior a la del deber moral, Savatier, colocado fuera del dominio del Derecho, pretende haber demostrado que la verdad se halla exactamente en lo opuesto. "La obligación natural -declara-, no será ya un deber moral al que la ley, sin erigirla en civilmente obligatoria, le dispense, no obstante, ciertos favores; por el contrario, será un deber moral al que, mediante un acto expreso, niega la sanción del Derecho común. Al examinar sucesivamente a las obligaciones naturales reconocidas por nuestro Derecho, veremos que, en efecto, es así como se presentan las cosas."

Según Bonnecase, por tanto, el sistema de Savatier se levanta contra toda teoría que acepte una diferencia de naturaleza entre la moral y el Derecho; en efecto, para él la obligación natural es un deber moral degenerado, siendo los deberes morales jurídicamente obligatorios por sí mismos.

Pero la crítica a Savatier es que la distinción que hace entre los deberes morales puros y los deberes de equidad, termina, o poca falta hace para ello, destruyendo la teoría de la obligación natural que había anunciado; no se ha producido el cambio de la situación anterior. La obligación natural continúa siendo algo más que el deber moral, puesto que éste en principio no es jurídicamente sancionado, aconteciendo en otra forma respecto a la obligación natural. Savatier pretende derivar de los textos antiguos y los trabajos preparatorios la definición siguiente: "La obligación natural es el deber moral que, sin la intervención expresa y contraria de la ley, habría sido civilmente obligatoria en virtud de la fuerza legal de la equidad y, en muchos casos, en virtud de los textos legales que corroboran la fuerza de la equidad."

No es Bonnecase el único en criticar la teoría de Savatier. Con anterioridad lo había hecho Ripert diciendo que "declarar que la obligación natural lejos de ser un deber moral que se beneficia espontáneamente con el favor de la ley, es un deber moral que sufre especialmente su enemistad", o que "todas las obligaciones naturales propiamente dichas, son obligacion ilícitas", es un juego

del espíritu. En efecto, tales fórmulas sólo pueden establecerse cuando se plantea como primer principio la identidad del deber moral y la obligación civil, siendo que la distinción de estas dos nociones siempre ha sido admitida por los juristas, y continúa siendo verdadera, por lo menos para la buena organización de la sociedad civil.

Ripert agrega, en pocas palabras, que hay obligación natural, cuando la ley atribuye ciertos efectos jurídicos al cumplimiento del deber moral. Según Bonnecase, a medida que la jurisprudencia se afirma, la doctrina adquiere más audacia. Los autores contemporáneos no vacilan en afirmar la identidad de naturaleza entre la obligación natural y el deber moral. Si la obligación natural se confunde por su naturaleza con el deber moral, debe obtenerse de esto la consecuencia de que no existe una teoría general de la obligación natural, sino más bien obligaciones naturales susceptibles de producir efectos diferentes. Nos encontramos en el dominio de la conciencia. La persona que ejecuta un acto jurídico se inspira en la idea de que no hace sino cumplir su deber.

Pero, añade Ripert, la obligación natural no existe, mientras el deudor no haya afirmado su existencia, mediante el cumplimiento de la misma. Nace del reconocimiento del deber moral por parte del deudor.

Por las citas que acaban de reproducirse, se advierte que según Ripert no existe una teoría general de la obligación natural, sino obligaciones naturales susceptibles de producir efectos diferentes. Nos vemos así proyectados, empleando la expresión del propio Ripert, en el dominio de la conciencia y, al mismo tiempo, en una profunda incertidumbre.

Ripert concluye expresando que es imposible formular una lista de las obligaciones naturales. Ningún principio permite formularlas, puesto que lo que se llama obligación natural, es simplemente el deber moral considerado en los efectos jurídicos que es capaz de producir. El juez está obligado, para apreciar el mérito de las acciones y el valor de los actos, a tener en consideración

el deber moral. Según Bonnecase, cuando ha reconocido su existencia, califica al deber como obligación natural. Es necesario tomar esta expresión sólo como una ficción cómoda para introducir el deber moral en la vida jurídica. No parece, sin embargo, que estén por terminar los estudios sobre la obligación natural, pues Cendrier señala que el concepto moderno de las obligaciones naturales es el último término de una radical transformación de éstas; el único fin de las obligaciones naturales sería proteger al deudor en el cumplimiento de un deber de conciencia, y obligarlo a respetar este cumplimiento, pero, no obligar a los acreedores civiles del deudor a respetar un acto por el cual éste deliberadamente se coloca en posición de no poder pagarles. Según Bonnecase, el sistema de Cendrier es, evidentemente, algo complejo, lo que demuestra la gravedad del problema de la obligación natural.

En opinión de Bonnecase, la obligación natural es una noción exclusivamente técnica, que traduce una obligación civil imperfecta o condicional. La obligación natural debe distinguirse esencialmente, por una parte, del deber moral y, por otra, de la obligación civil impuesta, a falta de ley, por los datos de las fuentes reales del Derecho.

Agrega que en tanto que un grupo de juristas se esfuerza por reducir el Derecho a la moral, los filósofos moralistas separan claramente ambas disciplinas. El deber moral u obligación moral y la obligación jurídica, la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica.

Por tanto, según Bonnecase, está absolutamente demostrado que el deber moral ninguna relación tiene con la obligación natural. La obligación natural es una noción meramente técnica. Es posible que en el dominio de la ciencia pura, más bien en el de la moral, las obligaciones llamadas naturales habrían merecido ser elevadas al rango de obligaciones civiles sin restricción. Pero, en el terreno del ordenamiento jurídico positivo, no ha juzgado así el legislador. Según el citado autor, instauró una jerarquía en el mundo de las obligaciones civiles. En el vértice se hallan las obligaciones civiles perfectas u obligaciones simplemente. Tan pronto

como se derivan del acto o del hecho jurídico generador, son viables y están provistas de todos los órganos indispensables para su existencia y para la realización de sus fines; todos los recursos del Poder Público están a sus órdenes para que en la plenitud de sus efectos se conviertan en una realidad; agregando que por el contrario, situadas después de las obligaciones civiles, las naturales únicamente son obligaciones civiles virtuales, obligaciones que aspiran llegar a la vida civil, podríamos decir, por lo menos aproximadamente, usando las expresiones aplicadas por Ripert a las obligaciones morales.

Dice Bonnecase que si no temiera recurrir a una imagen muy forzada, diría que la obligación natural es una obligación civil relegada en el limbo y que espera su libertad por un acto del mismo deudor.

Concluye Bonnecase expresando que un rápido examen de los textos que ha citado, relativos a la obligación natural, confirman la exactitud de su teoría sobre ésta. En primer lugar, afirma, es evidente que la obligación natural como tal, tiene una existencia jurídica. Si no se admite la repetición respecto a las obligaciones naturales, débese a que justifican un pago y, por consiguiente, existen.

Según Luis de Gásperi[77], ya Ulpiano había advertido que si en este punto se admite la existencia de una obligación, es sólo por un abuso del lenguaje. Al mencionar la obligación natural, dice Cuq -citado por De Gásperi-, se alude más a los hechos que la han engendrado que a las reglas relativas a la formación de las obligaciones, razón por la cual ella produce efectos análogos a los de las obligaciones civiles. No se la debe confundir ni con la obligación reprobada por la ley, ni con la obligación de conciencia. Se la concibió, bajo la influencia del estoicismo, como **vinculuum aequitatis**, para atemperar el rigor de la ley y como reacción contra varios prejuicios, tal, por ejemplo, la idea de que algunos seres

---

(77) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo I, Páginas 70 y siguientes.

humanos no eran personas. Está desprovista de acción, pero sirve de base a un pago válido, puede ser objeto de una novación o garantizada con prenda o con hipoteca, y dar lugar a la compensación.

Los hechos que en Roma impedían la concesión de la acción eran: la incapacidad o la esclavitud del deudor y la relación de potestad paterna entre el acreedor y el deudor. El esclavo no podía contraer una obligación civil, pero sí una obligación natural. Fuera de estos casos, una obligación civil podía degenerar en obligación natural por **capitis diminutio** o por **deductio in judicium** o por absolución injusta pronunciada por un juez. El que había sufrido una **capitis diminutio** quedaba civilmente liberado de sus deudas, pero seguía obligado **naturaliter**. Todas estas fuentes de obligaciones naturales desaparecieron cuando todos los seres humanos fueron investidos de personalidad.

La teoría de las obligaciones naturales, dicen Colin y Capitant, también citados por De Gásperi, es desconocida en nuestro primitivo Derecho, refiriéndose al Derecho Francés. Sólo aparece en el renacimiento del Derecho Romano. Combatida entonces por D'Argentre, que en su *Costumbre de Bretaña* se esfuerza en demostrar que es una sutileza y no tiene fundamento jurídico serio, va a encontrar, por el contrario, defensores en Domat y Pothier.

Ludwig Enneccerus[78], por su parte, afirma que también hay créditos a los que por razones especiales se les niega la acción y la ejecución forzosa, como también alguno o todos los demás efectos mencionados; créditos con efecto incompleto, que llamamos por eso obligaciones "naturales" o "imperfectas".

Refiere que las obligaciones imperfectas son obligaciones sin acción. Se les niega la acción y de consiguiente la realización

(78) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 13 y siguientes. Bosch, Barcelona, 1950.

mediante ejecución forzosa. No obstante, son verdaderos créditos, pues pueden ser cumplidos. El pago efectuado, conociendo la circunstancia de no poder ser ejecutado forzadamente, no constituye donación, y el pago hecho a sabiendas de que no puede ejecutarse forzosamente, no puede ser repetido a título de enriquecimiento indebido.

Afirma Enneccerus que la mayoría de las obligaciones naturales del Derecho común han desaparecido en el Código Civil Alemán. No obstante, al escribir su Tratado, aún hoy, los siguientes casos, como más importantes, se consideraban como tales: a) El crédito prescrito, considerado en sí mismo tanto antes como después, es un crédito accionable, toda vez que, si no se opone la excepción de prescripción, tiene por consecuencia la condena del deudor. Ahora bien, si el deudor alega la prescripción, si bien la acción es ineficaz, subsisten, sin embargo, ciertos efectos del crédito, de suerte que, desde el punto de vista práctico, puede ser calificado de obligación imperfecta; b) Los créditos derivados del juego y la apuesta, del contrato de lotería no aprobado por el Estado, y del llamado negocio de diferencia, no son accionables, pero en cuanto a ellos no sería acertada la hipótesis de la existencia de la obligación jurídica debilitada.

Según Eduardo B. Busso[79], el Código Alemán no menciona para nada a las obligaciones naturales; al legislar sobre el enriquecimiento sin causa se limita a establecer que no es repetible el pago que correspondería a un deber moral. Disposiciones similares contienen el Código Federal Suizo de las Obligaciones y el Código Italiano de 1942. En doctrina se discute el alcance que corresponde dar a esas disposiciones.

Continuando con Busso, diremos que un primer problema que se debate es si las obligaciones naturales constituyen o no un vínculo jurídico.

Algunos autores se inclinan por la solución negativa: desde

(79) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo III, Páginas 334 y siguientes.

el momento en que carecen de exigibilidad las llamadas obligaciones naturales no configuran una relación jurídica.

La llamada obligación natural, dice otro autor, no es propiamente tal, pues le falta el elemento de coerción que es indispensable para configurar esa noción jurídica. Vendría a ser una "obligación no obligatoria" y esa contradicción terminológica demuestra que la palabra "obligación" está mal empleada.

Señala Busso que, según algunos juristas, la teoría de las obligaciones naturales carece de lógica, pues no siendo exigibles ocurre que sólo adquieren el carácter de tales cuando el deudor voluntariamente las paga, y esto importa un contrasentido, porque el pago extingue las obligaciones, pero no las crea. Es un ser jurídico extraño y absurdo, se añade, aquél que sólo adquiere vida al convertirse en cadáver y que no tiene eficacia sino cuando pierde su existencia.

Refiere el profesor argentino que la obligación natural, en opinión de estos autores, es una quinta rueda en el Derecho, que no responde a nada práctico y que debe ser proscrita de los Códigos.

La teoría de las obligaciones naturales -dice Bonfante- citado por Busso, es un injerto inorgánico en las legislaciones modernas. Según Busso, gran error fue el de no haber sabido relegarla en momento oportuno al puesto histórico que le corresponde. Y actualmente representa un peligro, por el atractivo que ejerce sobre el espíritu de los teóricos, ofreciendo pábulo a una fantasía científica que se pone de manifiesto en la elaboración de doctrinas dotadas de una cierta **elegantia juris**, pero que carece de toda base en el Derecho positivo.

En opinión de Busso, entre quienes admiten que las obligaciones naturales constituyen vínculos de derecho, surgen diversas opiniones para precisar cuáles son sus caracteres jurídicos propios y específicos: a) las que definen las obligaciones naturales por asimilación a las civiles; b) las que recurren a la figura técnico-histórica del "**debitum** sin garantía"; y c) quien las define como

institución de Derecho Natural o que llegan a la consagración jurídica de los deberes de conciencia.

Una corriente de opinión sostiene que las obligaciones naturales por su estructura y por su contenido, son una simple variante de las obligaciones civiles. En definitiva, la obligación natural vendría a ser un vínculo reglamentado por la ley al que, por razones especiales, el legislador no le ha atribuido una acción judicial que lo consagre.

Se intenta, por otra parte, una interesante explicación de la naturaleza jurídica de las obligaciones naturales, sobre la base de la distinción entre el "**debitum**" y la "garantía", considerados como elementos integrantes del concepto de la obligación.

A entender de Busso, la exacta interpretación de las fuentes romanas y germánicas, y el estudio analítico del contenido del vínculo obligatorio, llevan a algunos autores a afirmar como verdad histórica y conceptual que toda obligación resulta de la fusión de dos elementos distintos e independientes: el **debitum**, o sea el conjunto de razones que determinan la justicia y la necesidad de una transferencia patrimonial entre dos sujetos, y la garantía, o sea los diversos medios coercitivos que se ponen a disposición del sujeto activo de la relación para que obtenga la transferencia patrimonial a que tiene derecho. El **debitum** corresponde, en definitiva, a un derecho conseguido como simple pretensión y al cual no acompaña ninguna potestad.

La obligación natural sería en Derecho positivo -según Busso-, una aplicación de la distinción conceptual entre los elementos integrantes de la obligación. Hay **debitum**, ya que hay razones para justificar la pretensión del sujeto activo; pero no hay garantía, ya que no se dan a esta pretensión medios para obtener su cumplimiento.

En opinión de otros autores, las obligaciones naturales son deberes morales o de conciencia, tomados en consideración por la ley positiva en cuanto a la producción de efectos jurídicos de Derecho Civil. Los deberes de conciencia no quedan ya confina-

dos a un campo puramente moral, sino que penetran decididamente al terreno de lo jurídico.

Nos dice Busso que algunos autores hablan de obligaciones de Derecho Natural o de equidad; otros se refieren a deberes de conciencia; pero en el fondo son dos maneras de expresar una misma idea, a la que se llega a través de conceptos que son entre sí concordantes. La expresión "deberes de conciencia" implica hacer referencia a las convicciones íntimas del individuo, y simultáneamente también a los conceptos supremos del bien, de la justicia y de la virtud que el sujeto llega a conocer por la vía de la intuición moral y que se convierten para él en imperativos de conducta.

Agrega el citado tratadista que las obligaciones naturales tienen un fundamento moral, pero no se confunden con las obligaciones o deberes morales propiamente dichos. La mayoría de los autores admite la diferencia entre obligaciones naturales y deberes morales; ella ya aparecía en el Derecho Romano y Pothier la expone como uno de los puntos fundamentales de la materia. Los autores modernos la mantienen.

Según Busso, es erróneo pensar que todo deber moral implica una obligación natural. En realidad, hay deberes morales cuyo cumplimiento interesa a la sociedad, en tanto que otros le son totalmente indiferentes.

Agrega que respecto a las obligaciones naturales existen diversas tendencias. Se asigna mayor o menor expansión a la teoría de las obligaciones naturales según la opinión que se tenga sobre su fundamento y naturaleza jurídica.

Nos dice Busso que en opinión de algunos sólo revisten el carácter de obligaciones naturales aquellas relaciones jurídicas que la ley prevé y reglamenta expresamente y a las que por razones especiales priva de acción judicial.

Recuerda el profesor argentino la tesis amplia de quienes fundan las obligaciones naturales en razones de conciencia o de derecho natural y consideran que la nómina de ellas es indeterminada e indeterminable: habrá obligación natural en todos los casos en que un principio de justicia conmutativa justifique su existencia.

Agrega que todo deber moral que por su contenido intrínseco está dentro de lo jurídico, es una obligación natural. La institución adquiere en esta forma una gran elasticidad y es una manera de introducir las ideas morales dentro de los confines del Derecho.

Una definición determinativa de la obligación natural no puede quedar encerrada en una fórmula general y abstracta. La labor del jurista consiste solamente en fijar poco a poco las diversas causas de esas obligaciones a las que se les va atribuyendo reconocimiento jurídico.

Por otra parte, Luis María Boffi Boggero[80] expresa que en Roma aparecen las obligaciones naturales, pero que no hay acuerdo en la doctrina acerca de numerosos aspectos de su evolución histórica, su fundamentación, sus caracteres.

Recuerda que en los tiempos primitivos, y para morigerar los efectos de **jus civile**, que era el Derecho Quiritario, el Pretor asignó relevancia jurídica a obligaciones cuyas consecuencias eran negadas por el solo hecho de una simple omisión. Pero la doctrina se limitaba a casos, sin elaborar todavía un cuerpo sistemático. Se expresa como principio de la doctrina de las obligaciones naturales el debate acerca de un testamento mediante el cual un patrón daba libertad a un esclavo y le pagaba lo adeudado. Mientras unos sostenían que el legado carecía de validez, otros estimaban que era válido, pues el propósito era alegar lo que se debía en verdad. El Derecho de Justiniano amplía los conceptos. La Iglesia descubre la raíz de la obligación natural en el **ius naturale**. Precisa Boffi Boggero que, formando corrientes, los clásicos llamaban obligaciones naturales a las que derivaban del De-

(80) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo III, Páginas 206 y siguientes.

recho Natural y civiles a las que fluían del Derecho Civil. Las naturales eran tuteladas con acciones en muchos casos y cuando eran carentes de ejecutabilidad se les llamaba **debitum**. Esta expresión, debido a interpolaciones, llegó a constituirse en sinónimo de obligaciones naturales y bajo tal aspecto aparece en la época de Justiniano.

Así, el citado autor señala que se reconocen diversos casos de obligaciones naturales en Roma, sin que la mención siguiente haya sido unánimemente aceptada: **obligatio naturalis servi** o sea la resultante de los negocios que celebraba el esclavo; obligación extinguida mediante **capitis diminutio**; obligaciones entre los **filiifamilias** y entre éstos y el **pater**; el caso del préstamo contraído por un **filiifamilias** con pago al mutuante después de salir de la patria potestad, excluyéndose la **repetitio soluti**; obligación que contrae el pupilo sin la **auctoritas tutoris**; obligación derivada de simple pacto; obligación extinguida por **litis contestatio**; etc. A entender de Boffi Boggero, las características generales - que no se dan siempre- de estas obligaciones naturales, son las que siguen: el titular del crédito ejerce la **soluti retentio**, es decir, retiene el pago que se le formalizó; el crédito natural se origina en una obligación civil; puede garantizarse la obligación natural con fianza, prenda, hipoteca; se computa la obligación natural en la herencia y el peculio; etc.

Precisa también que se dan en Roma otras obligaciones llamadas "naturales impropias" porque se fundaban en razones de religión, moral, etc. No eran repetibles en el derecho de Justiniano. Pueden citarse como ejemplo: el pago de la madre para rescatar a su hijo de la esclavitud; la prestación de alimentos a parientes sin obligación civil; el pago del liberto al patrono; la constitución de dote de la mujer que se consideraba obligada a ello; el pago de gastos de funeral de un pariente; etc.

Manuel Albaladejo[81] afirma que hay varias tesis respecto a la obligación natural:

(81) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Páginas 358 y siguientes.

(1) A tenor de una teoría, la obligación natural es una obligación no jurídica, sino moral o de conciencia, o social, etc., a la que se atribuye un efecto jurídico: la irrepetibilidad del pago (pago jurídicamente no debido).

(2) Para otra teoría la obligación natural es una obligación no jurídica inicialmente, pero que se convierte en jurídica cuando se paga.

(3) Por último, la tesis que considera acertada Albaladejo es: la obligación natural, aparte que desde un punto de vista no jurídico pueda ser calificada de "deber" o de "obligación", jurídicamente no es una obligación, no es un vínculo entre dos personas (deudor y acreedor), ni antes ni después del "pago". Jurídicamente sólo es un hecho que justifica la atribución patrimonial que se hizo al "acreedor", es decir, es sólo una justa causa de tal atribución (entrega o pago), se da a este término un sentido amplio que no reduzca solo al juicio específico de ejecución de la prestación a la que se estaba jurídicamente obligado. Así, pues, justificada la atribución, jurídicamente no procede la repetición (devolución) de lo dado. Pero este efecto jurídico que es la irrepetibilidad, no es un efecto que, jurídicamente hablando, proceda del cumplimiento de una obligación, sino que procede de encontrarse justificada la entrega por otra razón que el ordenamiento considera suficiente (piénsese que la justa causa de la atribución patrimonial no tiene por qué ser necesariamente una obligación civil preexistente, que se paga con la atribución hecha **solvendi causa**). Y el ordenamiento considera justa causa de la atribución la denominada obligación natural, por el hecho de que si se permitiese al que pagó pedir la devolución (que es lo que habría que hacer, de no considerar justificada la entrega), se protegería un acto inmoral consistente en deshacer lo que se había realizado por considerarlo moralmente necesario.

Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[82] afirman que

(82) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo I, Página 475.

Galli dejó satisfactoriamente aclarada la situación de las obligaciones naturales surgidas de un acto afectado de nulidad relativa: si son cumplidas parcialmente antes de que se declare su nulidad por sentencia firme, este cumplimiento importaría una confirmación tácita y, en consecuencia, surtiría efecto convalidatorio en cuanto a la totalidad de la obligación. Por el contrario, si el pago parcial se hace después de estar firme la sentencia que haga lugar a la nulidad del acto, convirtiendo en naturales a las obligaciones civiles que habían nacido del mismo, este pago parcial no acordará al acreedor el derecho de reclamar el saldo insoluto.

Según Borda[83], las obligaciones naturales son obligaciones anormales, pues a primera vista no parece jurídico hablar de obligación o de derecho sin acción para obligar al deudor a cumplir; porque precisamente lo que define la obligación normal del punto de vista jurídico es la posibilidad del acreedor de compulsar al deudor a darle cumplimiento y, en su defecto, a pagar la indemnización correspondiente. Pero si las obligaciones naturales no confieren acción para demandar el cumplimiento, no por ello están desprovistas de toda protección jurídica, ya que si el deudor ha pagado voluntariamente (única vía concebible desde que el acreedor no puede compulsarlo), el acreedor tiene derecho a retener lo pagado.

Las principales teorías explicativas de la naturaleza jurídica de las obligaciones naturales, agrega Borda, son las siguientes:

(a) Según una primera opinión, no hay entre las obligaciones naturales y las civiles una diferencia sustancial de naturaleza; en unas y otras hay un vínculo jurídico, sólo que el que corresponde a las primeras es menos eficaz, puesto que no da acción para hacerlas cumplir, pero sí una excepción para retener el pago hecho por el deudor. En suma, las obligaciones naturales serían obligaciones civiles imperfectas.

(b) Según otros, habría una deuda sin responsabilidad: para

(83) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 338 y siguientes.

esos autores, las obligaciones naturales serían unas de las más felices y claras explicaciones de la tesis que distingue entre deuda y responsabilidad. A criterio de Borda, esta teoría describe con acierto los efectos de las obligaciones naturales, pero no penetra en su naturaleza íntima.

(c) Para otros, las obligaciones naturales serían deberes de conciencia tomados en consideración por ley para producir ciertos efectos jurídicos.

Borda, por su parte, encuentra insatisfactoria la teoría que pretende explicar estas obligaciones como un deber de conciencia al que la ley atribuye ciertos efectos jurídicos. No porque no exista ese deber, sino porque él existe en cualquier obligación, sea o no natural, de modo que esto no brinda un carácter distintivo con las obligaciones civiles. Por otra parte, partiendo de este criterio, tampoco resulta posible distinguir entre los deberes de conciencia elevados a la categoría de obligaciones civiles y los deberes de conciencia puros.

Adhiere, en consecuencia, a la primera de las teorías enunciadas. Considera que no hay una diferencia radical, sustancial o de naturaleza, entre estas obligaciones y las civiles. Agrega Borda que si se analiza la enumeración del artículo 515 del Código Argentino, se advertirá que en todos los casos media una promesa, un compromiso; esa promesa tiene una causa jurídica, un objeto lícito, determinado y posible; están reunidos todos los elementos de una obligación civil y el deudor ha entendido obligarse jurídicamente, no obstante lo cual, la ley no confiere acción al acreedor por distintas razones (falta de requisitos formales, motivos de seguridad jurídica, como es la prescripción, o de moral, como es la inexigibilidad de las deudas de juego), razones que no hacen a la existencia misma de la obligación. La ley no obliga a cumplir; pero cumplida la obligación, protege al que recibió el pago porque la deuda existía aunque era inexigible. No se trata de un pago de lo que no se debe, que autoriza la repetición, y tampoco de una liberalidad.

Por su parte Llambías[84], en fin, afirma que las obligaciones civiles están especialmente tuteladas por el Derecho positivo, que les reconoce la plenitud de su eficacia: exactamente los efectos que usualmente se le atribuyen. En cambio, las obligaciones naturales no se sustentan en el Derecho positivo, sino exclusivamente en el Derecho Natural y la equidad. Ello explica su reducida eficacia, en la medida que el legislador ha entendido que debía darles carta de ciudadanía en la vida jurídica, por la sola consideración de su origen.

Según Llambías es de notar que no hay oposición o antagonismo entre las obligaciones civiles y naturales. No ha de pensarse que las primeras están desprovistas de equidad y que carecen de arraigo en el Derecho Natural. Absolutamente. Precisa además que el derecho positivo es, si se permite la expresión, la positivación o concreción del derecho natural, su traducción y adaptación a las circunstancias sociales concretas de un momento histórico determinado. Y siendo el Derecho positivo, en su esencia, una cierta cristalización histórica del derecho natural, al que provee de fórmulas y sanciones, es claro que las obligaciones civiles están penetradas de Derecho Natural y de equidad. Empero, fuera de ese orden jurídico positivo, están las directivas del Derecho Natural, todavía no estructuradas en normas de Derecho positivo: esas directivas son las que originan las obligaciones puramente naturales.

En suma, las obligaciones civiles se fundan en el Derecho positivo, y por ende en el Derecho Natural y la equidad; las obligaciones naturales arraigan "sólo en el Derecho Natural y la equidad."

Finaliza Llambías señalando que si se miran esas obligaciones por el lado de sus efectos, se denomina a las obligaciones civiles perfectas, y a las naturales, imperfectas.

(84) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-A, Páginas 11 y siguientes.

Después de repasado el pensamiento de ilustres civilistas, el tema de las obligaciones naturales parece inextricable.

Poco o nada se ha escrito en el Perú sobre las obligaciones naturales. Ello obedece, sin duda, a que el Código Civil vigente de 1984, y su antecedente inmediato, el Código de 1936, no se refieren a ellas, al menos utilizando esa denominación.

En efecto, el Código de 1984 sólo contiene dos normas que podrían inscribirse en la categoría de obligaciones naturales. El artículo 1175, cuando establece que no hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita. Y el artículo 1943, cuando dispone que quien paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición.

A su turno, el Código de 1936 contenía reglas similares en cuanto a la prescripción, en el artículo 1285, y en cuanto al juego y la apuesta, en los artículos 1768 y 1770.

En el caso de la prescripción, la obligación nace como civil, plenamente válida, pero al carecer de acción no es exigible. Entonces ya no estamos ante una obligación, ni civil, ni natural, ni de ninguna otra naturaleza, pues si no existe exigibilidad es porque el vínculo jurídico ha desaparecido. Y si no existe vínculo jurídico, tampoco existe obligación. Lo que queda, como expresamos al analizar la naturaleza jurídica de la obligación, es un deber jurídico con contenido patrimonial, que quien tuvo la condición de deudor puede cumplir o no. Ello dependerá, exclusiva y soberanamente, de su voluntad. Si cumple lo hace porque sus sentimientos íntimos lo impulsan a ello; porque existe un deber moral, un deber de conciencia, que quiere satisfacer. Y por eso la ley le veda la posibilidad de exigir la restitución de lo pagado.

Algo similar ocurre con el juego y la apuesta no autorizados. En este caso, a diferencia de la prescripción, nunca nació obligación alguna, ni civil, ni natural, ni de otras características. No hay vínculo jurídico entre las partes y por ello no existe el requisito de la exigibilidad. Tal relación sólo origina un deber -muy distinto por

cierto de la obligación- con contenido patrimonial, que una persona -a quien no podemos llamar deudora, porque nunca lo fue- satisface respecto a otra, cumpliendo, al igual que en el caso de la obligación prescrita, con un imperativo de su conciencia. Por eso, como cuando se paga una obligación prescrita, no se puede repetir. Y añadimos que nada tienen de ilícito el juego y la apuesta no autorizados, pero no prohibidos por la ley. Se trata de actos lícitos que carecen de acción. Por eso, justamente, se impide exigir la restitución de lo pagado. Y por eso, cuando se paga, se responde a un deber íntimo.

Con esto terminan, en nuestra ley civil, las situaciones jurídicas que la doctrina tradicional denomina "obligaciones naturales".

Los antecedentes de estos dos únicos casos de las llamadas obligaciones naturales, previstas por los Códigos de 1984 y 1936, se encuentran, en el caso del juego, en el artículo 1739 del Código Civil Peruano de 1852, antecedente inmediato, a su vez, del Código de 1936, que impedía repetir lo pagado voluntariamente por causa de juego, salvo que hubiere habido dolo o estafa de parte de quien ganó. Nada decía el Código de 1852 respecto a las obligaciones prescritas. Pero sí se refería a supuestos no previstos por los Códigos de 1984 y 1936, en su artículo 2126 ("No se puede recobrar lo pagado en virtud de una obligación natural y que no se debía por obligación civil, como una deuda de un menor o de una mujer casada"). Aquí, a diferencia de la prescripción y del juego y la apuesta, había nacido -y para calificarla nos conferimos una licencia en el lenguaje- una "obligación irregular", susceptible de nulidad o anulabilidad, que luego de pagada la ley impedía repetir.

Y no existen, en la historia de los tres últimos Códigos Civiles Peruanos, otras relaciones jurídicas que puedan denominarse "obligaciones naturales". Con esto se agota el tema. No hay otros casos, dentro del concepto de "obligación natural", en los que se pague y no se pueda repetir.

Situaciones similares son las que generan los llamados "deberes morales o de solidaridad social". A ellos, exactamente con

esta misma denominación, se refieren los artículos 1275 del Código de 1984 y 1284 del Código de 1936.

El antecedente de estos preceptos lo encontramos en el artículo 2127 del Código de 1852, que disponía que "Tampoco se puede recobrar lo que se hubiese dado con objeto de alimentos, o por causas de piedad, o por efecto de entusiasmo, si antes o en el acto de entrega no se protestó, por documento público y con noticia del agraciado o de quien lo representaba, el derecho de reclamar el pago."

En todos esos casos hay razones éticas, ánimo de beneficencia, muestras de gratitud o como quiera llamársele, pero no existe obligación alguna, ni civil ni natural.

¿Cómo se juzgan los deberes morales y de solidaridad social? Por las circunstancias de cada caso concreto.

Vamos a ubicarnos, para ilustrar situaciones, en los extremos.

Dice el artículo 1223, **in fine**, del Código de 1984, que quien recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado. Hasta aquí su obligación, y sin duda de carácter civil. Pero si restituye lo que hubiese consumido o gastado, entonces estaría cumpliendo con un deber moral -no con una obligación civil ni natural- y, conforme al artículo 1275 del Código, no podría repetir. Y como éste existen decenas de casos en nuestra ley civil.

Al otro extremo, si una persona alimenta a un mísero que padece de hambre, y con quien no lo une vínculo alguno, ni siquiera de amistad, también está cumpliendo con un deber moral o con un imperativo de solidaridad social. La ley, por tanto, le impide repetir lo pagado. ¿De qué obligación podríamos hablar en este caso?

La gama de los deberes morales o de solidaridad social pue-

de remontarse hasta el infinito. Ellos impregnan al Derecho de un concepto ético y por eso elogiamos, sin reservas, los preceptos que los consagran.

Estas situaciones prácticamente se confunden con las que generan las denominadas "obligaciones naturales", que, por esas razones, deben pertenecer a una casta en vías de extinción.

Su clasificación en Roma, con todas las singularidades del Derecho allí vigente, es inapropiada en las puertas del siglo XXI. Por esto, porque la propia denominación de "obligación natural" es incoherente, y porque basta que los principios morales estén cada día más arraigados en la norma jurídica, es que en el Código de 1984 sólo quedan dos rezagos, que hemos preferido denominarlos como "deberes jurídicos con contenido patrimonial" y no tan sólo como "deberes morales o de solidaridad social". Y lo hacemos así porque las dos normas existen, no podemos eludirlas, aunque preferiríamos clasificar esos dos casos, insistimos, simplemente como "deberes morales", dejando de lado todos los sofisticados artilugios a los que se apela para penetrar en la denominada "obligación natural", sin percibirse que ella sólo constituye un "deber moral", pues de obligación poco o nada tiene. Es en razón de ley expresa que preferimos asignarle clasificación expresa, pero tan sólo con propósitos de identificación.

Concluimos citando a Saleilles[85]: "Cuando alguien realiza una prestación con el propósito de satisfacer un deber de conciencia, sería escandaloso que el Derecho le proporcionara el medio de recobrar lo que ha entregado, desde que lo que ha hecho, lo ha hecho con conocimiento de causa y con plena voluntad y libertad."

(85) Ver LEON BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, Tomo II, Página 431. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, Argentina, 1954.

(7) OBLIGACIONES Y DERECHOS REALES.

Julien Bonnecase[86] cita a Planiol cuando éste expresa que en virtud de una ilusión, debido a un análisis superficial, se ha dividido el dominio del Derecho en dos compartimientos que parecen no tener nada de común; el de las obligaciones o derechos de crédito y el de la propiedad o derechos reales. Se ha establecido entre ellos una separación absoluta, que hace pensar que estos derechos son de naturaleza diferente. Pero, no obstante su antigüedad, esta idea es falsa. Su apoyo más sólido se encuentra en la distinción existente en el Derecho Romano, entre los modos de obligarse, que estaban representados, principalmente, por la estipulación, y los modos de adquirir, cuyo tipo principal fue la mancipación. Pero esta coexistencia de dos procedimientos jurídicos diferentes, uno para obligarse, otro para adquirir, es un hecho externo, una distinción meramente formal, estructura que no concierne sino al procedimiento jurídico y que, por otra parte, es arbitraria, pues se trata de un accidente histórico local, que nada tiene de eterno ni de universal.

En el fondo, afirma Planiol -quien continúa citado por Bonnecase-, el derecho real es de la misma naturaleza que el derecho de crédito; también él supone una relación de orden obligatorio entre las personas. La definición clásica que reduce el derecho real a una relación directa entre una persona y cosa es falsa; el Derecho real solamente es un derecho en tanto que implica una obligación pasiva universal, a cargo de todas las personas, con excepción de su titular.

Los rasgos distintivos de la noción de obligación o derecho de crédito, en oposición al derecho real, según Bonnecase, son conforme a la doctrina clásica o tradicional en su forma moderna, los que a continuación enuncia.

Los derechos reales se dividen en dos grandes categorías: por una parte, los derechos principales o de primer grado; por la

(86) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Páginas 24 y siguientes.

otra, los accesorios o derechos reales de garantía y, también, los derechos reales de segundo grado. Entre los primeros se encuentra principalmente el derecho de propiedad. Entre los desmembrados se encuentran los derechos llamados servidumbres personales y que deben denominarse derechos reales de goce y de uso; estos derechos recaen sobre una cosa en favor de una persona determinada y no sobre las personas como ocurre con el usufructo, uso o habitación. Luego la servidumbre propiamente dicha o servidumbre real, es un derecho real que existe sobre una cosa, no en provecho de una persona, sino sobre el otro predio; por ejemplo, la servidumbre de paso. Y, finalmente, el derecho de enfiteusis, que es un derecho real derivado de un arrendamiento especial de duración prolongada.

De los derechos reales principales debe pasarse a los derechos reales accesorios. Se trata de los derechos reales cuyo objeto es garantizar el cumplimiento de una obligación. Suponen una obligación preexistente a cuya existencia están subordinados. Sobre su determinación se encuentran ciertas dificultades; sin embargo, se consideran como tales, la prenda, la anticresis y la hipoteca.

De allí la distinción entre los derechos reales en principales o de primer grado, y accesorios o de segundo grado.

En cuanto a las diferencias específicas de la obligación o derecho de crédito y el derecho real, es indispensable tener presente que el derecho real es una relación en virtud de la cual una cosa se encuentra, de una manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de apropiación de una persona. El derecho de crédito es una relación de derecho por virtud de la cual la actividad económica o meramente social de una persona, es puesta a disposición de otra, en la forma positiva de una prestación por proporcionar, o en la forma negativa de una abstención por observar.

El derecho real es una relación por virtud de la cual una persona queda facultada a obtener de una cosa, exclusivamente, en una forma oponible a todos, toda la utilidad que produce o parte

de ella. El derecho de crédito es una relación de derecho, por virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene la facultad de exigir de otra, el deudor, el cumplimiento de una prestación determinada, positiva o negativa.

En el derecho real el titular de éste se halla en contacto directo con la cosa bajo la garantía del poder social; puede obtener de ella, sin intermediación de ninguna persona, la utilidad que implique según el derecho real de que se trate. La obligación necesariamente pone en presencia a dos personas, puesto que sujeta la actividad económica o meramente social de una al servicio de la otra, sea en forma positiva o negativa.

El derecho de persecución y el de precedencia, en fin, es propio del derecho real, no poseyendo estos atributos el derecho de crédito. Más exacto sería decir que el derecho real se presenta, según las circunstancias, como un derecho de persecución o como un derecho de precedencia. En el caso del derecho de crédito, el acreedor no tendrá, muchas veces, el medio de obligar al deudor a la prestación prometida. El Código le concede entonces una prestación equivalente que se resuelve, en caso de incumplimiento, en la de indemnizar daños y perjuicios. Aquí no hay un derecho de persecución ni de precedencia, porque ellos carecerían de significado.

Eduardo B. Busso[87], por su parte, afirma que la diferenciación entre derechos reales y personales es considerada en forma distinta por las diversas escuelas y autores.

Según la tesis clásica, tradicionalmente se define al derecho real como la relación inmediata entre una persona y una cosa, y al derecho personal como relación de persona a persona.

Desarrollando este criterio -dicen Aubry y Rau, citados por Busso-, dada la relación inmediata y directa que supone el derecho real, la cosa queda sometida a las potestades de la persona,

---

(87) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo III, Páginas 36 y siguientes.

en forma tal que esas potestades puedan hacerse valer no ya contra persona determinada, sino contra todos. En el derecho personal, en cambio, las potestades del sujeto activo, por su propia naturaleza, sólo pueden hacerse valer contra la persona obligada o contra quienes responden por sus obligaciones. Algún autor contrario a la distinción tradicional, señala que la fórmula de Aubry y Rau tiene el mérito de eludir el error de concepto según el cual el derecho real es una relación del sujeto con la cosa.

Según Busso, así concebida la diferenciación entre los derechos reales y personales, pueden incluirse dentro de una más amplia clasificación que distingue los derechos absolutos, oponibles **erga omnes**, y los derechos relativos.

De acuerdo con esta distinción, algunos autores sostienen que la diferencia fundamental entre los derechos reales y personales radica en el objeto de unos y otros; los créditos son derechos dirigidos contra la persona del deudor, a quien imponen el deber de realizar un acto. El derecho real se constituye sobre objetos materiales y asigna al titular facultades de imperio.

Sin embargo, otros autores se niegan a aceptar que entre los derechos reales y personales exista una diferencia tan sustancial y terminante como la que pretende la doctrina clásica.

Recuerda Busso que Ortolán, por ejemplo, estudia las diferencias entre derechos reales y personales "sobre la base del puro razonamiento filosófico" y prescindiendo de las tradiciones romanas. Los derechos -dice- son siempre relaciones de persona a persona; necesariamente, en todo derecho hay un sujeto activo y uno o muchos sujetos pasivos, y bajo ese aspecto todo derecho es personal. Simultáneamente, el derecho tiene un objeto, designado generalmente con el nombre de cosa, y bajo ese aspecto todo el derecho es real. En tal forma, cualquier derecho, sin excepción, es a un mismo tiempo personal en cuanto a sus sujetos y real en cuanto a su objeto; pero según la forma como figuren y funcionen en el derecho las personas en su calidad de sujetos y las cosas en su calidad de objetos, da lugar a que surjan tipos particulares de Derecho.

Agrega Ortolán, siempre citado por Busso, que todo derecho se reduce a la facultad que tiene el sujeto activo de exigir al sujeto pasivo una acción o una omisión, que importa en definitiva una obligación. Las obligaciones son de dos especies. Una general, que es propia de todas las personas y que consiste en la necesidad que todos tienen, sin distinción, de dejar hacer al sujeto activo del derecho, de dejarle obtener el provecho y la utilidad que su derecho le atribuye, y de no oponer a ello el menor obstáculo. Esta obligación general de abstención existe con relación a todos los derechos sin excepción. En algunos casos el ser del Derecho se agota en esa obligación colectiva de abstención, y no existe ninguna otra obligación especial que se le deba agregar. Estos son los derechos llamados "reales". En otros casos, el sujeto activo, además de esa facultad de exigir a todos los sujetos pasivos que no perturben el goce de sus derechos, tiene facultad de obligar a una o más personas individualmente determinadas a una accion o a una omisión. En este caso el sujeto pasivo del derecho es, por así decir, doble: por una parte el conjunto de todas las personas obligadas a no turbar, y por la otra el sujeto individual.

En el Derecho moderno, según Bonnecase, también citado por Busso, se ha difundido una tesis según la cual los derechos reales carecerían de autonomía y serían un simple caso particular de obligaciones: una obligación pasivamente universal. Se aduce, para ello, que hablar de vínculo jurídico con una cosa es un contrasentido, por cuanto conduciría a afirmar que la cosa tiene derechos y obligaciones, lo cual es ya francamente absurdo. Las relaciones de Derecho son, siempre y en todos los casos, relaciones de persona a persona.

A decir de Bonnecase, si se toma un derecho real (la propiedad), se encuentra que el sujeto activo es el titular del derecho, y el sujeto pasivo "es todo el mundo excepto él."

Windscheid, en otra cita de Busso, desarrolla una tesis similar. Pero esta tesis es criticable porque el deber de respetar el libre goce de los derechos ajenos existe con relación a toda clase de derechos, personales o reales.

El hecho de que toda persona deba abstenerse de perturbar al titular de un derecho personal de crédito, puede conducir a la idea de que el sujeto activo tiene algo así como una propiedad del crédito.

En conclusión, a entender de Busso, puede decirse que las objeciones formuladas contra la distinción entre derechos reales y personales, más formales que de fondo, han perdido importancia en la doctrina de los últimos tiempos, y puede por consiguiente decirse que tal distinción conserva su vitalidad.

Según Michele Giorgianni[88], el fundamento de la distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito está, para la doctrina dominante, sobre todo en la presencia en las dos categorías de caracteres diversos y contrastantes. Así, mientras en los derechos reales el poder concedido al titular tendría un carácter inmediato sobre la cosa objeto del derecho y absoluto en cuanto se ejercitaría o se reflejaría frente a todos los miembros de la sociedad, el poder del acreedor sería, en cambio, mediato, en cuanto que en éste la consecución del bien no sería garantizada por una potestad sobre el bien mismo, sino sólo por el trámite (de la actividad) del deudor, y relativo en cuanto se ejercitaría y se reflejaría sólo frente a una persona determinada: el deudor.

Al enfrentarse con algunas situaciones particulares, llamadas obligaciones **propter rem**, afirma Giorgianni, la doctrina dominante choca con el obstáculo de catalogarla sobre la base de los criterios señalados, dado que en éstas se encuentra la presencia de algunos caracteres propios del derecho real junto a caracteres propios de los derechos de crédito; agregando que por ello se afirma que existe, en realidad, una zona de confín entre los derechos reales y los derechos de crédito, disminuyendo de este modo, a juicio de Giorgianni, la importancia y el valor de aquella distinción.

A entender de Giorgianni, la doctrina quiere distinguir los de-

(88) GIORGIANNI, Michele. Op. cit., Páginas 81 y siguientes.

rechos patrimoniales en dos categorías, sobre la base de la diversidad de la estructura del poder concedido al titular. En efecto, cuando se afirma que los derechos reales están identificados por el carácter inmediato del poder, en contraposición a los derechos de crédito, en los que, por el contrario, el poder es mediato, se quiere decir que, mientras el poder puesto a disposición del titular del derecho real consiente al sujeto satisfacer directamente el propio interés sobre la cosa, el poder puesto a disposición del acreedor permitirá obtener la satisfacción del propio interés sólo a través de la actividad de otro sujeto, el deudor.

Pero -según Giorgianni- debe tenerse presente que si bien es cierto que el acreedor hipotecario, por ejemplo, puede ejercitar su derecho sobre la cosa sin necesidad de cooperación del deudor, esto no significa que él ejerza su poder inmediatamente sobre la cosa, dado que es necesaria, si no se requiere la cooperación del deudor, la cooperación del Estado. En efecto, el ordenamiento jurídico no consiente que el acreedor hipotecario satisfaga su poder directamente sobre la cosa. No se puede decir que la ley conceda al titular un poder inmediato sobre la cosa. Aquel interés no puede considerarse susceptible de ser plenamente satisfecho mediante la actividad del acreedor sobre la cosa; su satisfacción constituye, en cambio, el resultado de la cooperación prestada al acreedor por los correspondientes órganos del Estado.

Luis María Rezzónico[89], también citando a Ortolán, recordado por Vélez Sarsfield, reitera que el "derecho personal es aquel en el que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. O en términos más sencillos: un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera, a dar, a suministrar, a hacer o a no hacer alguna cosa. El derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor."

(89) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 24 y siguientes.

Desvirtuando la pretendida asimilación con los derechos reales, observa Rezzónico, el derecho real es una relación jurídica establecida inmediatamente entre una persona y una cosa, oponible a todas las personas. Aquí el deudor no es una persona dada, sino la sociedad entera, cuya deuda consiste en respetar el ejercicio de ese derecho por su titular: hay una obligación pasiva universal (aunque no, técnicamente, una "obligación de no hacer"). En cambio, el derecho personal supone la existencia de una persona directa e inmediatamente obligada, y por ello se dice que el derecho real es absoluto, oponible contra todos, **erga omnes**, mientras que el derecho personal es relativo, rige sólo entre acreedor y deudor y sus herederos, y no es oponible a los terceros.

Este concepto tradicional, seguido por Pothier, Demolombe y la mayoría de las legislaciones sobre el derecho real, señala que éste es una "relación directa e inmediata de la persona sobre la cosa", entre el titular del derecho y la cosa, mientras que el derecho personal es una relación de persona a persona.

Según Rezzónico, dicho concepto, que parece exacto, es combatido por parte de la doctrina moderna, especialmente por Planiol, según antes hemos visto, quien sostiene que el Derecho es por definición una relación entre personas.

Y -añade el autor citado- la concepción de que el derecho real impone una obligación pasivamente universal, también ha sido combatida, especialmente por Rigaud, diciendo que ésta no es una característica del derecho real, porque la obligación pasivamente universal es común a todos los derechos.

Sin embargo, estas objeciones son general y justamente desestimadas por la doctrina moderna: 1) porque tocante a la primera objeción, no puede negarse que el carácter más distintivo del derecho real, el que mejor permite separarlo del derecho personal, consiste precisamente en esa circunstancia, bien aparente y visible, de ser un derecho directo, un poder inmediato sobre una cosa (corporal o incorporal, como ocurre, en este último caso, por ejemplo, con la propiedad intelectual), susceptible de ser ejercido

sin intermediarios; y 2) porque en cuanto atañe a la segunda objeción, de que "la obligación pasivamente universal es común a todos los derechos", cabe replicar que cuando se dice que el derecho real produce la obligación pasiva universal no se significa que ese carácter sea exclusivo del derecho real. Señala Rezzónico que no se quiere decir que la obligación pasivamente universal sea "privativa" del derecho real, sino que el derecho real no produce la obligación directa, inmediata, de una persona determinada, y sí sólo una obligación pasiva universal; a diferencia del derecho personal, que además de esa obligación pasiva universal produce la obligación de una persona determinada, individualizada, sujetándola al poder o a la facultad del titular de ese derecho. El deber pasivo, de abstención, que incumbe a la sociedad frente al titular de un derecho real, no es una auténtica obligación, sino un deber general que nace de la convivencia humana y de la obligación de no dañar a otro.

Por eso, dice Rezzónico, citando a Busso, las objeciones formuladas contra la distinción entre derechos reales y personales son más formales que de fondo, han perdido importancia últimamente, y tal distingo conserva su vitalidad.

Rezzónico insiste en que el derecho personal es una vinculación jurídica entre dos o más personas determinadas. Del derecho personal, creditorio u obligación, no surge un derecho que recaiga directamente sobre alguna cosa; ni aun cuando la obligación es de dar produce un derecho inmediato sobre la cosa: ella engendra en favor del acreedor el poder legal de exigir que el deudor realice un acto, la entrega de la cosa debida. En virtud de ese acto, que en las obligaciones de dar o prestar consistirá en una tradición o entrega, el derecho real podrá existir; pero no, entonces, como consecuencia inmediata, sino mediata de la obligación.

Por ello se ratifica en el concepto de que sólo las personas pueden ser sujeto de las obligaciones, pues la obligación significa un poder adquirido con relación a una persona, y las cosas no son una obligación personal: no hay obligación que corresponda a derechos reales.

En efecto -se pregunta Rezzónico- ¿cuál es la "obligación" correlativa de los derechos reales de dominio, usufructo, servidumbre, etc.? Ninguna, porque no es ninguna persona la sujeta, sino las cosas mismas sobre las cuales versan tales derechos reales.

Y si bien es cierto que la hipoteca es un derecho real y que la obligación del deudor hipotecario es un derecho personal o creditorio (para su acreedor), bien se comprende que la hipoteca, derecho real, es sólo un accesorio de la obligación, derecho personal o creditorio.

Es así que -según Rezzónico- se considera acertada la caracterización que hace Lafaille atendiendo a "la manera como el sujeto obtiene la ventaja inherente a los derechos patrimoniales de que se trate: en el caso de los derechos reales (dominio y sus desmembraciones) la consigue en forma directa; en el caso de los derechos creditorios (créditos, obligaciones) necesita la intervención del deudor."

Rodrigo Becerra Toro[90], siguiendo la doctrina expuesta por Bonnecase, precisa las siguientes diferenciaciones entre los Derechos reales y personales:

(1) El derecho real establece una relación directa entre una persona y una cosa, sin que sea menester la intervención de un sujeto pasivo. El derecho personal, en cambio, es la facultad que tiene una persona para exigir a otra el cumplimiento de una obligación, cuya prestación puede ser de dar, de hacer o de no hacer. De ello surge un sujeto activo (acreedor), un sujeto pasivo (deudor), y un objeto.

(2) El derecho real, dada la naturaleza del objeto del derecho, otorga un poder jurídico y directo sobre una cosa; en cambio, en el derecho personal lo que se debe es una conducta humana, traducida en una prestación de dar, hacer o no hacer, como antes se anotó.

---

(90) BECERRA TORO, Rodrigo. Op. cit., Páginas 22 y siguientes

(3) La naturaleza del sujeto pasivo también muestra una diferencia entre estos derechos; así en el derecho real el deudor es universal, mientras que el sujeto pasivo de los derechos de crédito o personales está determinado, casi siempre, desde el comienzo, salvo los créditos al portador.

(4) Las obligaciones que generan los derechos personales se desenvuelven en la observancia de una conducta (dar o hacer), o en la omisión de otra (no hacer), al paso que la obligación que nace del derecho real siempre es negativa, puesto que lleva implícita la idea de respeto a lo ajeno y de abstenerse de atentar contra la cosa, a más de su universalidad y determinación.

(5) Pese a que ambos derechos pueden desenvolverse en una obligación de no hacer -el real siempre, el personal a veces-, la prestación negativa es distinta en uno y otro, ya que en el derecho real la abstención es de contenido amplio, indeterminada en cuanto al sujeto pasivo, y mientras nadie la viole ningún patrimonio resulta afectado, a diferencia de lo que sucede en el derecho personal, pues su contenido es preciso o específico, el deudor es conocido, y tiene un valor pecuniario que afecta el pasivo del obligado.

(6) En el derecho real el titular goza de una cosa plenamente determinada, específica, mientras que lo debido en el derecho personal puede ser un cuerpo cierto o cosa de género, y aun de aquellas susceptibles de contarse, pesarse o medirse, pero sin individualizarlas.

(7) Del derecho real se predica ser "absoluto", esto es, oponible a todas las personas, por lo que goza de los atributos de persecución y de preferencia, mientras que del derecho personal se afirma su "relatividad" o, lo que es igual, sólo puede exigirse su cumplimiento a la persona obligada o a sus sucesores a cualquier título.

(8) El atributo de persecución permite al titular de un derecho real que ha sido despojado de la cosa, recuperarla, encuén-

trese en manos o poder de quien se encontrare; en cambio, cuando la privación del derecho sobre una cosa se funda en el derecho personal, no hay esa posibilidad persecutoria, ya que la reclamación se intenta contra la persona específica.

(9) El derecho de preferencia de que gozan los derechos reales accesorios (prenda, hipoteca) garantiza que el cumplimiento de los créditos de este carácter se realiza antes que el de los derechos personales. Dicho atributo de preferencia no existe en los derechos personales.

Guillermo Ospina Fernández[91], por su parte, expresa que los comentaristas del Derecho Romano, y principalmente los pandectistas alemanes del siglo XVIII, elaboraron la teoría llamada clásica de los derechos reales y de los derechos crediticios, que se caracteriza por la oposición irreductible entre estas dos especies de los derechos patrimoniales.

La mencionada teoría, agrega Ospina Fernández, tal como se encuentra expuesta, por ejemplo, por Baudry-Lacantinerie, y más recientemente por Colin y Capitant, se puede sintetizar así: "El activo patrimonial de una persona está compuesto de derechos reales y derechos crediticios. Los primeros son aquellos que tenemos directa o inmediatamente sobre una cosa determinada, y en virtud de los cuales esta cosa nos pertenece totalmente o bajo ciertos aspectos. En los derechos reales sólo existen, pues, una persona y una cosa: el titular del derecho, quien puede retirar directamente de la cosa, sin necesidad de intermediario alguno, toda o parte de la utilidad de aquella, y dicha cosa es el objeto del derecho. Así, por ejemplo, en la propiedad, prototipo de los derechos reales, solamente existen el propietario y la cosa apropiada, y para la utilización de ésta, aquél no necesita contar con ninguna otra persona. Por el contrario, el derecho crediticio es el que tenemos contra una persona determinada y en virtud del cual podemos exigir de ésta la ejecución de un acto positivo, como la

(91) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, Capítulo I, Páginas 9 y siguientes. Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1987.

entrega de una suma de dinero; o una abstención, como en el caso de la prohibición al deudor de abrir un establecimiento de comercio en cierto sector o en cierta ciudad. De suerte que en el derecho crediticio existen necesariamente tres elementos, a saber: un sujeto activo o acreedor, un sujeto pasivo o deudor, y, por último, un objeto del derecho o prestación que puede consistir en un acto positivo o en una abstención."

Luego Ospina Fernández reseña y desarrolla algunas teorías sobre los derechos reales y los derechos de obligaciones:

(a) Teoría de Eugenio de Gaudemet. La clasifica como un ensayo curioso, "fundado en un juego brillante de palabras", encaminado a reducir los derechos crediticios a la categoría de los derechos reales. El jurista francés, refiriéndose a la evolución que ha sufrido el concepto de la obligación, afirma que el derecho crediticio ya no versa sobre la persona del deudor, sino sobre sus bienes, y que, por consiguiente, la única diferencia entre el derecho real y aquel otro estriba en que el crediticio no recae directamente sobre una cosa determinada, sino colectivamente sobre todos los bienes que componen el patrimonio del deudor. Es decir, que el derecho crediticio es, para él, un derecho real indeterminado en cuanto a su objeto material, lo que ocurre aunque la obligación sea de hacer o de no hacer, pues, en caso de incumplimiento, dicha obligación se resuelve en la de pagar en dinero los perjuicios ocasionados, y esta última también se hace efectiva sobre el patrimonio del deudor.

Como se observa, entiende Ospina que Gaudemet pretende construir el concepto del derecho crediticio en la negación de éste, vale decir, en la hipótesis de su incumplimiento; olvidando que el derecho crediticio, mientras exista, confiere al acreedor la facultad de exigir al deudor una prestación cierta y determinada: dar, hacer o no hacer. Y cuando éste se niega a satisfacer tal exigencia, la referida facultad del acreedor se transforma, entonces, en otra subsidiaria que es la que autoriza para hacerse indemnizar con los bienes del deudor.

Según Ospina Fernández, la confusión de Gaudemet surge entre el derecho principal del acreedor y la correspondiente prestación objeto de ese derecho, por una parte, y una de las facultades subsidiarias de aquel, por otra parte, lo que ha justificado el rechazo de su tesis por la doctrina.

En los parágrafos b) y c) de su obra, Ospina Fernández desarrolla las doctrinas de Planiol y Bonnecase, que antes hemos analizado.

(d) Teoría de Louis Josserand, la misma que Ospina Fernández cita, no porque aporte elemento nuevo para solucionar el problema, sino porque presenta una versión nueva de la teoría clásica, cuya defensa asume fundándose para ello en errores históricos.

Según enseña el citado profesor colombiano, Josserand considera exagerados e injustos los reproches formulados por los "personalistas" (llamados así por la importancia que prestan al elemento humano en los derechos) contra la teoría clásica de los derechos reales y los derechos crediticios. Injustos por cuanto atribuyen gratuitamente "a los prudentes" la afirmación de que la cosa desempeña el papel de sujeto en los derechos reales, cuando en realidad ellos se limitaron a expresar que tales derechos establecen una relación directa entre el titular y la cosa, quedando ésta a disposición de aquél, quien en la realización de sus prerrogativas no tiene que pasar por intermediario alguno. Exagerados, agrega, porque los personalistas pretenden ver en el derecho real una obligación negativa a cargo de todo el mundo, lo que hace de este derecho "un monstruo jurídico, un espanto para niños", porque pretenden que todos los habitantes del planeta sean declarados, desde ahora, sujetos al titular del derecho, siendo poco probable que éste tenga ocasión de argüir ese derecho contra todos ellos.

Por eso Josserand -citado por Ospina Fernández- propone una nueva explicación de los derechos reales que regresa a la antítesis entre estos derechos y los crediticios: los derechos reales presentan, según dicho autor, la característica, más bien teórica, de ser derechos absolutos, oponibles a todos ocasionalmente, pero abstracción hecha de ese fondo obligatorio preconstituido y permanente, cuya existencia afirman los personalistas. Se caracteriza además el derecho real, según Josserand, por la nota práctica que consiste en colocar al titular en situación adecuada para ejercer directamente y sin pasar por intermediario alguno, las prerrogativas propias de tal derecho.

Ospina Fernández opina que la teoría antigua es inadmisible, porque ella hace del derecho real un derecho sin sujeto pasivo, al definirlo como la relación directa e inmediata entre una persona y una cosa, lo cual carece por completo de sentido en el mundo jurídico, en el cual sólo se dan relaciones entre personas. Suprimir al sujeto pasivo del derecho real equivale a suponer una obligación de la cosa en beneficio del hombre, lo que es absurdo. En tal sentido sostiene que las críticas de Marcel Planiol están plenamente justificadas.

Advierte luego que esa teoría no es obra de los "prudentes", es decir de los jurisconsultos romanos, como lo supone Josserand, sino de sus intérpretes y, principalmente, de los pandectistas alemanes del siglo XVIII.

A continuación, criticando a Planiol, sostiene Ospina Fernández que con su misma argumentación, con la que concluye que el derecho real es una obligación a cargo de todo el mundo, ha podido decir que el derecho crediticio es un derecho real a cargo de una persona determinada. El derecho real y el crediticio u obligación pertenecen al género de los derechos patrimoniales o de contenido económico y, por este aspecto, se diferencian de los derechos extrapatrimoniales o de contenido moral.

Agrega Ospina Fernández que por ello la teoría de Bonnecase constituye un correctivo necesario muy importante a la doctrina de Planiol y, en general, a todas aquellas otras que pasan por alto las diferencias específicas entre las dos clases de derechos patrimoniales.

También critica a Josserand, pues su tesis equivale, en su concepto, a decir que la relación jurídica constitutiva de derechos reales puede existir sin sujeto pasivo antes de la violación de éstos, lo que es erróneo desde el punto de vista filosófico. Además, esta teoría deja sin explicación satisfactoria la imposición de sanciones al infractor del derecho real, pues, si no se presupone la existencia de un vínculo obligatorio que incluya a dicho infractor, ¿cuál puede ser el fundamento de las sanciones que se le aplican?

Añade, finalmente, que los derechos reales y los crediticios no se diferencian por el número de sus elementos esenciales, porque todos los derechos subjetivos, género al que ambas especies pertenecen, constan de tres elementos, a saber: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto. Luego son erróneas por este aspecto aquellas teorías, como la clásica y la ocasionalista, que pretenden caracterizar el derecho real, o bien por la ausencia total del sujeto pasivo, o bien por la aparición de éste en el momento de la violación.

Los derechos reales y los crediticios, en su condición de especies distintas de un mismo género, necesariamente presentan diferencias específicas entre sí, impuestas por las diversas finalidades socio-económicas que las determinan. Con estas expresiones Ospina Fernández refuta la tesis de Gaudemet.

Ospina Fernández concluye sintetizando su pensamiento en los siguientes conceptos:

(1) El derecho crediticio existe contra la persona determinada que debe prestar al acreedor el servicio que constituye objeto de tal derecho, y aun en el caso de que los deudores sean varios, estos también están limitativamente determinados. Por el contrario, el derecho real, traducción jurídica de la utilización de un bien por una persona, implica el deber, a cargo de todo el mundo, de respetar dicha utilización. El derecho crediticio es relativo (a una o más personas determinadas), mientras que el derecho real es absoluto o **erga omnes** (respecto de todo el mundo).

(2) El deber universal implícito en el derecho real tiene siempre por objeto una extensión; lo único que se exige al sujeto pasivo es la observancia de cierta conducta que no impida el ejercicio de las facultades que se reconocen al titular. El derecho crediticio, encaminado a imponer la prestación de un servicio, puede exigir del sujeto pasivo la obligación de ejecutar un hecho positivo, como la entrega de una suma, o también una abstención.

(3) Aun en el caso de que el derecho crediticio tenga por objeto la abstención del deudor, existe marcada diferencia entre aquél y el derecho real. La abstención impuesta por este último corresponde a un estado normal y, por consiguiente, pasa inadvertido al sujeto pasivo. Por el contrario, la abstención que nace con el derecho crediticio merma las facultades que normalmente reconoce la ley a las personas; la obligación sí hace sentir todo su peso al deudor.

(4) El derecho real garantiza al titular la utilización de una cosa, con exclusión de toda otra persona. El derecho crediticio solamente puede hacerse valer contra la persona determinada a cuyo cargo existe la obligación.

(5) Los derechos reales gozan del atributo denominado derecho de preferencia. A la inversa, y en principio, los simples acreedores no gozan de preferencia; por consiguiente, cada uno de sus créditos disminuye proporcionalmente para los efectos del pago.

(6) Por cuanto los derechos reales implican un deber universal, no pueden existir sino aquellos que la ley expresamente reconozca. No se pueden crear derechos reales no reconocidos por la ley, porque estos obligan a todo el mundo y solamente la ley puede limitar, por vía de reglamentación general, las facultades de todos los individuos.

Ernesto Clemente Wayar[92] propone un interesante ejemplo:

(92) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 32 y siguientes.

"Pablo y Diego se preparan para rendir exámenes. Pablo tiene en sus manos el libro con que debe estudiar; Diego no tiene el suyo, pues se lo ha prestado a un compañero, Juan. Para simplificar, diré que en tanto que Pablo es propietario y puede usar su libro, Diego es acreedor de Juan, y para poder utilizar el suyo deberá, previamente, exigir que éste se lo restituya.

Si se compara la situación de ambos se obtiene el siguiente resultado: Pablo, que es propietario, tiene un derecho directo e inmediato sobre la cosa, y no requiere de ninguna persona en particular para gozar de ese derecho; Diego, que es acreedor, tiene derecho a exigir de Juan una conducta -la restitución-, de modo que para poder utilizar la cosa requiere, necesariamente, la actuación, voluntaria o forzada, de su deudor."

Con esta idea, Wayar pretende reducir a sus términos más simples la tesis fundamental construida por la doctrina clásica, con el objeto de distinguir entre el derecho real y la relación de obligación, tesis cuyas raíces se remontan al más genuino Derecho Romano.

Wayar agrega que por abstracción, prescindiendo de todo sistema legislativo particular, se puede decir, en principio, que cuando el ordenamiento jurídico le impone a una persona el deber de realizar una conducta en favor de otra, a la cual le atribuye el poder correlativo, se está en presencia de una "obligación". En cambio, cuando el ordenamiento le atribuye a la persona un derecho directo e inmediato sobre una cosa, se está ante un "derecho real". He ahí el rasgo esencial de cada figura; las restantes diferencias son sólo subsidiarias.

Por último, Emilio Betti[93] expresa que es comúnmente reconocido que el contenido económico-social del derecho de obligación, al menos en definitiva, es el interés en una prestación ajena,

(93) BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, Páginas 9 y siguientes. Traducción y notas de Derecho Español por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

prestación que tiene por término de referencia una persona; en cambio, el contenido del derecho real es el interés a una utilidad (derechos reales de goce) o a un valor (derechos reales de disposición), que tiene por término de referencia la cosa misma de la cual ha de obtenerse la utilidad o realizar el valor.

Según Betti, de ello se deriva que en la relación de obligación el interés del titular del derecho está destinado a realizarse por medio de un intermediario, a través de un comportamiento ajeno, de una actividad de cooperación; mientras que en la relación de derecho real el interés del titular está destinado a realizarse inmediatamente, sin intermediarios y, en todo caso, por la actividad del titular mismo. En cuanto a la forma de constituirse la relación de obligación y la relación de derecho real, también se encuentran diferencias. En la relación de obligación la premisa lógica es el lado pasivo, el vínculo ajeno (del deudor), y el correlativo poder del que tiene el derecho es siempre del acreedor. En cambio, en la relación de derecho real, la premisa lógica es -a diferencia de la fase de exigibilidad- el lado activo, el poder del titular, la pertenencia; la correspondiente exclusión es la consecuencia.

En la obligación, concluye Betti, el vínculo del deudor es la premisa del derecho del acreedor; en el derecho real, en cambio, la limitación del sujeto pasivo es la consecuencia del derecho del titular. Por ello el contenido del derecho real no puede nunca tener por objeto un comportamiento ajeno; el comportamiento ajeno podría ser, como mucho, condición para hacer posible al titular la realización del propio interés. El comportamiento ajeno tiene aquí una función puramente secundaria, accesoria e inservible para la explicación del derecho real.

Finalizada la enumeración de algunas opiniones calificadas sobre el tema, debemos expresar que el derecho, en general, está constituido por relación entre personas. No nos parece lógico admitir que la obligación sea una relación jurídica entre persona y persona y el derecho real una relación jurídica entre persona y cosa, pues éstas, las cosas, carecen de derechos y obligaciones. En realidad aquí corresponde, según los criterios de Aubry y Rau

antes citados, concluir que en la obligación la potestad del sujeto, llamado acreedor, se ejercita contra uno o más sujetos determinados, llamados deudores; mientras que en el derecho real tal potestad se ejercita contra todos.

Hecha esa aclaración, afirmamos que entre los derechos patrimoniales llamados de obligación, denominados también, para los efectos de su distinción con los derechos reales, "derechos personales" o "derechos de crédito", y aquéllos, existen, qué duda cabe, profundas diferencias. Enumeramos tan sólo las más importantes, sin agotar con ello sus distinciones:

(1) El derecho de crédito u obligación es una relación jurídica en virtud de la cual una o más personas, llamadas acreedoras, tienen el derecho de exigir a una o más personas, denominadas deudoras, el cumplimiento de una prestación de dar o de hacer -positiva-, o de no hacer -negativa. Esta relación jurídica está circunscrita a personas determinadas. Se trata, pues, de un derecho relativo, al que son ajenas todas las personas que no han intervenido en la relación obligacional.

El derecho real es una relación jurídica que otorga a una persona la potestad "**erga omnes**", esto es frente a todas las demás personas, de usar, disfrutar o disponer de un bien, en forma inmediata y exclusiva, obteniendo de él toda la utilidad lícita que le corresponda. Se trata, en consecuencia, de un derecho absoluto que concierne en forma universal.

(2) En el derecho de obligaciones la prestación, como se ha señalado, puede ser de dar, de hacer o de no hacer.

En el derecho real lo que existe es un deber jurídico de abstención, que corresponde a todas las personas y que no constituye, desde luego, una "obligación negativa", en el sentido de obligación civil, sino una permanente manifestación de convivencia entre los seres humanos, que se traduce, simplemente, en el respeto del derecho del prójimo.

(3) El derecho de obligaciones está constituido por personas contrapuestas, acreedor y deudor. Una de ellas -el deudor- debe dar, hacer o no hacer algo en favor de la otra -el acreedor-, es decir, entregar, actuar o abstenerse. Entonces el acreedor, para ver satisfecho su crédito, debe esperar la actuación de su deudor. Estos conceptos configuran al derecho de obligaciones como un derecho con intermediarios (el deudor o deudores).

En el derecho real el propietario -quien no es acreedor- obtiene el provecho del bien directamente, sin intermediación alguna. Este es, desde luego, el principio general. Pero puede ocurrir, ocasionalmente, que para el ejercicio del derecho real se exija una intermediación. Sería el caso, por ejemplo, de la ejecución del derecho accesorio de prenda o de hipoteca, que no puede ejercitarse directamente sino a través de los órganos jurisdiccionales. En caso contrario estaríamos admitiendo el pacto comisorio, repudiado por la ley peruana.

(4) En el derecho de obligaciones el acreedor tan sólo puede actuar contra el deudor o contra sus herederos, si la prestación es transmisible a éstos.

Por otra parte, en el derecho de obligaciones ocurre a menudo que el acreedor pierde su derecho de preferencia contra el deudor, cuando el patrimonio de éste no alcanza para cubrir sus obligaciones, es declarado en bancarrota y se produce el concurso de acreedores, estableciéndose una prelación para la cobranza de las acreencias en virtud de la cual el acreedor podría quedar relegado a último término.

En el derecho real el acreedor no actúa contra nadie en particular, pero puede actuar contra cualquiera o contra todos. El ejercicio de su derecho es persecutorio para promover acciones reivindicatorias, posesorias o, en general, acciones reales.

Por lo demás, usualmente el derecho real determina que su titular ostente un derecho de preferencia, lo que se observa

con más nitidez en los derechos de garantía, tales como la prenda o hipoteca. Es cierto que en la legislación peruana, en el caso de un concurso de acreedores, los beneficios sociales o las deudas tributarias tienen preferencia sobre los gravámenes reales, pero éstos, a su vez, son preferidos respecto a quienes únicamente ostentan la calidad de acreedores quirografarios. El derecho de preferencia, aunque con limitaciones, por cierto que existe.

(5) Toda prestación, sea de dar, hacer o no hacer, puede ser objeto del derecho de obligaciones. Sus límites tan sólo se encuentran impuestos por el respeto a las normas de orden público, a las buenas costumbres o a los preceptos imperativos que, en aras a un ordenamiento social adecuado, restringen la autonomía de la voluntad.

Los únicos derechos reales que existen son los reconocidos por la ley. Una persona no puede "inventar" un derecho real, por más imaginativa que sea. Los derechos reales están pues circunscritos a los previstos por la ley.

(6) El derecho de obligaciones se agota con el cumplimiento de la prestación por el deudor. Si la obligación es inejecutada por causas no imputables al deudor, ella se extingue sin consecuencias ulteriores. Lo mismo ocurre si la obligación del deudor es "**intuitu personae**" y éste fallece antes de cumplir con la prestación. Si el deudor incumple la prestación por causas a él imputables -dolo o culpa-, entonces la relación obligatoria no se agota sino se transforma en una de indemnización de daños y perjuicios.

El derecho real, por su parte, es perpetuo. Pero ocurrida la pérdida del bien, él se extingue. En el caso del derecho de propiedad -derecho real por excelencia-, por ejemplo, la pérdida del bien determina la pérdida de la propiedad. Nadie puede ser dueño de nada. Lo mismo ocurre con otros derechos reales principales, como la posesión, o accesorios, como la prenda o hipoteca.

(8) LAS ASTREINTES.

Tratamos esta última materia, la de las **astreintes**, con el solo propósito de ilustrar al lector sobre una institución jurídica desconocida en la mayoría de los países. En el caso del Perú, absolutamente desconocida. No existe, sobre ella, ni tradición jurídica ni literatura alguna.

Borda[94] analiza el tema pulcramente, con profundidad pero con claridad meridiana. Explicar lo complejo con expresiones sencillas es propio de los grandes maestros. Borda lo es, y con ello revela, además, su formación jurídica francesa. Por eso, en esta materia y antes de exponer nuestros propios conceptos, tan sólo citaremos al ilustre civilista argentino.

Las **astreintes**, según Borda, consisten en una condena pecuniaria fijada a razón de tanto por día (o por otro período) de retardo en el cumplimiento de la sentencia. Es un procedimiento muy eficaz para vencer la resistencia del deudor contumaz; difícilmente el condenado soporta la presión de esta amenaza, incesantemente creciente, que se cierne sobre su patrimonio.

Las **astreintes** son una creación pretoriana de la jurisprudencia francesa. Su práctica data de antiguo, como medio de hacer respetar las decisiones de los jueces. Pero recién a principios del siglo pasado llamaron la atención de los jurisconsultos, que pusieron en tela de juicio su legitimidad. Se cita ordinariamente como primeros antecedentes en la jurisprudencia francesa moderna dos fallos de 1809 y 1811; desde entonces los tribunales hicieron una práctica constante de las **astreintes** y fueron perfilando cada vez con mayor precisión sus alcances y campo de aplicación. Sus características esenciales, en el Derecho Francés actual, son las siguientes:

(a) Respecto al modo de fijarlas, el juez determina una suma de dinero por día, semana, mes, etc., de retardo en el cumpli-

---

(94) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 47 y siguientes.

miento de la condena; vale decir, el monto aumenta en razón directa del retardo. Las **astreintes** nunca son definitivas; el juez puede, a su arbitrio, disminuirlas o aumentarlas. Y si bien es poco probable que las disminuya, en cambio, es relativamente frecuente que las aumente cuando la suma fijada originariamente se ha revelado ineficaz para obtener el resultado deseado. El monto de las **astreintes** no tiene relación con los daños sufridos por el acreedor por el incumplimiento, sino más bien con la fortuna del deudor, porque lo importante es establecer una sanción que obre como presión suficiente en el ánimo del condenado.

(b) El beneficiario de las **astreintes** es el acreedor: interesa establecerlo porque en el Derecho Alemán se admite un recurso similar, pero la multa que se impone es en beneficio del fisco.

(c) En cuanto al campo de aplicación, este procedimiento compulsorio es aplicable a cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer. Cabe notar, sin embargo, que respecto de las obligaciones de dar, el acreedor cuenta con otros recursos muy eficaces, tales como el embargo y la ejecución de los bienes del deudor, los que normalmente dan satisfacción suficiente a las pretensiones del acreedor. Por ello, el campo específico de aplicación de las **astreintes** es el de las obligaciones de hacer y no hacer. Como para lograr el cumplimiento **in natura** de éstas no es posible emplear la fuerza sobre la persona del deudor, las **astreintes** brindan un recurso indirecto destinado a lograr el resultado deseado sin uso de la fuerza.

Señala Borda que debe agregarse que la aplicación de las **astreintes** no es concebible cuando la obligación del deudor se ha hecho de cumplimiento imposible, pues no se trata de una multa por el incumplimiento sino de un recurso para lograr el pago **in natura**. Por lo que siendo éste imposible, las **astreintes** carecen de fundamento.

De igual modo, se ha resuelto que son inaplicables al artista

o literato moroso, porque el respeto por la creación artística hace repugnante la utilización de todo medio de compulsión. Ni siquiera podrán utilizarse para obligar al artista a entregar una obra que el acreedor juzga concluida a su satisfacción, porque el único juez de que la obra está concluida es su propio autor.

(d) Las **astreintes** empiezan a correr sólo desde que ha sido notificado el deudor con la sentencia definitiva. La Corte de Casación Francesa, por su parte, ha mantenido firme el criterio de que ellas empiezan a correr desde que se notificó la sentencia de primera instancia.

(e) Transformación en indemnización de daños. En la última etapa de la evolución jurisprudencial, se ha afirmado una solución que confiere al sistema francés una notable originalidad. Las **astreintes**, como tales, nunca son ejecutables contra el deudor. Si el acreedor quiere hacerlas efectivas, debe ante todo pedir que se fijen los daños por la demora o el incumplimiento y el juez los determinará de acuerdo con los perjuicios reales, únicos que el acreedor podrá ejecutar. De este modo, el valor coercitivo de las **astreintes** disminuye considerablemente porque el deudor sabe que, en definitiva, sólo será condenado al pago de los daños reales. Pero aun así, ellas obran sicológicamente sobre el deudor que ve aumentar constantemente el monto de la pena y que teme que el juez pueda luego considerar con amplitud el alcance de los daños. Es claro que esta cuestión no se presenta respecto de las obligaciones no valorables en dinero, como son, por ejemplo, las que surgen del derecho de familia. En tales casos, las **astreintes** establecen una cantidad que luego no será reducida por los jueces (pues no hay daños patrimoniales) y que obra así de modo más eficaz sobre el condenado.

Para establecer la naturaleza jurídica de las **astreintes** conviene considerar, ante todo, su eventual asimilación a otras figuras con las cuales tiene algunos puntos de contacto, aunque se diferencia claramente de ellas:

(a) No son una pena civil. La pena es una sanción por el incumplimiento; producidos los hechos que le dan nacimiento, ella tiene carácter fijo y definitivo; el cumplimiento posterior no la deja sin efecto. Las **astreintes**, en cambio, son provisorias; cumplida la obligación, ellas dejan de ser ejecutables; no son una sanción por el incumplimiento, sino una medida destinada a lograr el cumplimiento.

(b) No son una indemnización de daños y perjuicios: 1) Porque la indemnización fija definitivamente los daños sufridos, en tanto que las **astreintes** son provisorias, aumentan con el transcurso del tiempo y pueden ser alteradas discrecionalmente por los jueces; 2) Porque la indemnización de daños y perjuicios es resarcitoria y, por tanto, su medida está dada por el monto del daño, mientras que las **astreintes** son conminatorias y por ello se fijan en atención a la fortuna del deudor; y 3) La indemnización sustituye la prestación incumplida, en tanto que las **astreintes** tienden a que dicha prestación se cumpla.

(c) No son tampoco una medida cautelar, pues ésta tiende a asegurar cosas o derechos que son motivo de litigio o que sirven de garantía del cumplimiento de una sentencia dictada o por dictarse; las **astreintes** no aseguran ningún bien, sino que constituyen una condenación accesoria.

Las **astreintes** son simplemente una medida de coerción destinada a presionar sobre el deudor para obtener el pago de la obligación.

Es inútil procurar asimilarlas a otras instituciones, porque tienen una naturaleza propia, singular, que se resiste a ser encuadrada en otros moldes.

Una de sus características esenciales es que se fijan siempre en dinero.

En cuanto al campo de aplicación, las condenaciones conminatorias pueden aplicarse a toda persona que no cumpliese

con el deber jurídico impuesto en una resolución judicial. El campo de aplicación de la norma no se circunscribe, por consiguiente, a las obligaciones de carácter patrimonial, sino a todo deber jurídico resultante de una sentencia. Así, por ejemplo, en el área extrapatrimonial, puede citarse como hipótesis las impuestas a uno de los cónyuges para que cumpla con el régimen de visitas a los hijos menores, fijado en favor del otro cónyuge; en materia de nombre, las **astreintes** pueden imponerse a quien use el nombre de otro, para que cese en el uso indebido.

En el campo patrimonial, son aplicables a las obligaciones de dar, hacer o no hacer, sean contractuales o legales. Sin embargo, respecto de las obligaciones de hacer, hay que formular algunas importantes reservas: no serán aplicables a las obligaciones de hacer, cuando resulte repugnante al sentimiento jurídico la utilización de cualquier medio de compulsión sobre el deudor para obligarlo a cumplir. Tal es el caso del literato, el escultor, el pintor, que ha prometido hacer una obra; no puede ser compulsado a entregarla ni siquiera cuando a juicio del acreedor está concluida a su satisfacción, porque el artista es el único juez de que ella está o no concluida. De igual modo, no es aceptable obligar a un médico a tratar a un enfermo o a un abogado a defender un pleito por medio de las **astreintes**. Se trata de obligaciones que no pueden cumplirse cabalmente si el deudor no lo hace de buena voluntad. Por último, afirma Borda que tampoco pueden utilizarse para obligar a una persona a cumplir un contrato de trabajo, porque aquí está en juego la libertad humana.

Las **astreintes** se imponen en beneficio del titular del derecho. La solución adoptada por la ley argentina, que sigue las aguas de la tradición francesa, se justifica plenamente: a) en primer lugar, porque el acreedor es el damnificado por el incumplimiento; b) en segundo término, porque si el beneficiario es el Estado, la medida pierde buena parte de su eficacia, al disminuir el interés del titular del derecho en su aplicación; c) por último, porque complica la ejecutabilidad de la sentencia.

Entonces, se pregunta Borda, ¿son ejecutables las **astreintes** por el titular del derecho? En la jurisprudencia francesa se si-

gue un sistema original. Las **astreintes**, como tales, nunca son ejecutables contra el deudor. Si el acreedor quiere hacerlas efectivas, debe pedir que se fijen los daños por la demora o el incumplimiento, y el juez los determinará de acuerdo con los perjuicios reales, únicos que el acreedor podrá ejecutar.

Por otra parte, las **astreintes** no se fijan teniendo en consideración el valor del interés en juego en el pleito, sino que se gradúan en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas. Esta disposición pone de manifiesto muy claramente que las **astreintes** no son una indemnización de daños y perjuicios, pues se fijan con entera independencia de su monto. Lo que se tiene en cuenta es la fortuna de quien deba satisfacerlas, criterio desde todo punto de vista lógico, pues de lo que se trata es de presionar eficazmente sobre el deudor para que cumpla la resolución judicial; y sólo una presión económica a la medida del deudor puede ser eficaz.

Las **astreintes**, por otra parte, tienen carácter provisorio. Las condenaciones conminatorias no tienen carácter rígido; ellas pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si el deudor desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder. De lo que se trata es de hacer cumplir; por lo que una vez logrado este objeto, ya carece de sentido mantener las **astreintes**. Y por ello mismo, cuando el deudor, sin cumplir, justifica total o parcialmente su proceder, también puede el juez reducirlas o dejarlas sin efecto. Y, desde luego, habrá que hacerlo cuando la prestación ha devenido de cumplimiento imposible.

Este carácter provisorio, flexible, de las **astreintes**, permite también al juez aumentarlas cuando las fijadas primeramente se han revelado insuficientes.

De lo dicho surge que mientras la sentencia que fija una indemnización de daños tiene el valor de cosa juzgada y no puede ser modificada ulteriormente, la que fija las **astreintes** es eminentemente provisoria y no atribuye al beneficiario ningún derecho patrimonial definitivo que pueda considerarse amparado.

En otras palabras, cuando la suma percibida en concepto de **astreintes** es igual o superior a la indemnización de daños, el beneficiario ya no podrá reclamar el pago de la indemnización con independencia de lo ya percibido. Si fuere inferior, puede reclamar la diferencia.

Hasta aquí Borda.

En nuestra opinión las **astreintes**, en el sistema jurídico francés, tienen la naturaleza siguiente: condenada una persona al cumplimiento de una obligación mediante resolución judicial, el juez impone al obligado una pena o multa por vía de retardo. El deudor se encuentra así en la necesidad de ejecutar la obligación o de incurrir en una pena que por su acumulación puede llegar a representar suma importante.

Este sistema, rezago pretoriano en el Derecho Francés, es recogido, entre otras legislaciones, por el artículo 666 bis del Código Civil Argentino, incorporado por la Ley No. 17711 del 22 de abril de 1968; por los artículos 5 a 8 de la Ley Francesa No. 72-626 de 5 de julio de 1972; y por la Ley Uruguaya No. 14978 del 14 de diciembre de 1979.

En cuanto a su naturaleza, cabe indicar que durante muchos años, particularmente en Francia, las condenas conminatorias fueron presentadas en forma encubierta como una modalidad de indemnización de daños y perjuicios, a fin de superar el obstáculo que se derivaba de atribuirles la calidad de pena privada, ya que se consideraba que ello era contrario al principio "**nulla poena sine lege praevia**", puesto que no existía precepto legal que las consagrara. Sin embargo, su naturaleza es distinta, tal como lo aclaró la Corte de Casación Francesa en su sentencia de 20 de octubre de 1959, según la cual:

(1) La **astreinte** es una medida compulsiva enteramente diferente de los daños y perjuicios.

(2) Es un medio de vencer la resistencia opuesta a la ejecución

de una condena y no tiene por fin compensar el daño por el retardo.

Las condenas conminatorias pueden ser dejadas sin efecto o modificadas, tanto para aumentarlas como para disminuirlas; ellas se fijan arbitrariamente, sin relación o proporción con el monto de los perjuicios. Tales condenas están más bien destinadas a que los deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial sean cumplidos y, mediante ello, que lo sean las decisiones judiciales.

Las **astreintes**, en conclusión, son arbitrarias, conminatorias y provisorias. Son arbitrarias por la desproporción de la condena pronunciada contra el deudor; es precisamente la exageración lo que puede decidirlo a cumplir la sentencia. Son conminatorias porque constituyen una amenaza que no se convierte de inmediato en deuda definitiva. Son provisorias porque no se imponen sino a título de amenaza. La condena no es definitiva; ella puede ser reducida o aumentada y aun suprimida, según las circunstancias. Por eso su fundamento se ha extraído del Derecho Civil para ubicarlo en la legislación procesal.

Las **astreintes**, en suma, no desempeñan una función de resarcimiento, ni constituyen una indemnización de daños y perjuicios. Son una amenaza de sanción, más que una sanción en sí misma. Tiene esta figura jurídica un efecto intimidatorio -ejercitar presión psicológica sobre el conminado-, más que uno punitivo. Se trata de una condena pecuniaria de carácter provisional pronunciada para asegurar la ejecución de una decisión del juez.

Fue por esas consideraciones que el Libro VI del Código Civil Peruano de 1984 no ha regulado la institución de las **astreintes**. Si ella se quiere adoptar en un futuro correspondería hacerlo en la ley de procedimientos.

CODIGO CIVIL PERUANO

LIBRO VI

LAS OBLIGACIONES

SECCION PRIMERA

Las obligaciones y sus modalidades

TITULO I

Obligaciones de dar

– PRINCIPIO DE IDENTIDAD EN LAS OBLIGACIONES DE DAR BIEN CIERTO.

Artículo 1132.- *"El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor."*

- ***Fuentes nacionales del artículo 1132.***

Dentro de la legislación colonial, podríamos considerar que el antecedente de este artículo son las *Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida 5: **"El pagamiento deuesse fazer de tales cosas como fueron puestas, e prometidas en el pleyto (pacto, contrato) quando lo fizieron, e non de otras, si non quisiere aquel a quien fazen la paga."**

El artículo 1132 del Código vigente registra como primer antecedente republicano al artículo 17 del *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*, que establecía "El que está obligado a un hecho, no cumple ofreciendo el interés equivalente. Será precisado a cumplir su obligación, en los términos en que es contraída, por todo rigor de derecho, a no ser que intervenga causa no voluntaria, que absolutamente se lo impida." El tema también es tratado por el artículo 837 del *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*: "El acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa que la que

se le debe, aunque la que se le ofrezca sea igual o de mayor valor."; por el artículo 2225 del *Código Civil de 1852*, que establecía que "No puede obligarse al acreedor a recibir en pago cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o mayor que el de la otra. Se exceptúan los casos de imposibilidad, en que se observará lo dispuesto en los artículos 1815 y 1841."; por el artículo 2907 del *Proyecto de Código Civil de 1890*: "El acreedor no puede ser obligado a recibir en pago una cosa distinta de la que se le debe, aunque el precio de la que se le ofrece, sea igual al de la debida, o mayor que él. Se exceptúan los casos en que sea imposible entregar la cosa debida, en los cuales debe observarse lo dispuesto en los artículos 1996 y 1986."

La misma materia fue luego elaborada por el artículo 118 del *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, del Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, que establecía que "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aunque sea más valiosa."; por los artículos 109 y 201 del *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* del texto siguiente: artículo 109: "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aunque sea más valiosa."; artículo 201: "No puede obligarse al acreedor a recibir en pago una cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o mayor que la otra."; por el artículo 1161 del *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*: "El acreedor de una cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra."; por el numeral 1171 del *Código Civil de 1936*: "El acreedor de una cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra."; por el artículo 2 del *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Jorge Vega García, del año 1973*: "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aun cuando sea de mayor valor."; por el artículo 1 del *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*: "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra cosa, aun cuando ésta sea de mayor valor."; por el artículo 1144 del *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*: "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra cosa, aun cuando ésta sea de mayor valor."; y, por último, por el artículo 1100 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*: "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aunque ésta sea de mayor valor."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

El Código Civil Egipcio (artículo 145) prescribe que la obligación que consiste en dar una cosa transfiere de pleno derecho la propiedad cuando se trata de un cuerpo cierto del cual el obligado es propietario; agregando (artículo 146) que la obligación de constituir un derecho real transfiere igualmente ese derecho, sin el derecho de privilegio, o de hipoteca o de retención. Este Código (artículo 1745) también señala que aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o mayor, el acreedor no está obligado a recibirla.

Por otra parte, debe señalarse que coinciden con el artículo 1132 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Mexicano (artículo 2012), Francés (artículo 1243), Italiano de 1942 (artículo 1197, primera parte), Chileno (artículo 1569, segundo párrafo), Boliviano de 1976 (artículo 307, inciso I), Boliviano de 1831 (artículo 834), Venezolano de 1942 (artículo 1290), Venezolano de 1880 (artículo 1189), Ecuatoriano (artículo 1612, segundo párrafo), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 851), Guatemalteco de 1973 (artículo 1386), Español (artículo 1166, primer párrafo -este artículo se encuentra en el Capítulo referente al pago-), Etíope (artículo 1745), Código de la Provincia de Québec (artículo 1148), Holandés (Libro 6, Sección 6, artículo 15) y Argentino (artículo 740). Disponen todos estos cuerpos legislativos que el acreedor de un bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor.

Asimismo, debemos mencionar que el Código Civil Panameño (artículo 1053) y el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 554, cuarto párrafo) establecen que el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.

Por otra parte, el Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 851) establece además, que si el deudor no puede absolutamente pagar lo estipulado, podrá hacerlo con otras cosas y de diferente modo, mediante autorización del juez.

De otro lado, el Código Civil Uruguayo (artículo 1458) establece que el deudor puede pagar con otro bien si es que tiene el consentimiento del acreedor; y el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 557) señala que el deudor debe entregar la misma cosa o cumplir exactamente el hecho al que se obligó y que no puede sustituirlos con los daños y perjuicios de la inejecución o mediante otra cosa u otro hecho, aunque fueren de igual o mayor valor.

Por su parte, el Código Civil Brasileño (artículo 863) hace referencia al "igual o mayor valor" y que tal supuesto se puede llevar a cabo si existe disposición especial de la ley; el Código de la República de China de 1930 (artículo 319) establece que si el acreedor acepta una prestación diferente a la originalmente convenida, la obligación queda extinguida. Este Código, además, dispone en su artículo 235, que si el deudor ofrece la prestación con un contenido distinto al que se obligó, tal ofrecimiento no produce efectos; pero agrega que, sin embargo, si el acreedor ha hecho conocer previamente su voluntad de no aceptar tal ejecución o si para efectuar la prestación es necesario un acto suyo, el deudor puede reemplazar dicho ofrecimiento por un aviso al acreedor, comunicándole en vista de ejecutar la prestación.

- ***Análisis.***

Ante todo, debemos definir a las obligaciones de dar bienes ciertos. Estas son aquellas que consisten -fundamentalmente- en la entrega de un bien determinado. Como señalan los tratadistas argentinos Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[1], las obligaciones de dar cosas ciertas son las que tienen por objeto la entrega de una cosa individualizada desde la formación de la obligación, de modo que pueda conocérsela y separársela. Por otra parte, resulta sumamente necesario precisar que esta entrega puede efectuarse por el más diverso título, como podría ser en uso, en habitación, en usufructo, en arrendamiento, en propiedad, etc.

(1) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I, Página 485. Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1986.

Como decía Pothier[2], puede ser objeto de una obligación el simple uso de una cosa, o la simple posesión de la misma, pudiéndose citar numerosos ejemplos al respecto. Messineo[3] señala que no siempre la obligación de entregar se agota en poner en posesión del bien al acreedor; agregando que no se agota en esto la obligación en virtud de la cual no se transfiere el derecho sobre la cosa antes del cumplimiento, y en la cual, por tanto, el deudor debe -también y ante todo- procurar el derecho, o sea, provocar la transferencia del derecho y, además, la entrega de la cosa, como ocurre, por ejemplo, en la compraventa.

El tratadista argentino Jorge Joaquín Llambías[4] expresa al respecto que la obligación es de dar una cosa cierta cuando su objeto está identificado en su individualidad, al tiempo de constituirse la obligación; lo que se debe es un "**corpus**" determinado, que el acreedor y el deudor conocen desde el origen de la relación obligacional. En cambio -agrega LLambías- en las demás obligaciones de dar, la prestación queda relativamente indeterminada, en cuanto no se sabe con qué objeto, en particular, se hará el pago, lo que dependerá de la elección o determinación que ulteriormente se practique.

(2) POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Página 113. Tercera Edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f.

(3) MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, Páginas 36 y 37. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979.

(4) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones. Tomo II - A, Página 69. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, agosto de 1983.

El propio Messineo[5] agrega que el Código Civil Italiano de 1942 cambió la terminología del Código de 1865 (el que empleaba la palabra "dar") por la de "entregar". Este autor encuentra la razón de esta nueva expresión, de la cual no se halla huella en los trabajos preparatorios, en que quizá el "dar" aludía a transferir un derecho; pero tal efecto es diverso del otro, que es posible, en los casos corrientes de obligación de entregar (**tradere**). Sin embargo, agrega el autor italiano, esta diferencia hace que, no obstante el silencio de la ley sobre la obligación de dar, ésta parece subsistir como obligación con contenido peculiar y en general diverso del de la obligación de entregar. Messineo señala que el contenido de la actividad debida por el deudor en la obligación de dar, es diverso en cuanto consiste: o en la actividad volitiva y declarativa que da lugar a la sucesión a título particular en un derecho, o sea, en el cumplimiento del mero acto traslativo del derecho; o en el cumplimiento de tal acto y, al mismo tiempo, en aquella ulterior actividad (jurídica o material) que es necesaria para que el acto traslativo llegue a ser eficaz y operativo; o en esta sola actividad jurídica y material. Agrega que a tal concepto de la obligación de dar es extraña toda manifestación de la obligación de entregar, que se refiere únicamente a la actividad por la cual se procura a otro la posesión.

En tal sentido, ya Demolombe[6] precisaba que en el lenguaje jurídico, la palabra "dar" puede implicar tres acepciones diferentes: transferir la propiedad a título gratuito, transferir la propiedad en virtud de otra causa, y por último, más generalmente, transferir a una persona el uso o la posesión de una cosa, como sería el caso de un bien pignorado o dado en alquiler. Vale decir que la palabra "dar" se utiliza no sólo para expresar la obligación de transferir propiedad, sino también el uso o la posesión del bien. Sin embargo, esto, que es claro en nuestros días, no siempre lo fue así. Demolombe nos recuerda que la acepción restringida de la palabra "dar" contó con partidarios muy autorizados que se fundamentaban en lo que era la terminología romana que, según ellos, el Código Napoléon quiso conservar. En este grupo de autores puede mencionarse a Colmet de Santerre, quien expresaba que cuando en la definición de las obligaciones los jurisconsultos romanos oponían el **dare al facere**, pensaban en las obligaciones de transferir la propiedad, y así presumía que los redactores del Código Civil Francés tomaron las antiguas expresiones en su antigua acepción, y que quisieron tratar acerca de la obligación de transferir la propiedad; y que no se debía tomar como prueba al artículo 1136 del mencionado Código, que refiere que la obligación de dar implica la de librar, fórmula inexplicable, en tanto la palabra "dar" era sinónimo de entregar, tal como lo establecen Duranton[7] y Demolombe[8].

(5) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 37.
(6) DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXIV, Páginas 376 y 377. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Libraires. París, 1870.

Dentro de estas dos acepciones de la palabra dar, resulta evidente que la segunda de las anotadas reviste mayor propiedad. Coincidimos con Demolombe[9] cuando señala que no es exacto decir que la palabra "**dare**" para los romanos expresaba exclusivamente la obligación de transferir la propiedad; puesto que expresaba también, en una acepción general, la obligación de transferir el uso; acepción que se conservó en las leyes y costumbres del lenguaje francés. En tal sentido, el Código Francés, siguiendo la fórmula de Pothier, tomó la palabra "dar" en un sentido general, pudiéndose aplicar a todas las obligaciones cuya prestación consiste en la tradición de una cosa que el estipulante está autorizado a reclamar contra el promitente.

En tal sentido, y comentando el Código Civil Chileno, Alfredo Barrós Errázuriz[10] entiende a la palabra "dar" dentro del sentido amplio, comprensivo de toda obligación de entregar, sea que se trate de la entrega de la mera tenencia o del uso, como en el arrendamiento de cosas; sea que se trate de la simple restitución

(7) DURANTON. Cours de Droit Civil Suivant le Code Français, Tomo X, Número 389. Bruselas, Bélgica 1841.
(8) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXIV, Página 377.
(9) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXIV, Página 378.
(10) BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Volumen II, Página 30. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921.

de una cosa dada en comodato o en depósito, lo que está contemplado de manera expresa en el artículo 1460 del Código de ese país.

Por su parte, el Doctor Jorge Eugenio Castañeda agrega[11], dentro de las varias acepciones que pueden comprender las obligaciones de dar, aquella que tiene por objeto la entrega de una cosa que se está en la obligación de restituir; como sería el caso de cuando el comodatario la devuelve al comodante, o el depositario al depositante, casos en los cuales el bien está siendo restituido a su dueño. Sobre este punto Messineo[12] señala que esta obligación de restituir un bien nace de un contrato, llamado, a su vez, de restitución; el cual, puesto que consiste en un entregar (que tiene lugar en el acto de formación o de la ejecución), implica, para el deudor, el deber de la (futura) restitución de una cosa. Esta obligación es propia de algunos contratos, tales como el mutuo, el comodato, el depósito, el arrendamiento, y del derecho real de prenda, sólo por citar algunos ejemplos.

Evidentemente, también surge la obligación de restituir cuando se ha pagado indebidamente, y, de consiguiente, debe devolverse lo recibido.

En relación a las obligaciones de restituir bienes, Messineo[13] señala que pueden distinguirse varios tipos, según el diverso contenido del deber de restitución. Así, las clasifica en obligaciones de restitución de especie o individuo; obligaciones de restitución del equivalente, pero en cosas; y obligaciones de restitución del equivalente, pero como valor pecuniario.

Resulta de sumo interés lo señalado por Galli[14], cuando pre-

(11) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I, Página 82. Lima, 1957.
(12) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 37.
(13) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 38.
(14) Citado por BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo III, Páginas 306 y 307. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

cisa que si se plantease el problema de haberse producido la entrega de un bien, pero no estuviese claro a qué título se efectuó dicha entrega, la solución dependerá de los términos en que se haya planteado el conflicto. De este modo, probado que las partes nada convinieron sobre el fin de la entrega, quien recibió el bien no podrá alegar ningún derecho sobre el mismo, y el que lo entregó podrá recuperarlo en su carácter de dueño. Así, si le atribuye un fin diferente, la solución penderá de la prueba sobre la naturaleza de la cosa, la conducta de quien la recibió y el tiempo transcurrido desde la entrega hasta la reclamación. Cuando haya duda, ante la perpetuidad del dominio, prosperará el derecho del que entregó la cosa; y por su parte, quien la recibió, tendría una simple tenencia, y estaría obligado a restituirla tan pronto como quien se la entregó le reclamara su devolución.

Debemos precisar además que la palabra "dar" debe tomarse en el sentido del latín "**dare**", que significa hacer entrega de una cosa que se debe, y no está tomada en el sentido vulgar de donar, o de hacer una liberalidad, concepto que es diverso y que proviene de la palabra latina "**donare**".

Por lo demás, debe señalarse que las obligaciones de dar pueden comprender tanto bienes muebles como inmuebles. Así lo establece claramente el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino del 28 de julio de 1993, en su artículo 574, cuando prescribe que "La obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de una cosa mueble o inmueble (...)".

El tratadista italiano Alberto Trabucchi[15] precisa, en tal sentido, que la obligación de dar tiene, en ocasiones, un contenido especial cuando tiende a la transferencia de un derecho real, como sucede, por ejemplo, en los casos en los que la compraventa no tenga eficacia real inmediata[16]. Significa otras veces la obligación

(15) TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Páginas 15 y 16. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.
(16) Algunos autores consideran que el contrato de compraventa -por sí solo- es capaz de transferir propiedad. Por nuestra parte, consideramos que esta teoría se basa en una interpretación errónea de los

de entregar, el solo transmitir posesión, en cuanto que el derecho de propiedad había pasado ya con anterioridad a la esfera jurídica del comprador.

En tal sentido, debemos hacer mención de la denominada tradición ficta, que nuestro Código Civil recoge en su artículo 902, incisos 1 y 2. Esta comprende, a su vez, dos modalidades distintas: la **traditio brevi manu** y el **constituto posesorio**. En ambos casos, resulta inútil la entrega del bien, al cambiar la calidad posesoria de aquel que viene poseyéndolo.

El texto del mencionado artículo 902, es el siguiente:

Artículo 902.- "La tradición también se considera realizada:

1. Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo.

2. Cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito."

Ya en lo referente al artículo 1132 del Código Civil Peruano, señalaremos que con esta norma dicho Código comienza el tratamiento de las obligaciones de dar en lo que respecta a los bienes ciertos. En tal sentido debemos empezar el análisis de este artículo definiendo qué es un bien cierto. Entendemos por bien cierto a aquel que al momento de generarse la obligación (cualquiera sea su causa) se encuentra total y absolutamente determinado o individualizado, vale decir, que se ha establecido con absoluta precisión qué bien deberá entregarse. Y es por ello, al haberse establecido con toda precisión la obligación de dar un bien determinado, que se deduce como lógica consecuencia la regla contenida en el artículo 1132 bajo comentario. Este artículo recoge el

---

verdaderos principios que inspiran a la figura, lo que implica reiterarnos creyentes de la teoría por la cual los contratos sólo generan obligaciones y es a través de la ejecución de las obligaciones, que se transfiere la propiedad.

principio fundamental de identidad en las obligaciones con prestaciones de dar, consistente en que el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque sea éste de mayor valor.

Pongamos un ejemplo para ilustrar mejor el caso. Supongamos que el deudor se ha obligado frente a su acreedor a entregarle el día de mañana el auto usado marca Nissan, modelo Sentra, año 1990, de placa KQ-2426, número de motor "X" y número de chasis "Y". En virtud de la norma, es claro que el deudor no podrá entregar un vehículo distinto, ni siquiera un auto de similares características, pero de diferentes números de placa, motor y chasis.

Pero naturalmente, si el acreedor considerase como conveniente, en aras de hacerse del vehículo, recibir el automóvil que se le está entregando, y acepta, entonces no habrá inconveniente conceptual alguno, habiéndose producido -dentro de lo previsto por el Código Civil Peruano- una dación en pago, figura contenida en los artículos 1265 y 1266 del mencionado Código, la misma que analizaremos en su momento. No obstante ello, nosotros consideramos que se trataría de una novación objetiva, ya que -como será visto oportunamente- negamos autonomía conceptual a la dación en pago, por considerarla únicamente como un supuesto más de novación objetiva.

El Código establece, en el artículo 1132, que el acreedor no estará obligado a recibir otro bien distinto aunque sea éste de mayor valor. Podrá ocurrir que el deudor tenga un interés especial sólo en el bien que el deudor se ha comprometido a entregarle, y no en otro, por diversas razones, como podrían ser la de utilidad práctica o razones incluso sentimentales; sin embargo, parece improbable que en el -ya de por sí raro- caso en que el deudor, por diversas razones, desee cumplir con una prestación que recaiga sobre un bien de mayor valor, el acreedor se niegue a recibirlo, produciéndose, al igual que en el ejemplo citado anteriormente, una dación en pago, pues el pago habrá quedado efectuado cuando el acreedor reciba como pago total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse.

Un ejemplo de lo antes mencionado sería que el deudor en lugar de pagar con el vehículo comprometido como objeto de la prestación, se acercase a pagar con un BMW serie 8 del mismo año -sin uso- y en perfectas condiciones. De seguro, el acreedor no vacilará un solo instante en aceptarlo.

Esta es, sin lugar a dudas, una regla de protección al acreedor. Como señala el Doctor José León Barandiarán[17] "Quiere esto significar, por ende, que caracterizado el acuerdo en cuanto al objeto que forma la prestación, debe acatarse en principio dicho acuerdo; y por eso, así como el deudor no puede liberarse ofreciendo cosa distinta, aunque sea de mayor valor que la prometida, el acreedor no puede obligar al deudor a que le entregue otra cosa, aunque sea de valor menor."

Por otra parte, debemos subrayar lo dicho anteriormente, en el sentido que las normas sobre las obligaciones de dar, previstas por el Código Civil, se aplican en los casos de transferencia de propiedad y de constitución de derechos reales y de cualquier otro título que implique la entrega física o jurídica del bien. Más adelante trataremos extensamente del tema relativo a la transferencia de la propiedad.

Debemos señalar en este punto, que dentro del principio de identidad, va implícito el derecho del acreedor para ser compelido a la entrega del bien. Como expresa Laurent[18], habiéndose garantizado la ejecución forzosa, se concluye que el deudor se encuentra obligado a entregar el bien objeto de la prestación, pudiendo ser compelido por la fuerza pública, que las leyes ponen a disposición de la justicia. En el Derecho Francés antiguo, éste era un asunto muy controvertido, ya que no quedaba claro si el vendedor de un cuerpo cierto estaba obligado a entregarlo y si podía

(17) LEON BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones. Modalidades y Efectos, Tomo II, Página 17. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, Argentina, 1954.
(18) LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVI, Página 253. Livrairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893.

ser compelido para esto; o si ante su negativa, el acreedor debía contentarse con la compensación por daños y perjuicios. Esto queda claro en el Derecho actual, siendo evidente que el deudor de un bien cierto puede ser obligado a la ejecución forzosa de su obligación de dar. No ocurre lo mismo en el caso de las obligaciones de hacer o de no hacer, cuando la ejecución forzosa tenga que pasar por emplear violencia contra la persona del deudor. Como agrega el propio Laurent[19], en cuanto a la obligación de dar, los principios no dejan duda alguna. La esencia de toda obligación es que se cumpla por la fuerza si el deudor no la cumple voluntariamente, y la obligación debe ejecutarse tal como fue acordada. Así como el acreedor no puede estar obligado, por el principio de identidad, a recibir otra cosa distinta a la que se le debe, igualmente no puede ser obligado a recibir las compensaciones por daños y perjuicios en lugar de la cosa estipulada.

Por otra parte, debe agregarse que nada se opone a que la obligación de entregar el bien se ejecute forzosamente sin la intervención del deudor, ya que esto se podría realizar, incluso, sin su intervención. Siguiendo a Laurent[20] diremos que de esta forma el arrendador -por citar un ejemplo usual- estará obligado a entregar el bien al propietario al terminar el plazo del contrato de arrendamiento, pudiendo ser compelido con la intervención de los Tribunales y de la fuerza pública.

Debe señalarse adicionalmente que a pesar de que en materia de obligaciones de dar, el Código Civil Peruano de 1984 no contiene un artículo similar al 1150 -relativo a las obligaciones de hacer-, es evidente que el incumplimiento de la obligación de dar por culpa del deudor faculta al acreedor a exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; o a exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste; o por último, a dejar sin efecto la obligación. Es-

(19) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVI, Página 254.
(20) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVI, Página 254.

tos principios se comprueban con la lectura del artículo 1219 del Código Civil.

La ejecución de la obligación de dar por cuenta de un tercero es aceptada por la doctrina. Así tenemos la opinión de Laurent[21], cuando señala que si el deudor obligado a entregar un bien se rehúsa a hacerlo, el acreedor puede pedir a los Tribunales que se le autorice a adquirir por su cuenta un bien similar a expensas del deudor. Sin embargo, debemos precisar que la aplicación de estos principios sólo sería posible en la medida en que se trate de obligaciones de dar cantidades de cosas, bienes inciertos o fungibles, mas no cuando estemos en presencia de la obligación de dar un bien cierto, caso en el cual si dicho bien se encuentra en poder del deudor, sólo será posible demandar la ejecución forzosa de la obligación con el auxilio de la fuerza pública. Lo que queremos dejar en claro es que mientras sea posible la ejecución forzosa de la obligación de dar, ningún Tribunal está facultado para sustituirla por la de indemnizar daños y perjuicios al acreedor, ya que de esta forma los jueces estarían modificando lo estipulado por las partes y violando el principio de identidad de las obligaciones de dar bienes ciertos, contenido en el artículo 1132 del Código Civil Peruano, bajo comentario.

No obstante tratar el artículo 1132 del Código Civil Peruano acerca de las obligaciones de dar bienes, debe señalarse que no sólo podrán constituir objeto de las obligaciones de dar los bienes que revistan el carácter de ciertos, sino también, como se verá más adelante, los bienes fungibles y los bienes inciertos. Como dice Pothier[22], "No sólo un cuerpo cierto y determinado, como un tal caballo, puede ser objeto de una obligación; sino que aún alguna cosa indeterminada puede también ser objeto de la misma, como cuando un tal se compromete a darme un caballo sin determinar qué caballo. Es preciso, sin embargo, que la cosa indeterminada que sea objeto de una obligación tenga en su indeterminación una cierta consideración (...): como cuando se ha prometido un caballo o un sombrero; pero si la determinación de la cosa es tal que la reduzca casi a nada, no habrá obligación, falto de cosa que sea su objeto y materia, por cuanto en el orden moral, casi nada, se mira como nada. Por ejemplo, dinero, trigo, vino, sin que la cantidad sea determinada, ni determinable, no pueden ser objeto de una obligación por cuanto eso puede reducir a casi nada, por ejemplo a un dinero, a un grano de trigo, a una gota de vino."

(21) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVI, Página 255.
(22) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Página 113.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1132.*

El principio de identidad en las obligaciones de dar, contemplado por el artículo 1132 del Código Civil, registra diversas Ejecutorias Supremas. Las enumeramos a continuación:

I.- "El dominio del comprador sobre la cosa vendida subsiste aunque no se haya efectuado la entrega, mientras no se rescinda legalmente el contrato." Ejecutoria del 9 de diciembre de 1921. La Revista del Foro, Página 584. (Artículos 1172 del Código Civil de 1936 y 949 del Código Civil de 1984).

II.- "En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio. No estando inscrito el dominio de la finca vendida, la preferencia se juzga conforme al derecho común." Ejecutoria del 18 de mayo de 1934. Revista de los Tribunales, Página 97 (Artículos 1172 y 1174 del Código Civil de 1936 y 942 del Código Civil de 1984).

III.- "El contrato de compra-venta se perfecciona con el acuerdo de las partes acerca de la cosa que el vendedor transfiere en propiedad y del precio a pagarse por el comprador conforme a los artículos 1172 y 1383 del Código Civil.- Es preciso que la voluntad de los compradores quede manifestada debida e indubitablemente acerca de aquellos requisitos sustanciales." Ejecutoria del 2 de julio de 1982. "El Peruano" Número 12811 del 2 de agosto de 1982. (Artículos 1172 del Código Civil de 1936 y 949 del Código Civil de 1984).

IV.- "El otorgamiento de títulos de propiedad de un lote ocupado en virtud de la Ley Número 13517, debe hacerse valer en la vía administrativa, ya que el otorgamiento de la escritura pública correspondiente procede únicamente cuando existe una relación contractual que obligue al demandado en tal sentido." Ejecutoria del 6 de septiembre de 1982. "El Peruano" Número 12867 del 27 de septiembre de 1982. (Artículos 1172 del Código Civil de 1936 y 949 del Código Civil de 1984).

V.- "De acuerdo con el artículo 1401 del Código Civil, si por culpa del vendedor no se realiza, en el tiempo convenido o legal la entrega del inmueble adquirido por el comprador, a elección de éste, existe el derecho de pedir alternativamente la rescisión del contrato o la entrega del bien.- Consecuentemente, la acción de desahucio para obtener la desocupación de una parte del bien deviene improcedente." Ejecutoria del 1 de febrero de 1983. "El Peruano" Número 13210 del 5 de septiembre de 1983. (Artículo 1171 del Código Civil de 1936).

VI.- "Los daños y perjuicios han de fijarse con criterios prudencial y equitativo y atendiendo a la forma y circunstancias de la producción del evento, así como apreciándose la intervención en el mismo de los participantes en el accidente: No resulta procedente disponer a la vez el pago de la indemnización en forma solidaria y mancomunada, por ser estos conceptos excluyentes entre sí." Ejecutoria del 10 de mayo de 1983. "El Peruano" Número 13140 del 27 de junio de 1983. (Artículos 1144 y 1147 del Código Civil de 1936).

VII.- "Si bien no es requisito constitutivo del contrato de compraventa su formalización mediante escritura pública, resulta ella pertinente para los fines registrales y a efecto de que el comprador pueda hacer valer debidamente su derecho frente a terceros." Ejecutoria del 30 de mayo de 1983. "El Peruano" Número 13147 del 4 de julio de 1983.

– Concordancias nacionales.

Admisibilidad para demandar ejecutivamente, artículo 694, inciso 2º, del Código Procesal Civil / Ejecución de obligación de dar bien mueble determinado - Procedencia, artículo 704 del Código Procesal Civil / Pago de aportes, artículo 10 de la Ley General de Sociedades / Prestaciones accesorias no consistentes en dinero, artículo 101 de la Ley General de Sociedades.

– DEBER DE INFORMACION DEL DEUDOR AL ACREEDOR SOBRE EL ESTADO DEL BIEN.

Artículo 1133.- *"El obligado a dar un conjunto de bienes ciertos informará sobre su estado cuando lo solicite el acreedor."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1133.*

El artículo 1133 del Código Civil no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; el Código Civil de 1852;* el *Proyecto de Código Civil de 1890;* el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*; el *Código Civil de 1936*; y la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.*

Esta norma fue propuesta por Felipe Osterling Parodi en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado en 1980* (artículo 2), con el texto siguiente: "El obligado a dar un conjunto de cosas ciertas deberá, a solicitud del acreedor, presentar información sobre su estado." Luego fue recogida por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981* (artículo 1145): "El obliga-

do a dar un conjunto de cosas ciertas deberá, a solicitud del acreedor, presentar información sobre su estado."; y por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984* (artículo 1101): "El obligado a dar un conjunto de cosas ciertas informará sobre su estado cuando lo solicite el acreedor."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Este artículo tiene su fuente de inspiración en el numeral 260 del Código Civil Alemán, el mismo que establece lo siguiente:

"Quien está obligado a entregar un conjunto de objetos o a facilitar información sobre el estado de dicho conjunto, ha de presentar al titular un inventario de dicho estado.

Si existe motivo para la suposición de que el inventario no ha sido formado con el necesario cuidado, el obligado, a petición, ha de prestar juramento declarativo sobre esto:

que él, según su mejor saber, ha indicado el estado -del conjunto- de forma tan completa como le ha sido posible.

Se aplica la disposición del parágrafo 259, párrafo tercero."

– *Análisis.*

El artículo 1133 del Código Civil Peruano impone al deudor de un conjunto de bienes ciertos, la obligación de informar sobre su estado de conservación al acreedor, cuando éste lo solicite. Creemos que no ha debido, en el artículo bajo comentario, restringirse tal obligación cuando ésta recaiga sobre un conjunto de bienes ciertos, ya que de su redacción podría deducirse que si el deudor sólo está comprometido a entregar un bien cierto, no se encuentra obligado a informar sobre su estado cuando el acreedor lo solicite. Sin embargo, nosotros creemos que la norma del artículo 1133 hay que interpretarla extensivamente, incluso para los casos que acabamos de señalar.

El sentido de este numeral se basa en la necesidad de satisfacer el legítimo interés que pudiese tener el acreedor que desea saber sobre el estado de conservación del bien mientras se encuentra en poder del deudor, vale decir, antes de su entrega.

Debemos señalar, además, que el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino del 28 de Julio de 1993 va más allá que el Código Peruano, al señalar, en el inciso 1 del artículo 574, que "Cualquiera de las partes podrá requerir la inspección de la cosa en el momento de la tradición. La aceptación sin reservas por quien deba recibirla hará presumir que ella era de la calidad adecuada y fue entregada sin vicios aparentes." El inciso 2 del mencionado artículo, establece que "Todo reclamo por defecto de calidad o vicios aparentes de cosas muebles entregadas bajo cubierta que no hubieran sido inspeccionadas al tiempo de recibirlas, debe formularse dentro de los tres días de su recepción, salvo que otro plazo resulte de los usos y las circunstancias"; para finalizar disponiendo en su inciso 3, que "Salvo estipulación en contrario, las controversias sobre calidad de las cosas muebles, sus daños o vicios, serán resueltas por peritos arbitradores."

– *Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1133.*

Artículo 1133.- "El obligado a dar un bien cierto informará sobre su estado cuando lo solicite el acreedor."

– *Fundamento.*

Proponemos la modificación del texto de este artículo, porque no hay razón alguna para no hacer extensiva la norma al caso que se trate de un solo bien, tal como fue dicho por nosotros al analizar el precepto.

– OBLIGACION DE CONSERVACION DEL BIEN. BIENES ACCESORIOS.

Artículo 1134.- *"La obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega.*

El bien debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."

– *Fuentes nacionales del artículo 1134.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.* El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* sí regulaba el particular en sus numerales 730 y 731, del texto siguiente: artículo 730: "La obligación de dar trae consigo la de entregar la cosa, y conservarla ilesa hasta su entrega, bajo la pena convencional que se haya impuesto; y en defecto de ésta, la de satisfacer daños e intereses al acreedor por autoridad judicial."; artículo 731: "La obligación de velar en la conservación de la cosa, sea que la convención tenga por objeto la utilidad común, o sólo la de una de las partes, reata a la obligada a cuidar de la cosa con todo el esmero de un buen padre de familia. Esta obligación es más o menos extensa relativamente a ciertos

contratos, cuyos efectos a este respecto se han explicado en los títulos correspondientes."

Por su parte, el *Código Civil de 1852* trataba el tema en su artículo 1262: "La obligación de dar una cosa determinada comprende la de entregarla en el tiempo convenido, y la de cuidarla entre tanto. Esta última obligación es más o menos extensa, según la naturaleza del contrato."; el *Proyecto de Código Civil de 1890*, en el numeral 1483: "La obligación de dar una cosa cierta o determinada comprende la de entregarla en el lugar y tiempo convenidos, y la de cuidarla entre tanto; pero, si la cosa se pierde sin culpa del deudor, se extingue la obligación."; el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, en su artículo 119: "La obligación de dar cosas ciertas comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados, o aunque momentáneamente hayan sido separados de ellas; salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en su artículo 110: "La obligación de dar cosas ciertas comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados, o aunque momentáneamente hayan sido separados de ellas; salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, no registra antecedentes, al igual que el *Código Civil de 1936.*

El *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, regulaba el particular en el numeral 3: "La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar sus accesorios, salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en su artículo 3: "La obligación de dar comprende también la de conservar la cosa hasta su entrega. La cosa debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la

obligación o de las circunstancias del caso." En igual sentido prescribía el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, artículo 1146: "La obligación de dar comprende también la de conservar la cosa hasta su entrega. La cosa debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, artículo 1102: "La obligación de dar comprende también la de conservar la cosa hasta su entrega. La cosa debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Al igual que el artículo 1134 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Francés (artículo 1136 -similar al primer párrafo del artículo 1134 del Código Civil Peruano- y agrega: "so pena del abono de los daños y perjuicios para con el acreedor"), Italiano de 1942 (artículo 1177 -similar al primer párrafo del artículo 1134 del Código Civil Peruano-), Hondureño de 1906 (artículos 1351 y 1354 -pero el artículo 1351 agrega: "So pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir. La obligación de conservar la cosa exige que se emplea en su custodia el debido cuidado"-); Portorriqueño de 1930 (artículos 1047 y 1050), Mexicano (artículo 2013 -similar a la segunda parte del artículo 1134 Peruano-, Panameño (artículos 979 y 982), Costarricense de 1888 (artículo 697 -similar sólo en la primera parte del artículo 1134 Peruano-) y el artículo 698 que establece: "La obligación de velar por la conservación de la cosa, derívese de una principal de dar o de una de hacer, compele al deudor a emplear en la conservación los cuidados de un buen padre de familia, salvo en los casos en que la ley especialmente atempera o agrava la responsabilidad"), Ecuatoriano (artículo 1591 -y agrega: "So pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir"-), Chileno (artículo 1548 -y agrega: "So pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir"-), Boliviano de 1831 (artículo 726), Boliviano de 1976 (artículo 303), Venezolano de 1942 (artículo 1265, primer párrafo),

Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículos 735 y 850), Guatemalteco de 1973 (artículo 1320), Paraguayo de 1987 (artículo 419 -similar al primer párrafo del artículo 1134 Peruano-), Español (artículo 1094 -similar al segundo párrafo del artículo 1134 Peruano-), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 799 -similar al primer párrafo del artículo 1134 Peruano-), Español (artículo 1097 -similar al segundo párrafo del artículo 1134 Peruano-), Brasileño (artículo 864 -similar al segundo párrafo del artículo 1134 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 231 -similar al segundo párrafo del artículo 1134 Peruano-), Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 88 -similar en su primera parte al artículo 1134 Peruano-), Código de la Provincia de Québec (artículo 1063), Holandés (Libro 6, Sección 6, artículo 1), coinciden en que la obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega; además, que dicho bien deberá entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

De otro lado, el Código Civil Uruguayo (artículo 1334) agrega que el deudor deberá "...conservarlo como buen padre de familia, hasta que la tradición se verifique, so pena de daños y perjuicios."

Por su parte, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículos 937 y 935, segundo párrafo -similar al segundo párrafo del artículo 1134 Peruano-) prescribe que los accesorios se entregan aun cuando el título no los mencione.

El Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 179) establece que "El deudor de un cuerpo cierto y determinado se libera por la entrega de la cosa en el estado en el que ella se encuentra al momento de la entrega, con tal que el deterioro sobrevenido no provenga de sus hechos o culpa, ni de la falta de personas bajo su responsabilidad, o que antes del deterioro él no haya estado en mora."

– Análisis.

El primer párrafo del artículo 1134 del Código Civil Peruano de 1984 impone al deudor la obligación de conservar el bien hasta su entrega, vale decir, de realizar todos los actos conducentes a que el bien conserve en el momento en que se efectúe la tradición del mismo al acreedor, todas las características que tenía al tiempo en que se generó la obligación, en el caso de los contratos, al momento de su celebración.

Como señala Luis María Boffi Boggero[1], va implícita la obligación de conservar la cosa, previa a la de entregarla; agregando que resulta obvio que no puede entregarse una cosa no conservada por el deudor. Agrega que el deudor, para tal efecto, deberá tomar las diligencias necesarias, lo que equivale a la culpa que, juntamente con el dolo, están comprendidos dentro del género culpabilidad. Agrega Boffi Boggero que resulta evidente que si el deudor es responsable de indemnización por la culpa a que nos referimos, mucho más claramente lo será por el dolo.

En lo relativo al segundo párrafo de la norma bajo comentario, podemos decir que dicho precepto no hace sino recoger los principios establecidos en el artículo 888 del Código Civil, en lo referente a las partes de un bien que se consideran sus accesorios. Esta norma señala que "son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien." El segundo párrafo del artículo 1134 recoge el antiguo principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo tal que si un deudor se halla obligado a entregar un bien cierto, deberá hacerlo junto a sus accesorios. La ley establece como excepciones, si lo contrario resultase de la propia ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

A decir de Boffi Boggero[2], si nada se puso en la obligación, parece acertado el criterio de Galli, que recurre a la fuente:

---

(1) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Página 308.
(2) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Páginas 307 y 308.

Freitas, y establece que las cosas accesorias aludidas por el artículo son "aquellas cuya retención impediría tener por cumplido el objeto que se tuvo en vista al contraer la obligación de entregar la cosa principal."

Resulta fácil imaginar ejemplos de los dos primeros supuestos señalados en la parte final del artículo 1134 (la ley o el título de la obligación); pero sin embargo no lo es tanto imaginar uno correspondiente al tercer supuesto (circunstancias del caso). Por nuestra parte, pensamos que podríamos comprender dentro de este rubro el siguiente ejemplo:

Si un laboratorio químico vende uno de sus locales a otro laboratorio químico, sin establecerse en el contrato si se deberán entregar o no los implementos e instalaciones propias del rubro o actividad que estaba desarrollándose en dicho local, de las circunstancias del caso (por ser también un laboratorio el comprador del local), deberá entenderse que se incluyen dichos implementos o accesorios dentro de los bienes a entregar. Lo contrario podrá presumirse si quien adquiere dicho local no es otro laboratorio sino un almacén de mercaderías textiles, por ejemplo.

Otro ejemplo respecto de las circunstancias del caso nos lo da el propio Manuel Augusto Olaechea, cuando expresa que la subordinación económica o la aplicación permanente a un fin, no son principios estereotipados. Una casa que tiene estatuas en su jardín, no se sabe si tendrá esos objetos en calidad de accesorios. Habría que atenerse a un contrato, a un acuerdo de partes, porque aquí no hay la costumbre de tener jardines con estatuas. Pero, contrariamente, si se comprara un castillo de Luis XIV, todas las cosas adheridas a él, como las arañas de luz, las cortinas y las estatuas, formarán parte integrante del castillo.

Comentando el artículo 864 del Código Civil Brasileño -que es el referente en ese país al segundo párrafo de nuestro artículo 1134-, el tratadista Antonio José de Souza Levenhagen[3] precisa

(3) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentários Didáticos. Direito das Obrigaçoes, Páginas 18 y 19. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, Brasil, 1978.

que lo dispuesto en este artículo procede directamente del tradicional principio de derecho que establece que lo secundario o accesorio sigue la suerte de lo principal; por lo que, quien se obliga a entregar un bien cierto, implícitamente se obliga también a entregar, conjuntamente con dicho bien, todo cuanto le sea accesorio.

Continúa diciendo Levenhagen, que bien accesorio es aquél cuya existencia está vinculada a la de un bien principal, como son los árboles, cuya existencia está vinculada al suelo donde fueron plantados. Principal es el bien que existe concretamente, sin depender de la existencia de cualquier otro, como el suelo, por ejemplo. De ese modo, si alguien se compromete a entregar un terreno a aquel que lo ha comprado y si del contrato no constare ninguna reserva, se incluyen los árboles ahí existentes, entendiéndose, como integrantes de la obligación de entregar el terreno, por cuanto éstos son accesorios del suelo. En tal sentido, el artículo 864 del Código Civil Brasileño, resulta un tanto más explícito que el Peruano, ya que establece que deberán comprenderse aun los accesorios no mencionados, lo que equivale a decir que de acuerdo con el régimen del Código de ese país, no es necesario que en el contrato quede expresamente establecido que la obligación de entregar el terreno (lo principal) implica también la de entregar los árboles (accesorios).

De acuerdo con el régimen del Código Civil Peruano, para que los accesorios no estén comprendidos dentro de la obligación de dar un bien principal, es indispensable, tal como ha sido señalado anteriormente, que ello resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

El tratadista argentino Eduardo B. Busso[4] ratifica el principio recogido por el segundo párrafo del artículo 1134 del Código Civil Peruano, al señalar que la obligación de dar cosas ciertas comprende todos los accesorios de éstas, aunque en los títulos no se mencionen, o aunque momentáneamente hayan sido separados

(4) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 12 y 13.

de ellas. En tal sentido, y basándose en lo establecido por el Código Civil Argentino, precisa que debe entenderse comprendidos a los accesorios indispensables para la utilidad que se tuvo en cuenta al contratar la cosa, aun cuando ellos estuvieran separados de la misma al tiempo de formarse el vínculo; además de otros accesorios, que sin ser indispensables, estuviesen incorporados a la cosa al tiempo del contrato, porque es razonable pensar que las partes entendieron comprenderlos, dado el estado de incorporación en que se hallaban.

Busso también agrega que si antes de la constitución de la deuda, el deudor había separado definitivamente un accesorio anteriormente adherido a la cosa, éste no queda comprendido en la obligación, porque en tal caso no se configura la separación momentánea a que se refiere el texto del artículo bajo comentario.

– *Concordancias nacionales.*

Accesorios, artículo 888 del Código Civil / Partes integrantes y accesorios, artículo 889 del Código Civil / Gastos de conservación, artículo 1141 del Código Civil / Entrega del bien vendido, artículo 1550 del Código Civil / Plazo de entrega del bien vendido, artículo 1552 del Código Civil / Entrega del bien arrendado, artículo 1678 del Código Civil.

– CONCURRENCIA DE ACREEDORES DE BIENES INMUEBLES.

Artículo 1135.- *"Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1135.*

Dentro de la legislación colonial, el antecedente de este artículo fueron las *Partidas*, Ley 9, Título XIV, Partida 5: "**Bestia, o otra cosa cierta deuiendo un ome a otro, si aquella cosa se perdiesse, o se muriesse, ante del plazo a que la deuia dar; o si el plazo non fuesse puesto, ante que el otro gela demandasse por juyzio; si la perdida, o la muerte non auino por culpa, nin por engaño del debdor, quito es de tal debdo.**"

Dentro de las mismas *Partidas*, encontramos la Ley 29, Título XXIII, partida 3, y la Ley 4, Título III, Partida 5.

El artículo 1135 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo*

de Vidaurre, de 1836; así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; ni en el Código Civil de 1852.*

El primer cuerpo legislativo en tratar la materia fue el *Proyecto de Código Civil de 1890,* que lo hizo en el numeral 1485, segundo párrafo: "Siendo la cosa debida inmueble, es preferido, en el mismo caso, aquel acreedor, cuyo título está inscrito en el Registro de la propiedad; y si hay varios títulos que tienen este requisito, es preferido el acreedor cuyo título fue registrado primero. Si ninguno está registrado, el más antiguo. Cuando los títulos, ya se refieran a muebles o a inmuebles, son en todo iguales, no es válida ninguna de las obligaciones que de ellos resultan; pero todos los acreedores tienen derecho para exigir del deudor indemnización de daños y perjuicios."

El *Primer Anteproyecto del Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, trató el tema en su artículo 124: "Si la cosa cierta fuere inmueble y concurriesen diversos acreedores, a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor cuyo título ha sido inscrito, o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el numeral 115: "Si la cosa cierta fuera inmueble y concurriesen diversos acreedores, a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor cuyo título ha sido inscrito, o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el título conste de escritura pública."

Por su parte, el Proyecto de *Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* lo hizo en el numeral 1164: "Cuando la cosa fuese inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido aquel cuyo título ha sido inscrito, o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de instrumento auténtico."; y el *Código Civil de 1936* en su artículo 1174: "Cuando la cosa fuese inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a

entregarla, será preferido aquél cuyo título ha sido inscrito, o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de instrumento público."

Ya en el proceso de reforma del Código de 1936, la *Alternativa de la Ponencia elaborada por el Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, reguló el particular en el numeral 3: "Cuando la cosa fuese inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido aquél cuyo título haya sido inscrito o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de instrumento público."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980* lo hizo en el artículo 6: "Cuando la cosa fuese inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido aquél cuyo título ha sido inscrito o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; salvo que, en este último caso, la fecha de alguno de los títulos conste de documento de fecha cierta."

Finalmente, el tema fue tratado por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1148: "Cuando concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregar una cosa registrada, será preferido aquél cuyo título ha sido inscrito o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; salvo que, en este último caso, la fecha de alguno de los títulos conste de documento de fecha cierta."; y por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el numeral 1103: "Cuando la cosa es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarla, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Concuerdan con el artículo 1135 del Código Civil Peruano,

entre otros, el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 466), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 941), y el Código Argentino (artículo 596 -similar en tanto expresa: "Si la cosa fuese inmueble, y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin que a ninguno de ellos hubiese hecho tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo instrumento público sea de fecha anterior"-).

Por su parte, el Código Argentino (artículo 594) prescribe que si la cosa fuere inmueble y el deudor hiciere tradición de ella a otro con el fin de transferirle el dominio, el acreedor no tendrá derecho contra tercero que hubiese ignorado la obligación precedente del deudor; pero sí contra los que sabiéndola hubiesen tomado posesión de la cosa.

– CONCURRENCIA DE ACREEDORES DE BIENES MUEBLES.

Artículo 1136.- *"Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua."*

– Fuentes nacionales del artículo 1136.

Dentro de la legislación colonial, podría decirse que el antecedente de este artículo fueron las *Partidas*, Ley 50, Título V, Partida 5: "**Una cosa vendiendo un ome dos vezes a dos omes en tiempos departidos; si aquel a quien la vendio primeramente, passa a la tenencia de la cosa, e paga el precio, esse le deue auer, e non el otro. (...) Otrosi dezimos, que si el postrimero comprador passasse a la tenencia, e a la possession, e pagasse el precio que el la deue auer, e non el primero.**"

El artículo 1136 de Código Civil vigente no registró antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*. El primer cuerpo legislativo en tratar el

mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926* brindaba tratamiento al particular en sus numerales 113 y 114; artículo 113: "Si la cosa cierta que debe darse es mueble y la reclamaran diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor a quien el deudor ha hecho tradición de ella, aunque su título sea posterior, siempre que su posesión sea de buena fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor."; artículo 114: "Si la cosa fuera mueble, y concurriesen diversos acreedores, a quienes el deudor se hubiese obligado a entregarla, sin haber hecho tradición a ninguno de ellos, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el título conste de escritura pública."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936* lo hizo en su artículo 1163: "Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble, y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiere obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno de los acreedores conste de instrumento auténtico."; mientras que el *Código Civil de 1936* legislaba el particular en su artículo 1173: "Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble, y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiere obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe, a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno de los acreedores conste de instrumento público."

Ya dentro del proceso de reforma del Código de 1936, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Jorge Vega García, del año 1973* regía el tema en su artículo 5: "Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiere obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe, a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea poste-

tema fue el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, en sus artículos 735 y 736; artículo 735: "Si se ha ofrecido dar o entregar una cosa puramente mueble a dos personas sucesivamente, la primera que haya sido puesta en posesión real, es preferida; y se hace propietario, aunque su título sea posterior en fecha, siempre que la posesión sea de buena fe."; artículo 736: "Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende, cuando la promesa haya sido pura y simple; mas si contiene día cierto o condición, no tiene efecto la entrega antes de cumplirse la calidad que la suspende."

El *Código Civil de 1852* no legisló el tema; mientras que el *Proyecto de Código Civil de 1890* lo hizo en su artículo 1485: "Si la cosa debida es mueble, y hay diversos acreedores que tienen derecho de exigirla del deudor, no habiéndola éste entregado a ninguno de aquellos, es preferido el acreedor, cuyo título tenga fecha más antigua. Siendo la cosa debida inmueble, es preferido, en el mismo caso, aquel acreedor, cuyo título está inscrito en el Registro de la propiedad; y si hay varios títulos que tienen este requisito, es preferido el acreedor cuyo título fue registrado primero. Si ninguno está registrado, el más antiguo. Cuando los títulos, ya se refieran a muebles o a inmuebles, son en todo iguales, no es válida ninguna de las obligaciones que de ellos resultan; pero todos los acreedores tienen derecho para exigir del deudor indemnización de daños y perjuicios."

De otro lado, debe mencionarse que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925* trataba el particular en sus artículos 122 y 123, del texto siguiente: artículo 122: "Si la cosa cierta que debe darse es mueble y la reclamaran diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor a quien el deudor ha hecho tradición de ella, aunque su título sea posterior, siempre que su posesión sea de buena fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor."; artículo 123: "Si la cosa cierta fuere mueble, y concurriesen diversos acreedores, a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin haber hecho tradición a ninguno de ellos, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior.";

rior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno de los acreedores conste de instrumento público."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980* lo hacía en el numeral 7: "Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble, y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; salvo que, en este último caso, la fecha de alguno de los títulos conste de documento de fecha cierta."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en su artículo 1149: "Si reclamasen una cosa diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; salvo que, en este último caso, la fecha de alguno de los títulos conste de documento de fecha cierta."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984* en su artículo 1104: "Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1136 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Francés (artículo 1141), el Boliviano de 1831 (artículo 732), el Paraguayo de 1987 (artículo 467), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 942 en su primer párrafo, -al disponer que si el bien cierto que se debe entregar es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes

el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior; sino será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua-).

Por su parte, el Código Civil Argentino (artículo 592) señala que cuando la obligación sea de dar cosas ciertas con el fin de transferir o constituir derechos reales y la cosa es mueble, si el deudor hiciere tradición de ella a otro, por transferencia de dominio o constitución de prenda, el acreedor, aunque su título sea de fecha anterior, no tendrá derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente contra los de mala fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor; agregando (artículo 593) que si la cosa fuere mueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin haber hecho tradición a ninguno de ellos, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior.

– Análisis de los artículos 1135 y 1136.

Advertimos que para analizar a cabalidad este punto es necesario abordar de manera interrelacionada los temas de la transferencia de la propiedad, la concurrencia de acreedores y las normas relativas a los Registros Públicos en nuestro Código Civil; no porque el tema de la concurrencia de acreedores, sólo tenga aplicación frente a las obligaciones de dar que impliquen transferir propiedad, sino por el hecho de que este supuesto resulta -sin duda- el más frecuente.

Como vamos a señalar a lo largo del presente trabajo, en nuestro país la transmisión de la propiedad de los bienes muebles ciertos o determinados se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente (artículo 947). Del mismo modo, el artículo 949 establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Estas normas se

encuentran en el Sub Capítulo Segundo, Adquisición de la Propiedad, del Libro V de los Derechos Reales.

Por otra parte, dentro del Libro VI de las Obligaciones, en el Título sobre las Obligaciones de Dar, encontramos los artículos 1135 y 1136 referentes a la concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y muebles respectivamente, tal como antes lo hemos señalado.

Para un distraído lector, los artículos antes mencionados podrían entenderse referidos al orden de preferencia para la transmisión de propiedad, en caso de existir diversos acreedores. Sin embargo, el ámbito de aplicación de ambas normas es distinto, ya que estos artículos están referidos, en términos generales, a la concurrencia de acreedores respecto de las obligaciones de dar, vale decir, a todos aquellos casos en que por cualquiera de las fuentes de las obligaciones (los contratos, la voluntad unilateral o la ley) una persona se encuentre obligada a entregar un bien (obviamente en calidad de deudor) a diversos acreedores, los que no necesariamente van a tener títulos similares ni tampoco similares derechos sobre el bien.

Podrá ocurrir que dichos acreedores tengan títulos de distinta naturaleza, pero lo importante será que todos ellos tengan derecho a que el deudor les entregue el bien, ya sea para el ejercicio de cualquiera de los atributos de la propiedad (uso o goce) o para la propiedad misma[1].

---

(1) Respecto del tema de la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, reviste interés lo señalado por el Doctor Gastón Fernández Cruz (FERNANDEZ CRUZ, Gastón. La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles. En la Revista Derecho, Número 41, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Páginas 215 a 219. Lima, diciembre de 1987), cuando expresa lo siguiente:
"El artículo 1135 del Código Civil Peruano de 1984 pues, debe precisamente ser interpretado como un precepto de carácter excepcional ante un hecho excepcional que cubre el caso de sucesivas transferencias realizadas por un mismo sujeto. Si nos ubicamos dentro del plano real, corremos el riesgo de aplicar principios cuyo carácter absoluto y universal, ya hemos negado: el '**nemo plus juris**' y el '**prior**

Es así que uno de los acreedores puede haber celebrado un contrato de arrendamiento con el deudor, otro un contrato de permuta y un tercero un contrato de compraventa. De acuerdo con el orden establecido por los artículos 1135 y 1136 podrá darse el caso de que el bien deba ser entregado al acreedor que celebró el contrato de arrendamiento y no alguno de los otros actos, en virtud de cuyos títulos el deudor se obligaba a transferir la propiedad del bien. Y es que, lo reiteramos, la finalidad de estos artículos es únicamente la de establecer un orden de preferencia para la entrega de los bienes.

---

in tempore, potior in jure', son principios que deben ser opuestos al de 'buena fe del tercero adquirente' y el de '**vigilantibus non durmientibus iura succurrunt**', que dentro del terreno de las obligaciones sirven precisamente para determinar el orden del goce de los efectos de un contrato; aun cuando dichos efectos sean reales, en modo alguno ello significa que la solución brindada al problema de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, deje de ser obligacional.
La solución que brinda el artículo 1135 del Código Civil de 1984, al preferir en caso de concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles al primero que inscribe su título con buena fe, y su ubicación dentro de las obligaciones de dar, no representa ninguna incoherencia dentro de un sistema consensual de transferencia de la propiedad, y menos aún una excepción a la forma de transferir, al plasmar al registro como modo de adquisición.
Lo que realiza el citado dispositivo no es, en ningún momento, poner en tela de juicio que la transferencia de propiedad ya ha operado con el acuerdo de voluntades. Lo que hace es regular un caso de excepción, en donde títulos anteriores en el tiempo van a perder eficacia ante una adquisición de 'mayor valor' que suma a su título un mejor derecho, determinado por la buena fe del adquirente y la inscripción en el Registro.
Messineo (...) en relación precisamente al problema de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, afirmaba que la solución del problema planteado se obtenía sobre la base de las normas sobre transcripción que contempla el artículo 2644, segundo apartado, del Código Civil Italiano: '...realizada la transcripción, no pueden tener efecto contra aquél que ha transcripto alguna transcripción o inscripción de derechos adquiridos contra su causante, aun cuando la adquisición se remonte a fecha anterior'. Indica Messineo: '(...) la transcripción es el medio para hacer invulnerable la adquisición por parte de quien quiera que sea, y para poder oponer eficazmente a todos los terceros, la propia adquisición; o sea, es

Pero hay un caso en el cual el ámbito de aplicación de ambos artículos puede verse enriquecido. Se trata del supuesto en el cual la concurrencia de acreedores recae sobre personas cuyos títulos impliquen la obligación del deudor de transferirles la propiedad del bien.

Si nos remitimos a la finalidad genérica de los artículos bajo comentario, diríamos que simple y llanamente vamos a determinar a quién va a entregarse el bien, pero dicha entrega, por el carác-

---

razón por la cual es preferida -entre dos (o más) adquisiciones, igualmente válidas, del mismo causante de un idéntico derecho inmobiliario (ejemplo, adquisición de dos derechos de propiedad sobre el mismo inmueble), o de derechos inmobiliarios entre los cuales hay incompatibilidad (ejemplo, adquisición del derecho de propiedad inmobiliaria y adquisición del derecho de hipoteca inmobiliaria)- aquélla que primeramente se haya hecho pública a cualquier título (artículo 2643, primer apartado). Y ser preferida tiene alcance dirimente, en el sentido, precisamente, de que la adquisición de un derecho (o de una situación) prevalece sobre otras adquisiciones no transcriptas posteriormente, o sea que excluye (precluye la eficacia de) los otros derechos, haciéndoles ineficaces respecto del transcribiente (artículo 2644, segundo apartado) (...)'.
En consecuencia, conforme al artículo 1135 del Código Civil de 1984, el acreedor preferido por haber inscrito en el Registro, con buena fe, va a gozar de la eficacia de su título, preteriendo otros títulos, aun cuando éstos sean anteriores en el tiempo. Dichos efectos, que nacen de su título preferido (efectos de las obligaciones), pueden ser de índole real -como de hecho lo es la entrega de un bien inmueble y la conservación del derecho de propiedad-, lo que en modo alguno enerva la calificación del problema de la concurrencia de acreedores, como uno de índole obligacional. Por ello, podríamos afirmar que, a la luz del artículo 949 del Código Civil, todos los acreedores 'deberían ser propietarios', pero como sólo el condominio es la única 'pluralidad de propietarios' admitida, el Derecho debe optar por alguno como poseedor de los efectos que genera su título de adquisición. Por ello, deben algunos títulos declararse ineficaces -incapaces de producir efectos; no inválidos-, y preferirse uno de ellos, que al ser elegido mantendrá sus efectos. Ello pretende ser la solución que brinda el artículo 1135.
¿Y cuál es el efecto inmediato al ser preferido? La entrega del inmueble; pero además, ante la pérdida de eficacia de algunos títulos, la transferencia de propiedad en beneficio del acreedor preferido, será la única que se mantendrá en el tiempo."

ter de los contratos celebrados entre el deudor y los diversos acreedores, implicará hacer que uno de ellos, a quien se le entregue el bien, ejerza sobre el mismo los derechos de propietario, vale decir, que luego de habérsele entregado dicho bien, esta persona podrá usar, disfrutar, disponer y reivindicar (de ser el caso) el bien.

Queremos resaltar que los artículos de concurrencia de acreedores, si bien no tienen como finalidad determinar normas sobre la transferencia de propiedad, en el supuesto que hemos mencionado, tienen directa relación con este tema; vale decir, luego de haber planteado el problema, vemos que las normas relativas a la transferencia de propiedad, los artículos 947 y 949, no están solas, sino que deben concordarse con los numerales 1135 y 1136.

Evidentemente estos conceptos también se aplican cuando la concurrencia de acreedores comprende la constitución de derechos reales distintos al de propiedad, como sería el caso del uso, habitación, usufructo, superficie, servidumbres, o posesión, o, incluso, cuando estemos en presencia de cualquier otro título diverso, que implique haberse obligado a entregar un bien a más de un acreedor.

Debemos señalar, sin embargo, que los artículos 1135 y 1136 podrían llevar a dudas, si los confrontásemos con sus pares del Código Civil Argentino (los numerales 592, 593, 596 y 598). Esto porque, en el artículo 592 de dicho Código, se precisa que rige en el supuesto de dar cosas ciertas para constituir derechos reales: "Cuando la obligación sea de dar cosas ciertas con el fin de constituir derechos reales, y la cosa es mueble, si el deudor hiciere tradición de ella a otro, por transferencia de dominio o constitución de prenda, el acreedor aunque su título sea de fecha anterior, no tendrá derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente contra los de mala fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor."

Por otra parte, el artículo 593 del Código Argentino, relativo a la concurrencia de acreedores de bien mueble, establece que

"Si la cosa fuere mueble y concurriesen diversos acreedores, a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin haber hecho tradición a ninguno de ellos, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior."

El artículo 596 prescribe que "Si la cosa fuere inmueble, y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin que a ninguno de ellos le hubiese hecho tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo instrumento público sea de fecha anterior."

Por último, el artículo 598 señala que "Si la cosa fuere mueble y concurriesen acreedores a quienes el deudor se obligase a la entrega de ella por transferencia de dominio o constitución de prenda, sin haber hecho tradición de la cosa, es preferido el acreedor a quien pertenece el dominio de ella."

Por nuestra parte, nos ratificamos en el concepto de que, al no hacer el Código Civil Peruano excepción alguna, sus normas de concurrencia de acreedores son de aplicación a todos los casos -sin exclusión alguna- en que un acreedor se obligue a entregar un bien a más de un acreedor, sea por el título que fuere y para constituir o no derechos reales.

Queremos mencionar, en este punto, que si bien es cierto que las normas sobre concurrencia de acreedores, contempladas por el Código en sus artículos 1135 y 1136, son de aplicación general a la multiplicidad de obligaciones de dar o contratos susceptibles de generar dichas obligaciones, el propio Código ha recogido dentro del contrato de arrendamiento una norma especial referida a la concurrencia de arrendatarios. Se trata del artículo 1670, que establece: "Cuando se arrienda un mismo bien a dos o más personas, se prefiere al arrendatario de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al que ha empezado a poseerlo. Si ninguno ha empezado a poseerlo, será preferido el arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta". El artículo antes transcrito, ha merecido opinión favorable por parte

de algunos estudiosos del Derecho[2], pero mas allá del problema que aparentemente supera, nos manifestamos contrarios a la permanencia de esta norma en el Código Civil Peruano de 1984. En abono de nuestra posición, cabe imaginar el supuesto en el cual estuviésemos frente a una concurrencia de acreedores en la cual parte de los mismos sean arrendatarios, y los restantes cuenten con títulos de distinta naturaleza. En este caso, habría que aplicar únicamente las reglas generales de los artículos 1135 y 1136, y abstenernos de hacerlo con relación al artículo 1670, el cual únicamente es aplicable cuando la totalidad de los acreedores que concurran para la entrega de un bien sean arrendatarios, supuesto, por demás, extraño e infrecuente.

Adicionalmente, el Código Civil Peruano de 1984 nos plantea un tercer problema: el relativo a los Registros Públicos.

Como se sabe, el sistema de transferencia de la propiedad en el Perú descarta como elemento constitutivo el registro de la misma, tanto para bienes muebles como para inmuebles; pero sin embargo, el Código en su Libro IX, relativo a los Registros Públicos, contempla al Registro de Propiedad Inmueble (artículos 2018 a 2023) y los Registros de Bienes Muebles (artículos 2043 a 2045).

Por sí solas, las normas de Registros Públicos no conllevan mayores problemas en lo que se refiere a la transferencia de la propiedad. Ocurre que, si concordamos sus preceptos con los de concurrencia de acreedores y los de transferencia de propiedad, vamos a advertir que se podrían suscitar algunos problemas respecto de la transmisión de la propiedad mueble o inmueble, hipótesis de las que advertimos la necesidad de modificar algunas de estas normas, a fin de tener un sistema uniforme[3].

---

(2) Nos referimos a la opinión de Juan Luis Hernández Gazzo (HERNANDEZ GAZZO, Juan Luis. Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores. En Ius et Veritas, Revista de Derecho, editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año IV, número 7, Páginas 192 y 193. Lima, noviembre de 1993.

(3) Consideramos de interés citar al respecto la opinión de Hernández

– EL PROBLEMA DE LOS DOCUMENTOS DE FECHA CIERTA

En los artículos 1135 y 1136 se hace alusión, en lo referente a la concurrencia de acreedores, al "título que conste de documento de fecha cierta más antigua", en caso de que los bienes, si

---

Gazzo (HERNANDEZ GAZZO, Juan Luis. Op. cit., Páginas 188 y 189):
"La función de los mecanismos de preferencia en las normas sobre concurrencia de acreedores es la de establecer a quien -entre los varios acreedores- se va a elegir para el goce exclusivo del derecho reclamado.
Con la elaboración de tal prelación lo que se nos dice en el fondo es cuál es el orden, de mayor a menor grado de importancia, que el legislador otorga a cada mecanismo de preferencia.
Como ya lo hemos mencionado, analizando los artículos 1135 y 1136, nos daremos cuenta de que en el caso de los bienes inmuebles la inscripción es para el legislador el máximo mecanismo de preferencia; para el caso de los bienes muebles, comprobaremos que la tradición es el supremo de los mecanismos. Constatamos también que, nuestro codificador considera la prioridad en el tiempo como la regla a seguir, teniendo en cuenta que la fecha cierta -no sólo es la que consta en instrumento público- primará sobre la fecha que sea debitable.
Analicemos la racionalidad de los mecanismos de preferencia regulados en nuestro Código Civil. Para lograr dicho fin, investigaremos en abstracto cuál creemos que sería la mejor forma de regulación de dichos mecanismos, para luego compararla con el contenido de nuestras normas.
(...)
Si la función principal de la concurrencia de acreedores está -frente a diversos acreedores que reclaman derechos sobre un mismo bien- en escoger al acreedor que vencerá en la concurrencia para ejercer de manera exclusiva el derecho reclamado, los mecanismos de preferencia deberán ser idóneos para recoger como superior al mecanismo que mayor publicidad dé a los derechos, pues sólo a partir de la publicidad de un derecho podrá exigirse al resto su respeto, para permitir el uso exclusivo anhelado.
En atención a lo antedicho, consideramos que para poder gozar de un derecho en forma exclusiva tienen que darse las condiciones necesarias para que el resto pueda tener la información a su alcance de que tal derecho no les pertenece y, por lo tanto, hacerlo oponible **erga omnes**. Sin embargo, para poder adquirir un derecho (es decir, para el supuesto de las transferencias), no sólo interesa saber a qué personas no les pertenece, sino fundamentalmente a quien le pertenece, pues de él se adquirirá el derecho pretendido.

son inmuebles, no hayan sido inscritos por alguno de los acreedores, y si son muebles, no se haya hecho tradición de los mismos a alguno de los acreedores, y, en ambos supuestos, como es obvio, existan diversos títulos para la transferencia del bien.

A esos medios capaces de brindar información sobre la titularidad de los derechos, y por ende generar oponibilidad, se les denomina signos de recognoscibilidad.
De no existir tales signos, no tendríamos la posibilidad de saber quién es el titular del derecho, ni la seguridad de que adquirirá un derecho exclusivo frente a los demás.
Estos signos de recognoscibilidad pretenden generar las condiciones propicias, a base de dar publicidad a los derechos de manera objetiva, para la seguridad jurídica dentro del tráfico económico de bienes que se produce en nuestra sociedad. A través de ellos, los sujetos podrán tener la información suficiente sobre los riesgos o garantías que la adquisición que van a realizar les brinda, la forma de oponer su derecho a terceros y en función de esa información valuar correctamente el derecho que desean adquirir, originando de esta manera transacciones eficientes.
(...)
Los signos de recognoscibilidad de derechos que se conocen son la posesión y el registro. Estos dos signos existen en nuestro ordenamiento, y han sido consagrados en los artículos 912 y 2012 respectivamente, del Código Civil de 1984.
Es válido aclarar que si bien el artículo 912 se refiere a la presunción como propietario exclusivamente, no se puede negar que si la posesión es capaz de generar presunción respecto del 'derecho máximo' como lo es el de propiedad, es obvio que puede brindar también recognoscibilidad respecto a otros 'derechos menores'.
La posesión como signo de recognoscibilidad no nos brinda una información perfecta. Podemos imaginar una serie de situaciones en las que el poseedor no sea el titular del derecho que afirma le corresponde; por ejemplo, los casos de todos los poseedores ilegítimos, de los legítimos inmediatos (arrendatarios, usufructuarios, comodatarios, etc.) que dicen ser propietarios, etc. Son múltiples las situaciones que podríamos mostrar en las que la posesión como signo de recognoscibilidad nos brinda una información equívoca.
Sin embargo, es clara la utilidad de la posesión como medio de ofrecer información sobre la titularidad de derechos, pues lo normal -y más frecuente en términos cuantitativos- es que los poseedores aparenten el derecho del cual son titulares. En consecuencia, a pesar de que la información hecha pública por la posesión no nos pueda generar confianza plena en todos los casos, es indudable su utilidad, pues el error suele ser la excepción y no la regla.
Otra razón importante para el uso de la posesión como signo de

Pero ¿qué es un documento de fecha cierta?[4]

En primer lugar, diremos que es un documento de fecha cierta aquel sobre el cual recaiga una constancia o manifestación de un funcionario público competente que dé fe de la fecha de realización o suscripción del mismo, y que tal fe revista validez.

---

recognoscibilidad es '...el registro tiene, como limitación, el ser un signo más oneroso, y por tanto, genera en algunos casos costos mayores a los que aliviaría por la certeza de la que está dotado (...). Entonces la posesión aparece (en esos casos) como el elemento más adecuado, porque el costo que genera su verificación es sustancialmente menor...'

A pesar de lo expuesto, debemos reconocer el grado de inseguridad -por ende, de riesgo- que en determinadas transacciones puede originar la posesión como signo de recognoscibilidad, es por ello que origina sólo una presunción **iuris tantum** sobre la titularidad del derecho.

El registro es el mayor signo de recognoscibilidad que se conoce. Este se caracteriza por ofrecer una información perfecta respecto de los sujetos titulares de derechos. Debemos aclarar que al aludir a información perfecta nos estamos refiriendo a los efectos absolutos que el ordenamiento da al contenido de las inscripciones, incluso en el caso que esa información no esté de acuerdo con la realidad. Por lo tanto, el actuar de las personas que confían en la información brindada por el registro para la realización de sus transacciones es protegido por el Derecho. Por ende, se entiende que existe una presunción **iuris et de iure** respecto al conocimiento del contenido de las inscripciones."

(4) Se discute mucho acerca de qué debe entenderse por documento de fecha cierta. Incluso hay quienes consideran conveniente introducir una precisión conceptual acerca de los mismos en el texto del Código Civil Peruano.

Sobre la diversidad de criterios existentes en nuestro país acerca de lo que debe entenderse por documento de fecha cierta, citaremos dos puntos de vista. El primero es el del Doctor Raúl Ferrero Costa (FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones, Páginas 49 y 50. Cultural Cuzco. Lima, Perú, 1986).

"¿Pero qué debemos entender por documento de fecha cierta? El Código guarda silencio y entre los autores nacionales y extranjeros no existe acuerdo a este respecto. Por otro lado, la jurisprudencia no es uniforme al señalar cuáles son los documentos que detentan fecha cierta, ni aun en aquellos países en los cuales su código señala expresamente los casos en que la tienen. Así nos lo hace saber

De acuerdo con el artículo 400 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 (recientemente derogado), eran instrumentos públicos, entre otros, las Escrituras Públicas (inciso 1) y las Escrituras extendidas ante Juez de Paz por falta de Notario, desde que

---

Erwin O. Rosenbusch en una breve recopilación de sentencias que han dado los tribunales argentinos sobre este punto.

Fecha cierta es la fecha indudable respecto de terceros, puesto que entre las partes otorgantes de un documento la fecha que en él se señala siempre es cierta.

Los documentos que tienen fecha cierta, a nuestro criterio son: 1) los documentos públicos; 2) los instrumentos privados reconocidos, entendiéndose la fecha cierta desde el día en que lo fueron; 3) los documentos privados, desde el día en que son inscritos en los Registros Públicos en mérito de leyes especiales; y 4) los documentos privados, desde el día en que a alguno de los otorgantes le sobreviniese la muerte o incapacidad física tal que le impida suscribir nuevos documentos.

No consideramos que el instrumento privado legalizado ante notario sea necesariamente de fecha cierta porque, como bien señala Jorge Eugenio Castañeda, se debe 'esclarecer que la legislación notarial no le da fecha cierta al instrumento privado, ya que el notario puede también legalizar con fecha antelada, lo cual no puede hacerlo con las escrituras públicas, en razón de las seguridades que contiene para su otorgamiento la ley de notariado. Una de ellas es el orden cronológico en que deben ser extendidas'."

En segundo lugar citaremos la opinión del Doctor Gastón Fernández Cruz (FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., Páginas 219 a 222).

"Como se podrá apreciar, dentro de la prelación contemplada en el artículo 1135, se ha reemplazado en el segundo orden de preferencia al instrumento público a que se refería el Código Civil de 1936, por el documento de fecha cierta (lo que brinda un espectro mucho más amplio en el goce de la preferencia otorgada por el artículo 1135 del Código Civil en relación al artículo 1174 del Código de 1936). Sin embargo, ello significa que dentro del aspecto privado, se está dando una mayor relevancia a la forma del acto jurídico, aunque ésta sea en la mayoría de los casos a presentarse en el supuesto estudiado, sólo '**ad probationem**'.

Pese a esto, reconocemos que, dentro de la **ratio-legis** del precepto estudiado en donde se prefiere al acreedor que suma a su buena fe la diligencia en el actuar, resulta hasta cierto punto lógico y justo proteger a quien tuvo la precaución de que su título conste en documento de fecha cierta, aunque éste no sea instrumento público, en desmedro de quien sólo mantiene su título en documento privado puro y simple, pues lo único que se persigue en realidad, en el su-

se protocolizan. Es así que, en primer lugar, tenemos como documentos de fecha cierta, a la vez que instrumentos públicos, a las Escrituras Públicas.

El tema de los documentos públicos es regulado por el nuevo Código Procesal Civil en su artículo 235, que establece lo siguiente:

---

puesto segundo de la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, es sujetar el orden de la prelación establecido a un criterio de 'seguridad jurídica' que no es distinto al previsto para el primer orden de la prelación.
Sobre el particular, sin embargo, surge la duda de qué se entiende por 'fecha cierta'. El Código Civil de 1984 no ha definido lo que debe entenderse por este concepto, al igual que tampoco lo hizo el Código Civil de 1936, cuando lo contempló para los casos de constitución de prenda. Dicha situación plantea ciertas interrogantes que la jurisprudencia deberá darle respuesta, aunque particularmente y dada la singular situación del Poder Judicial en nuestro medio, hubiese sido deseable que la precisión de este concepto no hubiese quedado librada a los tribunales.
En principio, por 'fecha cierta' debe entenderse la precisión del tiempo que, atendiendo a particulares circunstancias, no sea susceptible de presentar duda alguna. Estas particulares circunstancias pueden responder a la naturaleza propia del documento en que se consigne la fecha o, en atención a las cualidades del funcionario competente que diera fe de su realización. Conforme a la opinión del doctor Jorge Eugenio Castañeda, 'fecha cierta' es la fecha que no puede ser puesta en duda, produciendo en su concepto el carácter de 'fecha cierta', las escrituras públicas mientras no se declare la nulidad o falsedad de las mismas, el instrumento privado reconocido en diligencia preparatoria, desde que es reconocido ante el Juez, y el instrumento privado firmado ante testigos. El mismo doctor Castañeda, niega el carácter de 'fecha cierta' a las legalizaciones realizadas por Notario Público de las fechas en las que aparece extendida la legalización de firmas, y a aquéllas que brotan de los libros comerciales y contables que conforme a ley deban llevar las instituciones sujetas al Código de Comercio.
Sin embargo, las razones esgrimidas por el doctor Castañeda para considerar como poco confiable de producir 'fecha cierta' las puestas en las legalizaciones de firmas realizadas por Notarios, son hasta cierto punto ofensivas para la función Notarial, pues se basan en la absoluta desconfianza del Notariado Público. Según Manuel Augusto Olaechea, 'la fecha cierta' se puede establecer, sea por la exhibición anterior del documento en juicio; sea por su legalización

Artículo 235.- "Documento público.- Es documento público:

1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y,

2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia.

La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por Auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda."

También son documentos que revisten fecha cierta los presentados en un procedimiento judicial, en el sentido que la fecha de su presentación revestirá certidumbre, con las constancias de recepción (sellos y rúbrica del Secretario) que aparezcan en ellos. Adicionalmente lo serían aquellos documentos privados susceptibles de inscribirse en los Registros Públicos, específicamente para casos como el de la prenda agrícola, algunos de propiedad industrial, etc.

La fecha en la que conste la presentación de dichos documentos en un procedimiento judicial; o en la que conste su presentación como documentos privados, ante los Registros Públicos, hará que a partir de esta situación exista fecha cierta.

Dicho en otras palabras, se puede presentar en un proceso un documento de hace tres años, el día de hoy, y no por eso debe considerarse que la fecha en que se extendió ese documen-

---

hecha por Notario, o por reconocimiento judicial; por la inscripción del documento en cualquier Registro; por el fallecimiento de su otorgante, o de aquél que lo escribió o de quien firmó como testigo, y en general por todo medio que establezca la autenticidad indubitable de la fecha del documento.
Lo cierto es que, si analizamos la finalidad que persigue la ley al exigir la 'fecha cierta', para establecer el segundo orden de prelación del artículo 1135 del Código Civil, la misma creemos, debe responder a cualquier hecho que establezca de manera indubitable la realización de determinado acto."

to sea la de hace tres años. La fecha cierta recién sería la correspondiente al día de su presentación. Y lo mismo ocurriría respecto a los Registros Públicos.

De los instrumentos públicos, como hemos visto, son las Escrituras Públicas documentos de fecha cierta.

Pero, ¿son las Escrituras Públicas los únicos instrumentos que pueden contener una fecha que revista certidumbre?

Consideramos que no, pues las leyes relativas a los Notarios Públicos otorgan a estos funcionarios como atribución principalísima la de dar fe pública de determinados actos en los cuales participan a petición de los particulares.

El caso concreto que nos interesa es el de los documentos privados cuya fecha de suscripción está legalizada por dichos funcionarios. Una legalización de estas características dará fe pública a esa fecha, lo que convertirá al mencionado documento en uno de fecha cierta. En tal sentido, disentimos de la opinión del Doctor Jorge Eugenio Castañeda, la misma que fue mencionada en las notas precedentes, por los autores allí citados.

Dejamos constancia de que la fecha que el Notario va a legalizar a solicitud de los otorgantes de dicho instrumento, debe coincidir o ser posterior a la del día en que se presente el mencionado documento al Notario. En otras palabras, aquí habrá fecha cierta única y exclusivamente desde el momento en que el instrumento sea legalizado por el Notario, aun cuando dicha legalización se produzca con posterioridad a la fecha de presentación del documento.

En la situación bajo análisis, se trataría única y exclusivamente de la legalización de la fecha de otorgamiento del instrumento, pero podría presentarse un caso adicional en el cual se dé alguna certidumbre a la fecha de otorgamiento de un instrumento.

Este supuesto consistirá en el contrato privado que sea alcanzado a Notario Público a fin de que legalice las firmas de los

otorgantes. En este caso, el Notario procederá conforme se le solicita, pero adicionalmente, luego de la legalización pedida, colocará la fecha en que efectúa dicha legalización. Esta fecha, si bien no dará constancia pública a la fecha de realización o suscripción de dicho documento, revestirá gran importancia, pues demostrará, con carácter de fe pública, que el contrato no se celebró con anterioridad ni posterioridad a la fecha de dicha legalización.

De lo expuesto, podemos concluir que son documentos de fecha cierta aquellos en los que haya intervenido el Notario Público dando fe de la misma, tales como las Escrituras Públicas, las minutas con fecha o firmas legalizadas y los contratos privados (que no revistan la forma de minutas) con fecha o firmas legalizadas, además de aquellos en los cuales ha sobrevenido la muerte o incapacidad física de uno de los otorgantes.

De existir, en la concurrencia de acreedores, los documentos mencionados y ellos revistan fechas distintas, deberá preferirse al que tenga fecha más antigua.

– EL PROBLEMA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

De las palabras del Doctor Manuel Augusto Olaechea en su Memorándum a la Comisión Reformadora del Código Civil, de fecha 11 de agosto de 1925, recogidas en las Actas de las Sesiones de dicha Comisión y cuyo texto se transcribe más adelante, advertimos que el mencionado jurista señalaba el problema planteado al seguir el esquema francés de transferencia de propiedad, al crear una propiedad relativa (la derivada del contrato mismo), frente a una propiedad absoluta, como es la derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Olaechea advertía las deficiencias técnicas que plantea el sistema francés frente al alemán, creador de una propiedad absoluta, ya que en virtud del carácter constitutivo para la transferencia de propiedad que reviste la inscripción en el Registro, resulta-

ban evidentes las ventajas de este sistema sobre el primero de los nombrados.

Sin embargo, resulta interesante observar que el propio Olaechea, a pesar de los argumentos técnicos esgrimidos en favor del sistema alemán, propuso que en el Perú se continuase con el sistema francés, debido a las deficiencias de infraestructura registral que presentaba nuestra Patria.

Es lamentable tener que admitir que, tras casi 70 años del referido Memorándum del Doctor Olaechea, la realidad registral del Perú no es sustancialmente diferente y los padecimientos económicos del país son incluso mayores[5].

No obstante las citas efectuadas, consideramos imprescindible analizar con todo detenimiento el problema de la transferencia de la propiedad y proponer soluciones.

---

(5) A continuación transcribimos, por constituir una notable pieza jurídica, el texto íntegro del Memorándum del Doctor Manuel Augusto Olaechea sobre el modo de transmitir la propiedad. Se encuentra en las Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, Fascículo V, Páginas 3 a 8. Imprenta Castrillón, Lima, 1928:

"Señores:
Tiene capital importancia para establecer el régimen legal de las obligaciones de dar, resolver previamente sobre el sistema que conviene adoptar en orden a definir si la propiedad se transfiere como efecto inmediato de la convención, o si es solución preferible, tratándose de los inmuebles, consagrar el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediante la inscripción; y si respecto de las cosas muebles debe mantenerse el principio según el cual la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.
Según el Código francés, la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto inmediato de la convención. Conforme a éste, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de hacer propietario al adquirente, sino simplemente de ponerlo en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere en este sistema sin solución de continuidad, porque se considera perfecta, cumplida y ejecutada en el mismo momento de su formación.

En tal sentido, vamos a ocuparnos de buscar y tratar de conseguir teóricamente un sistema más adecuado que compatibilice los tres temas mencionados, vale decir, la transferencia de propiedad, la concurrencia de acreedores y los Registros Públicos.

El sistema francés es el mismo que instituye el Código Civil vigente, como se ve en el artículo 1306 que dice:
'**Artículo 1306**.- Desde que los contratantes convienen en la cosa y el precio, queda perfeccionada la venta, aunque aquélla no haya sido entregada, ni éste pagado.'
En derecho romano la tradición era absolutamente necesaria para operar el desplazamiento de la propiedad.
El Código francés presume que existe, por decirlo así, una tradición de derecho implícita; y como consecuencia de este sistema exageradamente espiritualista, la convención pone desde luego los riesgos de la cosa a cargo del acreedor convertido en propietario por el simple consentimiento de las partes.
El sistema adoptado por el Código Napoléon no ha sido uniformemente seguido por los códigos modernos.
El Código italiano (se refiere Olaechea, naturalmente, al de 1865) imitó absolutamente al francés.
El Código argentino -artículo 577- establece que antes de efectuarse la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere ningún derecho real.
El Código español -artículo 609- dice: La propiedad se adquiere como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición; y el artículo 1095 añade: el acreedor no adquiere derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada.
El Código alemán, siguiendo el sistema prusiano distingue los actos creadores de obligaciones y el contrato abstracto de enajenación o contrato real que necesita en lo referente a la traslación de la propiedad inmobiliaria, la intervención de un oficial de justicia y la inscripción del acto en el registro. Esta investidura -artículo 925- es necesaria según el Código que examino, para operar la transferencia de la propiedad entre las mismas partes.
El Código suizo admite, en principio, tratándose de las ventas mobiliarias, el desplazamiento automático de la propiedad -artículo 185-; pero tratándose de los inmuebles, hacen notar Rossel y Mentha, que según el artículo 220, dada la frecuencia de la estipulación para aplazar la toma de posesión, el principio es contrario (Los artículos citados en este párrafo corresponden al Código Federal de las Obligaciones, que, aunque con numeración separada, forman el Libro Quinto del Código Civil de Suiza).
El Código del Brasil establece, continuando sobre el particular las enseñanzas de Freitas, que el derecho real no se constituye sino

En primer lugar trataremos de responder a la pregunta de ¿por qué la propiedad inmueble se transmite con la sola obligación de enajenar? Para ello recurriremos a un análisis fundamentalmente histórico del tema. A continuación, el desarrollo del mismo.

---

por la tradición, cuando la cosa es mueble o por transcripción si fuese inmueble. El contrato dentro de este sistema es título que constituye la razón jurídica o fundamento de la tradición o de la transcripción, según los casos respectivos.
Como hemos manifestado antes, en derecho romano, el simple consentimiento de las partes no bastaba para operar la traslación de la propiedad. El adquirente no tenía la calidad de propietario respecto de tercero y aun respecto del mismo enajenante, sino mediante la tradición; hasta este momento no existía sino un derecho de acreencia y no un derecho real, **jus ad rem** y **no jus in re**.
La situación creada en Francia por el Código de 1804 se ha modificado grandemente en virtud de la ley de 26 de marzo de 1855, según la cual no se puede oponer a tercero ningún derecho real que no esté transcrito al registro.
El sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento mira al interés general y al desarrollo del crédito territorial.
Los derechos y obligaciones son relaciones entre individuo e individuo, que no afectan a terceros, al paso que los derechos reales existen **erga omnes**, y aquel a quien pertenecen puede ejercerlos contra cualquiera.
El sistema de la tradición implantado por el Código argentino y por el español, reviste una marcada inferioridad respecto del actual sistema francés. La tradición es el hecho de entregar la cosa; este hecho no está sometido a formas superficiales y se prueba como todo hecho. La tradición como medio de publicidad es completamente ineficaz y deja vivos los propios inconvenientes que se pretenden allanar.
Es preferible indudablemente el sistema de la inscripción. La transmisión de los derechos reales no se efectúa, o no tiene efecto respecto de terceros, sino cuando el acto jurídico ha sido debidamente inscrito en el Registro.
La radical diferencia que separa al derecho francés del derecho alemán -dice Valverde- se explica dado el distinto concepto que uno y otro derecho tiene de las relaciones jurídicas que afectan a la propiedad mobiliaria e inmobiliaria. Para el pueblo alemán y para el anglosajón, las relaciones que el hombre tiene con las cosas inmuebles deben ordenarse de una manera adecuada a la naturaleza física de éstas, exigiendo, por tanto, una serie de disposiciones que tienen por fin aclarar, ordenar y fijar establemente aquellas rela-

– LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL DERECHO CIVIL FRANCES.

(a) *Generalidades históricas.*

Por lo general, cuando se aborda cualquier tema de Derecho Civil, resulta casi imposible dejar de citar, por lo menos a través de una breve mención, al Derecho Francés, y en especial a su

---

ciones, dando lugar con esto al nacimiento de una legislación inmobiliaria, de que carecen los pueblos de raza latina. Puede decirse que en el derecho alemán, las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho público, y de aquí que los poderes públicos, y en su nombre las autoridades, intervengan en la constitución, modificación y extinción de aquellas relaciones, y nadie, por lo tanto, puede ostentar el título de propietario si no ha obtenido previamente la confirmación o investidura de tal derecho que le conceden los tribunales, previo un examen minucioso de los antecedentes y circunstancias de la transmisión, y entonces se hace constar en el Registro el asiento que autoriza el tribunal o funcionario que ha intervenido y que es lo que se llama inscripción.
Para el derecho francés apenas si tiene interés la diferente naturaleza de las cosas muebles o inmuebles, y por eso suelen aplicarse las mismas reglas jurídicas a los unos que a otros. Las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho privado, y por consecuencia niegan la intervención de los poderes públicos para la garantía y seguridad de tales relaciones, y de aquí que la propiedad territorial puede adquirirse por el mero consentimiento del transmitente, sin que la inscripción en el Registro tenga más valor que el de un simple anuncio para los terceros que no han intervenido en el acto, pero no le concede una propia y verdadera sustantividad.
Después de estos antecedentes, emito mi parecer en los siguientes términos, que someto a mis ilustrados colegas de Comisión.
–Tratándose de cosas muebles el dominio de ellas se adquiere por la tradición.
Este principio jurídico se deduce débilmente del artículo 1388 del Código Civil vigente.
–Respecto de los inmuebles, mantengo el sistema francés contemporáneo, que es el vigente en el Perú, desde 1888, en que se dictó la ley sobre Registro de la Propiedad Inmueble.
Reconozco -claro está- los defectos de este sistema que pueden sintetizarse en que crea una propiedad relativa al lado de una propiedad absoluta. Pero el sistema de la transcripción aplicado a la

Código Civil, más conocido como el Código Napoléon, que entró en vigencia en el año 1804.

Pero, tan común como resulta hablar del Derecho Francés, resulta omitir hacer cualquier análisis sobre el contexto y el entorno del Code. Ninguna ley se promulga sin motivo, ningún Código se hace por hacerse, ningún Código es huérfano de padres y de corrientes ideológicas que le den origen. El Código de 1804, el Código por excelencia de los tiempos modernos, evidentemente, no escapó al contexto histórico, el cual, por la importancia del

---

manera legislativa alemana, o a la manera brasileña, es inoperante en el Perú, por ser impracticable. Carecemos aún del Registro, y no alcanzo a ver, dada nuestra incipiente sociabilidad, el momento de su implantación en todo el país. Y bien no concibo la vida de un sistema que presupone como base necesaria la inscripción, sin el registro, sin títulos escritos que no existen en todo el país, sin notarios, sin abogados, sin ambiente propicio, en suma, para establecer la inscripción con carácter de obligatoriedad general e imprescindible; implantados legislativamente los registros de estado civil por el Código vigente, desde 1853, no funcionan todavía en la mitad del país, y este dato desconsolador pero palpitante, es un signo que indica cuál sería la suerte de tan audaz reforma.

Magdalena del Mar, 11 de agosto de 1925

M.A. Olaechea."

En este punto de nuestro trabajo, consideramos necesario precisar en qué consisten los Sistemas Alemán y Torrens, relativos a la transferencia de propiedad, pues en numerosas ocasiones han sido y serán mencionados en el Tratado. Para tal efecto, recurriremos al civilista argentino Alfredo Colmo (COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General, Páginas 232 a 234. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.). En adelante, las palabras de Colmo:

"Registro en Alemania.- No es así en otras partes, sobre todo en Alemania, que es el país modelo al respecto. Allí los registros son reales (también son personales a la vez). Para ello se ha practicado previamente una operación de capital importancia: el catastro de todos los inmuebles. Tal operación supone varias cosas: el estudio geodésico, sobre el terreno, de cada propiedad, para determinar su ubicación geográfica con respecto a puntos invariables (tal cerro, tal río, tal meridiano, etc.), sus dimensiones, etc.; y el análisis jurídico de los títulos respectivos, en toda la suma de sus antecedentes, transmisiones, etc., para determinar la propiedad, y las afectaciones

mismo y de los acontecimientos e ideas que precipitaron su elaboración y promulgación, hacen que la intención de verter algunas frases sobre estos orígenes y la Historia de Francia se convierta en algo apasionante. Naturalmente, como débiles mortales, no pudimos escapar a tal pasión.

Por ello, en adelante, y antes de abordar el tema que ocupa el punto central de esta parte de nuestro Tratado, ensayaremos algunas pinceladas de Historia.

---

consiguientes, de los inmuebles. De tal suerte se tiene una delimitación precisa y plenamente objetiva de la situación física y de la condición jurídica de cada una de las propiedades contenidas en el territorio. Así, cuando alguien pretende vender o gravar un inmueble dado, no hace más que ir a los correspondientes registros, que contienen toda la historia de las mutaciones y modificaciones de ese inmueble, a partir de la primera inscripción, para conocer su estado jurídico. De ahí que el título respectivo no sea la escritura o el testamento, sino la inscripción. Por lo mismo, sean cuales fueren las circunstancias ocultas, no hay más propietario que el que figure como tal en los registros. Es así natural que la inscripción valide el consiguiente derecho y dé pie para rechazar cualquier pretensión contraria, sin perjuicio de las acciones que el verdadero dueño o titular pueda tener contra quien lo ha perjudicado, y aun contra el mismo Estado, en el caso de que el registrador, por error o negligencia, haya inscrito mal un título.

Los registros germánicos son obligatorios: todo aquel que quiera constituir, modificar, etc., un derecho real inmobiliario, tiene que recurrir al registro, pues no hay otro medio legalmente eficaz. La operación se verifica mediante lo que se llama el contrato abstracto de enajenación (Saleilles, Obligation, e a 5; Huebner, Germanic Private Law, 34), en cuya virtud las partes interesadas manifiestan que constituyen tal o cual derecho real en estas o aquellas condiciones. De ello se toma debida nota en los respectivos registros, después de analizadas las correspondientes circunstancias (si el propietario es tal y se encuentra en condiciones de realizar el acto, si el inmueble está libre, etc.), y con la inscripción queda consumado el contrato real, como lo llaman los alemanes, de constitución del derecho.

Sistema Torrens.- Es menester advertir que en Australia se propuso e implantó, hace años, un registro de igual carácter real, pero voluntario. Quien pretenda acogerse al registro no tiene más que dirigir una solicitud al efecto, acompañando los títulos correspondientes. Un doble y complejo examen, topográfico y jurídico, sigue a esa pretensión. Acreditada así la legalidad de la solicitud, se ordena todavía una publicación en los periódicos oficiales, para que los terceros in-

La Historia de Francia no es sólo suya, es, en alguna medida, la Historia del mundo. La aparente exageración de esta frase se diluye si revisamos los acontecimientos de la Historia Universal desde el siglo XVII en adelante: constataremos que Francia ha sido esencial protagonista de muchos eventos con gran influencia en muchas otras naciones del viejo mundo, y no sólo en ellas, sino en pueblos que por diversas causas se vieron impulsados a conquistar la categoría de naciones, sobre todo en el continente americano.

---

teresados deduzcan en tiempo las acciones que crean contra la pretensión del solicitante. Si nada se observa, se practica la inscripción y se entrega al interesado un certificado que viene a ser su título definitivo. Este es eficaz contra quienquiera, aunque se pruebe lo ilegal de la inscripción, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por la inscripción errada. Una vez registrado un inmueble, las operaciones que se refieran al mismo son mucho más sencillas. Quien desee enajenarlo o gravarlo no tiene sino que dirigir la correspondiente solicitud al registro, acompañando su certificado y el contrato respectivo (en modelos ya formulados por la oficina), y con las firmas de las partes legalizadas ante el juez de paz local, y aun ante un testigo que luego se ratifique ante el jefe del registro, quien después de hallar que todo está en forma, procede a verificar la inscripción que cuadre: si es venta total, endosa el certificado en favor del adquirente; si es venta parcial, otorga un certificado propio al adquirente, y practica en el del enajenante las anotaciones respectivas; si es una hipoteca, se hace la anotación que corresponde en el registro y en el título del propietario, etc.
La modalidad de que ese registro (conocido por Act Torrens, Ley Torrens, en homenaje al recuerdo de su creador, Sir Robert Torrens) fuese voluntario, era debida a dos circunstancias principales: una social (económica, jurídica, etc.), determinada en el fondo por la falta de un catastro adecuado; y otra psicológica, en cuya virtud se quería marchar progresivamente, hacer entrar la institución en la conciencia general, mostrar sus ventajas positivas, hasta que llegase la oportunidad de hacerla obligatoria.
La institución tomó cuerpo en casi todas las 'provincias' australianas, hasta difundirse en otras colonias británicas, en el protectorado francés de Túnez y en el Brasil.
Sus méritos han sido varios. Los gastos de inscripción son reducidos, salvo en lo que respecta a la primera inscripción: aún así, en conjunto resultan muy inferiores a los ordinarios de la escritura corriente entre nosotros, dado lo elemental de la operación del endoso de los títulos. La seguridad de los derechos, la rapidez de las operaciones y la movilidad de los valores inmuebles (casi equiparable a

El episodio de la Revolución Francesa resulta, en cuanto a los hechos, muy conocido. Sin embargo, sus contenidos y consecuencias ideológicos y sociales sí han merecido, merecen y de seguro merecerán las más variadas opiniones. Y es que cuando un acontecimiento tiene tanta y tan grande trascendencia sobre la humanidad entera, cuando reclama las más grandes justicias y genera las más profundas reivindicaciones y humillaciones a la dignidad humana, es natural, y hasta imperioso, que desate los más variados temperamentos y las más arraigadas pasiones de los hombres.

Sin duda, la importancia que tuvo en el ámbito social, político y económico el proceso revolucionario francés, fue, en esos campos, tan grande como la que en el jurídico tuvo el Código Napoléon. En ambos planos de la vida y saber humanos, ningún pueblo de la Tierra se vio sustraído a sus efectos. Todos los vivieron, para bien o para mal.

Si hiciéramos un seguimiento histórico de Francia desde la etapa prerevolucionaria hasta el ascenso de Napoléon y su coronación como Emperador, podríamos arribar a varias conclusiones, a nuestro criterio sumamente importantes para el tema en tratamiento. Estas serían las siguientes:

(1) El espíritu de los revolucionarios de 1789, al buscar la con-

---

la de los muebles, y en cuya virtud la proverbial pesantez de las nuestras queda disipada poco menos que del todo), han redundado en beneficio general.
Es cierto que existe el peligro de las inscripciones equivocadas y del posible despojo de un verdadero propietario. Pero una institución cualquiera no debe ser juzgada en ese sentido, a menos que se trate de errores de fondo y que impliquen un peligro colectivo, al fin y al cabo, el error es inherente al hombre. También hay muchas escrituras que no traducen la realidad. Lo que es peor, en éstas el error puede ser más grave y repetido, por lo mismo que faltan los elementos técnicos que se tiene en aquel registro. Por lo demás, baste con apuntar que las indemnizaciones que ha debido abonar el Estado por inscripciones erradas, apenas si han alcanzado a un décimo de la reserva que al efecto se crea por la misma ley, y que se forma con una pequeña porción de los derechos de inscripción".

sagración e instauración de un nuevo orden, llevaba implícitos nuevos valores y nuevas prioridades, distintas a las del antiguo régimen;

(2) Este orden de prioridades, como era lógico suponer, estaba encabezado por aquellos derechos en que la emergente burguesía revolucionaria se sentía vulnerada durante la vigencia de la monarquía absoluta;

(3) Dentro de estos derechos reclamados prioritariamente, se encontraba el derecho a la propiedad privada, considerado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como un derecho natural del hombre;

(4) Si bien no hubo mayor respeto a los derechos consagrados en la Declaración, específicamente en lo referido al derecho de propiedad privada, éstos se mantuvieron vigentes, y cuando la estabilidad retornó a Francia, primero con el Directorio y luego con Bonaparte, este derecho fue consolidándose. Fue así adoptado como el principal de los derechos naturales del hombre. Se consagró en la práctica la sacralización del principio establecido en la Declaración;

(5) Esta era una imposición del nuevo criterio valorativo determinado por la revolución, que haría primar de ahora en adelante el individualismo sobre el absolutismo. El afianzamiento del derecho de propiedad privada y su sacralización eran una consecuencia lógica de la revalorización de los individuos y del conjunto de sus libertades. Sin duda alguna, la libertad, la independencia y la seguridad económicas exigían de modo absoluto la existencia de un derecho de propiedad sólido y estable.

Las vicisitudes sufridas por la Revolución y los sucesivos organismos que en ella gobernaron, a la par que el desorden, las injusticias, las luchas de Francia en el frente externo y la falta de una autoridad sólida y fuerte y de reconocimiento general, llevaron al poder a Napoléon. El representaba la autoridad de que Francia carecía. Era el único que podía representar la estabilidad

que Francia necesitaba, y encaminarla hacia un nuevo destino de grandeza y victoria entre las naciones de Europa.

En tal sentido, Napoléon representa el orden del que Francia había carecido hasta ese entonces. Y de un modo realmente previsor pone todo su empeño en perennizar ese orden.

Francia, durante el Imperio de Napoléon, fue la nación hegemónica de Europa. No sólo era un ejemplo de grandeza y poderío militar, sino que su pueblo e instituciones fueron alcanzando paulatinamente una fortaleza y coherencia mayores.

Ese espíritu de grandeza de Francia, que era el del propio Napoléon, lo llevó a buscar dar a su país un conjunto de leyes que aseguraran su estabilidad y la de ciertos principios de la pasada Revolución (naturalmente aquellos que él compartía).

Por eso, más allá de sus innumerables victorias militares y grandes obras públicas, Napoléon es recordado porque durante su gobierno se dieron tres importantes Códigos: el de Comercio, el Penal y el Civil.

Sin duda estos tres cuerpos normativos fueron de gran importancia, pero la mayor trascendencia la tuvo el último de los nombrados.

La preparación, elaboración, aprobación y promulgación del *Code Civil Français* comenzó y culminó durante el gobierno del Consulado de Napoléon.

El proceso de aprobación y promulgación de los diversos Títulos del Código Civil duró entre marzo de 1803 y marzo de 1804, es decir, aproximadamente un año. Pero a este plazo hay que sumarle los tres años que tardó la elaboración del proyecto y su discusión a nivel nacional.

En suma, por el ímpetu y la decisión de Napoléon, Francia tuvo al fin, y luego de tan sólo cuatro años, su Código Civil, el cual adoptó, con el correr de los años, el nombre de su propulsor.

(b) ***El derecho de propiedad.***

Una vez concluida la elaboración del Proyecto de Código Civil por la Comisión nombrada por Bonaparte, los cuatro miembros de aquélla -Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu y Jacques de Maleville-, en su Discurso Preliminar formulaban la siguiente reflexión:

"Ahora bien, retomamos las ideas de uniformidad en la legislación, porque se entrevé la posibilidad de realizarlas." (6)

Y se formulaban la siguiente pregunta:

"¿Pero un buen código civil podía nacer en medio de las crisis políticas que agitaban a Francia?" (7)

Luego decían:

"Toda revolución es una conquista. ¿Se hacen las leyes en el paso del antiguo gobierno al nuevo? Por la sola fuerza de las cosas, estas leyes son necesariamente hostiles, parciales, subversivas. Se es llevado por la necesidad de romper todos los hábitos, de debilitar todas las ataduras, de desechar todos los descontentos. No se ocupa más de las relaciones privadas de los hombres entre ellos: no se ve sino el objeto político y general; se busca confederados más que a ciudadanos. Todo deviene derecho público." (8)

Más adelante, la Comisión señala:

(6) Recueil Complet des Discours pronnoncés lors de la presentation du Code Civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunat, et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction definitive de chaque project de loi. Tomo I, Página 1. Firmin Didot Frères, Fils et Cie., Libraires, Imprimeurs de l'Institut de France. París, 1867.

(7) Recueil (...). Tomo I, Página 1.

(8) Recueil (...). Tomo I, Páginas 1 y 2.

"Hoy en día, Francia respira; y la constitución, que garantiza su reposo, le permite pensar en su prosperidad.

Buenas leyes civiles son el más grande de los bienes que los hombres pueden dar y recibir; ellas son la base de las costumbres, el **palladium** [consideramos debe entenderse como paladín] de la propiedad, y la garantía de toda paz pública y particular: si ellas no fundan el gobierno, ellas lo mantienen; ellas moderan el disfrute y posesión, y contribuyen a hacerla respetar, como si ella fuera la propia justicia. Ellas atañen a cada individuo, ellas se mezclan en las principales acciones de su vida, ellas le siguen por todas partes; ellas son a menudo la única moral del pueblo, y siempre ellas forman parte de su libertad: en fin, ellas consuelan a cada ciudadano de los sacrificios que la ley política le encarga para la ciudad, protegiéndolo, cuando se hace necesario, en su persona y en sus bienes, como si él fuera, él solo, la ciudad entera. También, la redacción del Código civil ha, por tanto, fijado la solicitud del héroe que la nación ha establecido como su primer magistrado, que anima todo por su genio, y que creerá siempre tener que trabajar por su gloria, en tanto que falte alguna cosa por hacer para nuestro bienestar." (9)

Como vemos, en este Discurso Preliminar la idea del derecho de propiedad ocupaba un lugar preferencial dentro de la dialéctica del Código Civil Francés. Naturalmente, este derecho merecía protección, en tanto era considerado un derecho natural del hombre, junto a los que hoy en día entendemos como personalísimos.

Esta idea constituye uno de los temas centrales a lo largo de todo este discurso, motivo por el cual vamos a señalar aquellos puntos en los cuales se le menciona, y los respectivos contextos. El respeto a la propiedad privada es un aspecto fundamental de ese nuevo Estado que sustituia al absolutismo monárquico. La libertad de acción de los individuos, esa libertad para tener mayores ámbitos en los cuales desarrollarse, requería pasar necesaria-

(9) Recueil (...). Tomo I, Página 2.

mente por ser una libertad sobre los propios hombres y sobre sus propios bienes. Esta idea queda muy clara en la siguiente reflexión de la Comisión:

"En los Estados despóticos, en donde el príncipe es propietario de todo el territorio, donde todo el comercio se hace en nombre del jefe del Estado y en su provecho, en donde los particulares no tienen ni libertad, ni voluntad, ni propiedad, hay muchos más jueces y verdugos que leyes: pero en todo lugar donde los ciudadanos tienen bienes que conservar y defender; en todo lugar en el cual el honor cuenta para cualquier cosa, se hace necesario un cierto número de leyes para hacer frente a todo. Las diversas especies de bienes, los diversos géneros de industrias, las diversas situaciones de la vida humana, requieren reglas diferentes. La solicitud del legislador está obligada a proporcionarse a la multitud y a la importancia de los objetos sobre los cuales es necesario legislar. De ahí, en los Códigos de las naciones civilizadas, esta previsión escrupulosa que multiplica los casos particulares, y parece hacer un artículo de la razón misma." (10)

Respecto de la solución de conflictos sobre propiedad se dice:

"...en las materias civiles, el debate existe siempre entre dos o más ciudadanos. Una cuestión de propiedad, o cualquier otra cuestión similar, no puede permanecer indecisa entre ellos. Se está obligado de pronunciar; de cualquier manera que sea, es necesario terminar el litigio." (11)

Y siguen diciendo, ahora refiriéndose al Título Preliminar del Código:

(10) Recueil (...). Tomo I, Página 3.
(11) Recueil (...). Tomo I, Página 5.

"Todas las leyes se refieren a las personas o a los bienes, y a los bienes para utilidad de las personas." (12)

"Francia, otras veces dividida en regiones de costumbre y en regiones de derecho escrito, estaba regida, en parte por costumbre, y en parte por el derecho escrito. Ahí había algunas ordenanzas reales comunes a todo el Imperio." (13)

"Examinando las últimas ordenanzas reales, nosotros hemos conservado de ellas todo aquello que tiende al orden esencial de las sociedades, al mantenimiento de la decencia pública, a la seguridad de los patrimonios, a la prosperidad general." (14)

Cuando tratan acerca del matrimonio, y específicamente de los bienes en el matrimonio, los miembros de la Comisión sostienen lo siguiente:

"Se ha pretendido, en ciertos escritos, que todo aquello que autoriza la separación de bienes, deba autorizar el divorcio, y que ninguna de estas dos cosas debe marchar sin la otra. ¿Por qué los medios que pueden legitimar la separación de bienes, podrían ellos disolver el matrimonio? El matrimonio no es sino la unión de las personas; los esposos son libres de no obligar su fortuna. ¿Por qué entonces hacer depender el matrimonio de una cosa que le es propiamente extraña?." (15)

Cuando tratan acerca de los bienes propiamente dichos, y refiriéndose a los cambios operados respecto del tratamiento de los mismos en el antiguo régimen, establecen que:

"En el antiguo régimen, la distinción de las personas privilegiadas y no privilegiadas, nobles o plebeyas, entrañaba, en lo re-

(12) Recueil (...). Tomo I, Página 6.
(13) Recueil (...). Tomo I, Página 7.
(14) Recueil (...). Tomo I, Página 8.
(15) Recueil (...). Tomo I, Páginas 13 y 14.

ferente a los bienes, una gran cantidad de distinciones que han desaparecido y que no pueden más revivir." (16)

Naturalmente, respecto de los bienes, el Código Civil también consagraba el principio de "Igualdad" que fue uno de los pilares de la Revolución de 1789.

"Hablando de las diferentes naturalezas de los bienes, nosotros hemos distinguido el simple uso del usufructo, y el usufructo de la propiedad." (17)

"Los contratos y las sucesiones son los grandes medios de adquirir lo que no se tiene todavía, y de disponer de lo que ya se tiene." (18)

"En general, los hombres deben poder contratar libremente sobre todo aquello que les interese. Sus necesidades los aproximan; sus contratos se multiplican a la par que sus necesidades."(19)

"En el comercio, en donde las más grandes fortunas son a menudo invisibles, se sigue más a la persona que a los bienes. De ahí que la prenda, la hipoteca, son cosas prácticamente desconocidas al comercio. Pero en las materias civiles, donde se sigue más a los bienes que a la persona, se hacen necesarias leyes hipotecarias, es decir, son necesarias leyes que puedan dar sobre los bienes toda la seguridad que se busca." (20)

Refiriéndose al Derecho Sucesorio, la Comisión señala lo siguiente:

"La parte del código civil que está destinada a fijar el orden de las sucesiones, no nos ha parecido la menos importante.

---

(16) Recueil (...). Tomo I, Página 18.
(17) Recueil (...). Tomo I, Página 18.
(18) Recueil (...). Tomo I, Página 18.
(19) Recueil (...). Tomo I, Página 19.
(20) Recueil (...). Tomo I, Página 20.

¿El derecho a suceder tiene su base en la ley natural, o simplemente en las leyes positivas? De la solución de este gran problema depende el sistema que se le debe establecer.

El hombre nace con necesidades; se hace necesario que él pueda alimentarse y vestirse: él tiene por tanto derecho a cosas necesarias para su subsistencia y para su entretenimiento. Aquí está el origen del derecho de propiedad.

Nadie habría plantado, sembrado ni construido, si los dominios no hubiesen sido separados, y si cada individuo no hubiese estado asegurado de poseer pacíficamente su dominio.

El derecho de propiedad en sí es una institución directa de la naturaleza, y la manera como se ejerce es algo accesorio, un desarrollo, una consecuencia del derecho mismo.

Pero el derecho de propiedad termina con la vida del propietario: consecuentemente, después de la muerte del propietario, ¿qué será de sus bienes, ahora vacantes por efecto de su deceso?" (21)

Esta recopilación de ideas de la Comisión acerca del derecho de propiedad y aspectos relacionados íntimamente al mismo la consideramos muy ilustrativa respecto de cuál fue el pensamiento de los miembros de dicha Comisión, el mismo que recogía, sin lugar a dudas, las ideas centrales que sobre el particular habían sido banderas de lucha en la Revolución.

Pero más interesante aún resulta la lectura de la Exposición de Motivos del Título II, Libro II, del Código Civil, relativa a la Propiedad, elaborada por el Consejero de Estado Portalis, y expuesta en la sesión del 28 ventoso, año XII.

Portalis sostiene, haciendo un breve estudio acerca de los

---

(21) Recueil (...). Tomo I, Páginas 21 y 22.

orígenes del derecho de propiedad, que "...la necesidad y la industria son los dos principales creadores de la propiedad." (22)

"Desconfiemos de los sistemas en los cuales parece hacerse de la tierra la propiedad común de todos, ya que esto facilita el ser pretexto de no respetar los derechos de nadie." (23)

"Si nosotros descubrimos la cuna de las naciones, nosotros estaremos convencidos que hay propietarios desde que hay hombres." (24)

"Se encuentra, en todos los tiempos y en todo lugar, rastros del derecho individual de propiedad." (25)

"Pero el principio de derecho está en nosotros; él no es jamás el resultado de una convención humana o de una ley positiva; él está en la constitución misma de nuestro ser, y en nuestras diferentes relaciones con los objetos que nos rodean." (26)

"En una palabra, es la propiedad la que ha fundado las sociedades humanas. Es ella la que ha vivificado, extendido, engrandecido nuestra propia existencia. Es por ella que la industria del hombre, este espíritu de movimiento y de vida que anima todo, ha sido llevado sobre las aguas, y ha hecho salir a la luz bajo los diversos climas todos los gérmenes de riqueza y de poder." (27)

"Lejos que la división de patrimonios haya podido destruir la justicia y la moral, es por el contrario la propiedad, reconocida y constatada por esta división, que ha desarrollado y afirmado las primeras reglas de la moral y de la justicia. Pues, para dar a cada

---

(22) Recueil (...). Tomo I, Página 286.
(23) Recueil (...). Tomo I, Página 287.
(24) Recueil (...). Tomo I, Página 287.
(25) Recueil (...). Tomo I, Página 287.
(26) Recueil (...). Tomo I, Página 287.
(27) Recueil (...). Tomo I, Página 287.

uno lo suyo, es necesario que cada uno pueda tener alguna cosa. Yo añado que los hombres mirando al futuro, y sabiendo que ellos tienen algún bien que perder, no hay nadie que no tenga temor a la represalia de los daños que pudiese ocasionar a otro." (28)

"Los hombres no nacen iguales ni en talla, ni en fuerza, ni en industria, ni en talentos. El azar y los acontecimientos colocan entre ellos diferencias. Estas injusticias primeras, que son la obra misma de la naturaleza, entrañan necesariamente aquellas que se les encuentra en la sociedad." (29)

"Además, las necesidades recíprocas y la fuerza de las cosas establecen entre aquel que tiene poco y aquel que tiene mucho, entre el hombre industrioso y aquel que lo es menos, entre el magistrado y el simple particular, más lazos que todos los falsos sistemas no podrían romper.

No aspiramos por tanto a ser más humanos que la naturaleza, ni más sabios que la necesidad.

También ustedes se cuidarán, legisladores, de consagrar por vuestros sufragios el gran principio de la propiedad, presentada en el proyecto de ley como el derecho de disfrutar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta. Pero como los hombres viven en sociedad y bajo las leyes, ellos no podrían tener el derecho de contravenir a las leyes que regulan a la sociedad." (30)

"Se debe ser libre con las leyes, y jamás contra ellas. De ahí, reconociendo en el propietario el derecho de disfrutar y de disponer de su propiedad de la manera más absoluta, nosotros hemos añadido, con tal que no se haga de las mismas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos." (31)

---

(28) Recueil (...). Tomo I, Página 288.
(29) Recueil (...). Tomo I, Página 288.
(30) Recueil (...). Tomo I, Página 288.
(31) Recueil (...). Tomo I, Página 288.

"Nosotros convenimos en que el Estado no podría subsistir si él no tuviese los medios de proveer a los gastos de su gobierno; pero procurándose estos medios por la elevación de los tributos, el soberano no ejerce nunca un derecho de propiedad; él no ejerce sino un simple poder de administración." (32)

"Se ha tenido siempre por máxima que los dominios de los particulares son propiedades sagradas que deben ser respetadas por el mismo soberano.

En base a esta máxima, nosotros hemos establecido, en el proyecto de ley, que nadie puede ser obligado a ceder su propiedad, si no es por causa de utilidad pública, y mediante una previa y justa indemnización.

El Estado es, en estas ocasiones, como un particular que trata con otro particular. Es bastante que él pueda obligar a un ciudadano a venderle su propiedad, y que él le quite el gran privilegio que él tiene de la ley natural y civil de no poder ser obligado a enajenar su bien." (33)

Luego de concluir su análisis acerca de las normas relativas al derecho de propiedad en el Proyecto de Código Civil, Portalis expresa algunas ideas muy claras acerca de la importancia de este derecho, las que, como veremos tras su lectura, ratifican una vez más la importancia que se dio a éste en el *Code Napoléon*.

"Ustedes no estarán sorprendidos de que este proyecto se reduzca a algunas definiciones, a algunas reglas generales: pues el cuerpo entero del código civil está consagrado a definir todo aquello que puede referirse al ejercicio del derecho de propiedad; derecho fundamental sobre el cual todas las instituciones sociales reposan, y que para cada individuo es tan precioso como la vida misma, ya que él le asegura los medios de conservarla. [El subrayado es nuestro].

---

(32) Recueil (...). Tomo I, Página 289.
(33) Recueil (...). Tomo I, Página 290.

La ciudad no existe, decía el orador romano, sino porque cada uno conserva lo que le pertenece. Con la seguridad de esta gran verdad, este orador filósofo detenía en su tiempo todos los movimientos de las facciones empeñadas en desorganizar el imperio.

Es por su respeto a la propiedad que las naciones modernas son deudoras de este espíritu de justicia y de libertad, que, en los tiempos mismos de la barbarie, supieron defenderlo contra las violencias y los esfuerzos del más fuerte. Es la propiedad la que coloca en las selvas de la Germania las primeras bases del gobierno representativo. Es ella la que ha dado nacimiento a la constitución política de nuestros antiguos países de Estados, y que, en estos últimos tiempos, nos ha inspirado el coraje de sacudir el yugo y de librarnos de todas las trabas del feudalismo.

Legisladores, la ley reconoce que la propiedad es el derecho de disfrutar y de disponer de su bien de la manera más absoluta, y que este derecho es sagrado en la persona del más pequeño particular. ¡Qué principio más fecundo en útiles consecuencias!. [El subrayado es nuestro].

Este principio es como el amo universal de toda la legislación; él recuerda a los ciudadanos lo que se deben entre ellos, y al Estado lo que él debe a los ciudadanos; él modera los impuestos; él fija el régimen feliz de la justicia; él detiene en los actos del poder público los favores que serían perjudiciales a terceros; él aclara la virtud y la propia beneficencia; él deviene la regla y la medida de la sabia composición de todos los intereses particulares con el interés común; él comunica de este modo un carácter de majestad y de grandeza a los pequeños detalles de la administración pública. [El subrayado es nuestro].

También ustedes han visto al genio que gobierna Francia establecer sobre la propiedad los fundamentos inquebrantables de la república. [El subrayado es nuestro].

Los hombres a los que las posesiones garantizan la fidelidad, están llamados en adelante a escoger aquello en lo que las

luces, la sapiencia y la diligencia, deben garantizar las deliberaciones.

Sancionando el nuevo código civil nosotros habremos afirmado, legisladores, todas nuestras instituciones nacionales.

Ya ustedes han proveído todo lo que concierne al estado de las personas: hoy en día ustedes comienzan a regular lo que concierne a los bienes. Esto trata, por decirlo así, de ligar la estabilidad de la patria a la estabilidad misma del territorio. No se puede amar su propiedad sin amar las leyes que la protegen. Consagrando máximas favorables a la propiedad, ustedes habrán inspirado el amor de las leyes; ustedes no habrán trabajado solamente en beneficio de los individuos, en el de las familias particulares, ustedes habrán creado un espíritu público, ustedes habrán abierto las verdaderas causas de la prosperidad general, ustedes habrán preparado el bienestar de todos." (34) [El subrayado es nuestro].

Hasta aquí las expresiones de Portalis.

Cualquier apreciación nuestra acerca de la importancia que se daba al derecho de propiedad sobra luego de estas palabras.

Pero para completar la revisión de las actas del Código Napoléon, vamos a recoger las principales apreciaciones que al respecto formula el tribuno Faure, a nombre de la Sección de la Legislación, acerca del Título II, Libro II, de dicho cuerpo legal, en la sesión del 30 nivoso, año XII.

Faure expresa que no tiene la intención de tratar acerca de la naturaleza ni de los orígenes del derecho de propiedad, ya que el señor Portalis lo ha hecho muy bien, pero no deja de señalar lo siguiente:

"Si está bien demostrado que el origen del derecho de propiedad se pierde en la noche de los tiempos; si es evidente que

(34) Recueil (...). Tomo I, Páginas 294 y 295.

no se puede a este respecto presentar otra cosa que conjeturas más o menos verdaderas, es igualmente cierto que la base de la propiedad es la base de todo edificio político; que una de las primeras condiciones del pacto social es la de proteger y de mantener la propiedad; que todo lo que tiende a este objeto es de la más grande influencia sobre la suerte de los pueblos; y en fin, que cuanto más justas y sabias son las leyes sobre la propiedad, el Estado será más floreciente y feliz." (35) [El subrayado es nuestro].

Y para concluir su informe, Faure dice:

"Una buena legislación sobre las propiedades es el más bello título de gloria para el Estado que la posee: ella brinda para él las más brillantes conquistas, ya que ella atrae y reúne bajo su égida a todos aquellos que están envidiosos de partir sus preciosas ventajas. [El subrayado es nuestro].

La sección de legislación me encarga proponer a ustedes la adopción del proyecto de ley sobre la propiedad." (36)

Hasta aquí, nuestro análisis histórico acerca de la concepción del derecho de propiedad en la Francia Revolucionaria y en la Comisión que elaboró su Código Civil, ese Código Civil respecto del cual Napoléon tenía la vocación de perpetuidad, esa ley que el futuro Emperador de Francia consideraba definitiva e inmutable.

No sería exagerado decir que tras la promulgación del Código Francés, la creencia generalizada en ese país era que a él se circunscribía todo el Derecho Civil. Prueba de ello es esa frase atribuida a un jurista francés que solía decir: "Yo no conozco el Derecho Civil. Yo conozco el Código Napoléon".

Esa vocación de perpetuidad encarnada por Napoléon res-

(35) Recueil (...). Tomo I, Página 295.
(36) Recueil (...). Tomo I, Página 302.

pecto de su obra era una vocación y una creencia muy férrea. Prueba de ello es que en los primeros años de vigencia de dicho Código, prácticamente nadie se atrevió a criticar la obra, por el deslumbramiento que ejerció sobre el medio jurídico francés. Napoléon la creía inmodificable, en buena cuenta, insuperable. Inclusive se cuenta que el día en que Napoléon escuchó el primer comentario acerca de su Código Civil, exclamó: "¡Mi Código está perdido...!", frase muy ilustrativa respecto de aquello que venimos diciendo.

En realidad se produjo a raíz del Código de Napoléon toda una atmósfera de enceguecida admiración y veneración. Como decía Tisier, el Código Civil llegó a ser casi un libro revelado, un texto sagrado; era la carta inmutable, imperecedera, de las conquistas de la Revolución.

Esos criterios llevaron a los autores del Proyecto de Código Civil a colocar, en una verdadera muestra de respeto y veneración casi religiosa al Código, en la primera de las normas del Proyecto, que "ese derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, no es otra cosa que la razón natural que gobierna a los hombres."

Por estas razones, el concepto acerca de la función de los juristas prácticamente quedó reducido a la exégesis y a una interpretación estricta de la propia ley. Como el Código era juzgado como definitivo e inmutable, el jurista no podía salirse en su labor interpretativa de la letra del mismo y del espíritu del legislador en la elaboración y aprobación de las normas a comentar. Estos criterios no eran precisamente propulsores de renovación jurídica; sin embargo, como veremos más adelante, respecto de la transferencia de la propiedad y muchos otros, la Escuela Exegética Francesa, con los aportes que dio, constituyó, con su labor interpretativa del Código, el más importante de los elementos en la afirmación del Código mismo, ya que al tener aquélla la riqueza que tuvo, hizo que el Código Napoléon fuese realmente un monumento jurídico muy sólido. A diferencia de otros cuerpos legislativos posteriores, ocurrió que fueron tan sólidos los argumentos

doctrinarios y jurisprudenciales que siguieron a la promulgación del Código Francés, que constituyeron a la vez de elogio, enmienda, a la par que alabanza, rectificación, y de esta forma, está próximo (aunque con diversas modificaciones propias de esta misma exégesis) a cumplir, dentro de sólo 10 años, dos siglos de vigencia.

La labor de la Escuela Exegética Francesa es tan importante que sus razonamientos se mantienen presentes y vigentes en múltiples casos. Y en realidad, esto puede deberse a la seriedad y calidad jurídica de muchos de sus integrantes. Sería muy difícil imaginar en nuestros días una dedicación al Derecho como la que llevó, con las severísimas limitaciones logísticas del siglo XIX, a tratadistas como Laurent o Troplong a crear obras de la magnitud y calidad de las suyas, o aun más, imaginar a un Baudry-Lacantinerie, creando ese "canto del cisne" que constituye para el Derecho Civil Francés (y para toda nuestra Tradición Jurídica) su Tratado de Derecho Civil Francés.

El Código Francés reafirmó la idea de que la Revolución iniciada en 1789 no sólo se había hecho para conquistar la libertad y la igualdad política, sino también la libertad e igualdad civil, principios que llevaron a Troplong a escribir en 1850 acerca del espíritu democrático del Código [37].

Nosotros sí creemos vigentes los principios centrales del Código Napoléon; consideramos que el solo hecho de haber sobrevivido a los embates de las ideas socialistas y a sus seguidores, es muestra suficiente de que sus bases son lo suficientemente sólidas como para seguir en pie. Definitivamente creemos que Raymond Salleilles, ese joven y genial jurista muerto prematuramente, se equivocó cuando dijo, en 1904, justo al cumplirse un siglo de vigencia del *Code*, que el mencionado Código fue, en el dominio de la vida jurídica, la expresión perfectamente adaptada de un estado social que acababa de triunfar, pero que pronto no

---

(37) TROPLONG. Droit Civil Expliqué, De la Vente, Tomo II, Página 128. París, 1856.

existirá más: el de la preponderancia de la clase media y del individualismo burgués [38].

(c) ***La transferencia de propiedad en el Derecho Civil Francés.***

(c.1) **Antecedentes.**

El tema de la transferencia del derecho de propiedad en el Derecho Francés ha generado las más vivas polémicas y los más encendidos debates doctrinarios a lo largo de la Historia del Derecho Civil Contemporáneo.

Las razones de esta polémica son múltiples y conocidas; es más, como lo hemos dicho, mucho han expresado los diversos autores sobre ella; y en todos los Tratados de Derecho Civil se ha tocado el tema, y prácticamente no existe doctrina de ningún país -de la Tradición Jurídica Romano Germánica- que deje de abordar el particular.

Este asunto también ha sido tratado en nuestro medio en muchas ocasiones. Existe gran cantidad de obras que lo mencionan, y tesis que se ocupan del mismo; pero no se ha intentado realizar, y en ese camino transitamos, una aproximación al mismo sobre la base de las consideraciones de índole histórica que hemos desarrollado anteriormente y que nos servirán como fundamento para formular algunas hipótesis que comentaremos conforme avance esta parte de nuestro Tratado. Esto lo haremos sobre la base de los resultados de la propia discusión que plantea la doctrina francesa.

Para ello, hemos buscado recurrir a las fuentes más fidedignas que nos pudiesen aproximar de la manera más clara posible a toda la problemática generada por la transferencia de propiedad a raíz de la promulgación del Código Napoléon. Estas fuentes las constituyen, sin lugar a dudas, los autores componentes de la denominada Escuela Exegética Francesa, es decir, aquellos que se encargaron del estudio y la interpretación de las normas del Código Civil Francés. Para una mejor comprensión del lector acerca de las opiniones de los mencionados autores, que se analizarán a continuación, deseamos precisar el orden cronológico en que éstos publicaron sus obras, lo que nos dará un necesario marco temporal. Así, Jacques de Malleville, al ser uno de los cuatro miembros de la Comisión que elaboró el Proyecto de Código por órdenes de Napoléon, fue el primero en publicar una obra interpretativa de dicho Código, en 1822. Le siguieron -entre otros-, Aubry y Rau, Duranton (1841), Marcadé (1852), Troplong (1856), Laurent (1875 -1893), Rogron (1877), Mourlon (1878), Demante y Colmet de Santerre (1887), Baudry-Lacantinerie, con su Manual (1896), Guillouard (1902), Baudry-Lacantinerie con su Tratado (1908), Planiol y Ripert (1927), Colin y Capitant, Josserand (1938) y los Mazeaud, por solo citar a los más representativos.

Además, se consignan en los puntos respectivos, anotaciones de la primera Jurisprudencia Dalloz, relativa al Código Civil (1827) y de los Códigos Anotados Dalloz (1905 - 1907), como complemento al análisis doctrinario.

El Código Civil Francés regula en su artículo 1582, lo relativo al concepto del contrato de compraventa, y en su artículo 1583, lo pertinente a los efectos del mencionado contrato.

Veámos los textos de los referidos artículos:

Artículo 1582: "La compraventa es una convención por la cual uno se obliga a entregar una cosa; y el otro a pagarla.

Puede hacerse por documento auténtico o privado."

Artículo 1583: "Es perfecta entre las partes, y la propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador, con respecto al vendedor, desde el instante en que se conviene sobre la cosa y el

(38) SALEILLES, Raymond. Introduction à l'Etude du Droit Civil Allemand, Página 120. París s/f.

precio, aunque la cosa no haya sido entregada todavía ni pagado el precio."

En la Comisión que elaboró el Proyecto de Código Civil, la Exposición de Motivos del Título IV, Libro III, relativa a la venta, estuvo a cargo, como vimos anteriormente, del Consejero de Estado, señor Portalis, quien efectuó su ponencia en la sesión del 7 ventoso, año XII. Respecto de los artículos 1582 y 1583 del Proyecto, expresó los siguientes conceptos: (39)

"La venta es un contrato por el cual uno se obliga a entregar una cosa, y el otro a pagarla.

Considerados en su substancia, los contratos pertenecientes al derecho natural, y en todo aquello que respecta a sus formas, pertenecen al derecho civil; en materia de venta, como en toda otra materia, esto es el consentimiento, es la fe que hace el contrato; consecuentemente existe una verdadera venta desde el momento en el cual las partes están de acuerdo sobre la cosa y sobre el precio.

Se decide, en el proyecto de ley, que la venta en general se perfecciona, aunque la cosa vendida no haya sido todavía entregada, y el precio no haya sido todavía pagado.

En las primeras épocas, era necesaria tradición y ocupación corporal para consumar una transferencia de propiedad. Nosotros encontramos en la jurisprudencia romana una multitud de reglas y de sutilezas que derivan de estas primeras ideas.

Nosotros citaremos, entre otras, esta máxima: **Traditionibus et non pactis dominia rerum transferuntur**.

En los principios de nuestro derecho francés, el contrato bastaba, y sus principios eran a la vez más conformes a la razón y más favorables a la sociedad. [El subrayado es nuestro].

(39) Recueil (...). Tomo I, Páginas 590 y 591.

Distingamos al contrato en sí mismo, de su ejecución. El contrato en sí mismo está formado por la voluntad de los contratantes. La ejecución supone el contrato, pero ella no es el contrato mismo. [El subrayado es nuestro].

Se es libre de tomar una obligación o de no tomarla pero no se es libre de ejecutarla o de no ejecutarla cuando se le ha tomado. El primer deber de toda persona que se obliga es el de observar los pactos que ella ha consentido, y de ser fiel a la fe prometida. [El subrayado es nuestro].

En la venta, la entrega de la cosa vendida y el pago del precio son actos que vienen en ejecución del contrato, son una consecuencia necesaria del mismo, que derivan de él como el efecto deriva de su causa, y no deben ser confundidos con el contrato. [El subrayado es nuestro].

La obligación está consumada desde que la fe está dada; sería absurdo que se le fuese autorizada a eludir sus obligaciones no ejecutándolas. [El subrayado es nuestro].

El sistema de derecho francés es, por tanto, más razonable que aquél de derecho romano; él tiene su base en las relaciones de moralidad que deben existir entre los hombres.

Este sistema es todavía más favorable al comercio. El hace posible aquello que no lo sería a menudo, si la tradición material de una cosa vendida fuera necesaria para perfeccionar la venta. Por la sola expresión de nuestra voluntad nosotros adquirimos para nosotros mismos y nosotros transferimos a otro todas las cosas que pueden ser el objeto de nuestras convenciones. Se opera por el contrato una suerte de tradición civil que consuma la transferencia del derecho, y que nos da acción para obligar la tradición real de la cosa y el pago del precio. De este modo la voluntad del hombre, ayudada de todo el poder de la ley, supera todas las distancias, remonta todos los obstáculos, y deviene presente siempre, como la ley misma. [El subrayado es nuestro].

La regla que la venta es perfecta, aunque la cosa vendida

no haya sido todavía entregada, y el precio no haya sido todavía pagado, no se aplica más que a las ventas puras y simples, y no a las ventas condicionales o subordinadas a algún acontecimiento particular. Es necesario dirigirse en base a la naturaleza de las condiciones estipuladas, y en base a los principios que han sido establecidos a este respecto sobre las convenciones en general. [El subrayado es nuestro]."

En realidad, hemos querido partir de la propia Exposición de Motivos del *Code*, a fin de ilustrar al lector, desde el principio, acerca de cuál era la concepción habida sobre el particular. Como vemos, de lo dicho por Portalis, resulta evidente una toma de posición muy propia e innovadora por parte de la Comisión del Proyecto de Código Civil. Quisiéramos, a esta altura de nuestro trabajo, resaltar las líneas finales del penúltimo párrafo de la ponencia de Portalis, ya que al otorgar la preminencia que da a la voluntad humana, al extremo de que por ella misma se pueda transferir la propiedad, establece una pauta muy clara del cambio de mentalidad propio del espíritu revolucionario y de una absoluta revalorización del individuo y de su importancia, como tal, en la sociedad.

De todo lo antes señalado, puede decirse, en buena cuenta, que debido a la casi infinita importancia dada entonces al derecho de propiedad, los legisladores podían imaginar la posibilidad de un deudor que incumpliera cualquier obligación que hubiese asumido frente a un acreedor, pero no ocurría lo mismo con relación a la obligación de transferir la propiedad, respecto de la cual no se dejaba al deudor la posibilidad de incumplirla; por lo que se constituyó en una obligación cuya preminencia le dio un carácter muy especial y exclusivo: la de ser la única obligación que la ley no permitía incumplir. A pesar de que en nuestros días este argumento no sea el más adecuado, resulta imposible negar, como veremos posteriormente, que dicho principio pasó sin meditación alguna a muchos países, dentro de los cuales se encuentra el Perú, cuyos Códigos Civiles -sin que esto implique un criterio peyorativo- no han hecho sino repetirlo.

(c.2) El contrato de compraventa y el problema de la transferencia de propiedad en el Derecho Romano y en el antiguo Derecho Francés Pre-napoleónico.

Debido a que el artículo 1582 del Código Civil Francés señala que el vendedor está obligado a "entregar" al comprador el bien vendido, y no especifica los alcances del término "entregar", la doctrina francesa, a pesar de lo señalado por Portalis en la Exposición de Motivos del Código, se llena de dudas respecto de si es que el Código de 1804 continuaba o no con el mismo criterio que el Derecho Romano había seguido sobre el particular.

Veamos por qué la doctrina francesa ingresó a analizar esta supuesta similitud, además de qué consideraba acerca de las características del contrato de compraventa en Roma. Evidentemente, luego de tratar acerca de este particular, abordaremos la relación existente entre ambos Derechos sobre el tema bajo tratamiento.

Según Mourlon[40], los jurisconsultos romanos definían a la venta como el contrato por el cual una de las partes se obligaba a entregar una cosa mediando un precio que la otra prometía pagarle.

Pero, más allá de la definición misma, ¿qué era aquello que entrañaba la celebración de un contrato de compraventa en el Derecho Romano, para la Escuela Exegética Francesa, vale decir, cuáles eran los efectos de la misma?

La respuesta nos la da también el propio Mourlon cuando señala[41] que en el Derecho Romano la venta concluida, o perfecta, producía dos efectos:

1.- Ella producía obligaciones. Su efecto directo, inmediato, era

---

(40) MOURLON, Frédéric. Répétitions Ecrites sus le Code Civil, Tomo III, Página 206. París, 1878.
(41) MOURLON, Frédéric. Op. cit., Tomo III, Página 208.

el de hacer al vendedor deudor de la cosa vendida y acreedor del precio, y al comprador deudor del precio y acreedor de la cosa vendida. De este modo, la venta no era sino una permuta de acreencias. Ella no desplazaba la propiedad, aun cuando ella era hecha a **domino**. La mutación opera **ex post facto**, por consecuencia de ciertos hechos posteriores a la venta, la tradición de la cosa vendida y el pago del precio. Hasta acá, la propiedad permanecía en manos del vendedor, quien, por consiguiente, conservaba el derecho de enaje-narla e hipotecarla. De este modo, la transferencia de la propiedad no era concomitante a la creación de las obligaciones; resultaba, por el contrario, de su pago. Se era entonces vendedor, antes de ser enajenante; comprador, antes de ser adquirente.

2.- Ella ponía los riesgos de la cosa vendida a cargo del comprador, quien, por consiguente, estaba obligado a pagar su precio, aun en el caso en el cual la cosa pereciera antes de la tradición, pero sin falta del vendedor.

El primero de los elementos señalados por Mourlon, en realidad es recogido como uno de los puntos centrales de discusión sobre el tema de este trabajo por la mayoría de autores consultados. Estos sostienen, en abrumador número, que la compraventa en el Derecho Romano no conllevaba la obligación, por parte del vendedor, de transferir al comprador la propiedad del bien vendido, sino la de garantizarle su tranquila y pacífica posesión.

Veámos algunas opiniones.

Mourlon sostiene[42] que el vendedor estaba entonces obligado a entregar la cosa vendida. Pero se pregunta ¿cuál era el sentido de esta palabra entregar?¿Esta obligación era plenamente perfecta por la tradición de la cosa? Considera que no, pues estar obligado a entregar en calidad de vendedor sería estar obligado a procurar al comprador una posesión que se prolonga, una posesión perpetua. En otros términos, esto sería estar obligado a poner al comprador en posesión y de garantizarlo de toda evicción.

(42) MOURLON, Frédéric. Op. cit., Tomo III, Página 206.

Agrega que aquí se detendría la obligación del vendedor. El no estaría obligado de hacer al comprador propietario.

Por otra parte, Baudry-Lacantinerie, en su Manual[43], se expresa en similares términos, cuando sostiene que en Derecho Romano, el vendedor no contrata la obligación de hacer al comprador propietario; él se obliga solamente a hacerle tener la cosa vendida, a procurarle la pacífica posesión a título de propietario. "**Venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat**", dice la ley 30, S 1, D., **De act. empti.** Como el cumplimiento de esta obligación es posible para una cosa de la cual no se es propietario, la venta de la cosa ajena es válida. El comprador puesto en posesión de una cosa tal no puede efectuar ninguna reclamación, en tanto que no sea perturbado en la posesión que él ejerce a título de propietario.

El mismo Baudry-Lacantinerie, esta vez en su Tratado, junto a Saignat, sostiene[44] que en Roma los contratos no transferían nunca la propiedad; el materialismo romano no admitía que la transferencia de la propiedad pudiese resultar de una simple concepción jurídica; un acto material era necesario; se le encuentra, siguiendo los casos y las épocas, en la **mancipatio**, en la **cessio in jure**, en la **traditio usucapion**.

Más adelante[45] agrega que el vendedor no se obligaba a hacer al comprador propietario, a menos que existiera estipulación formal; su obligación se limitaba a hacerle tener la cosa vendida, es decir, a procurarle la pacífica posesión a título de propietario. Dice que resultaría, sin duda, que el vendedor, sobre el cual con-

(43) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Précis de Droit Civil, Tomo II, Página 334. Librairie de la Societé du Recueil Gal - Des Lois et des arrets, París, 1896.

(44) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Traité de Droit Civil, Tomo XIX, Página 3. Librairie de la Societé du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais. Ancienne Maison La Rose et Foicel. París, 1908.

(45) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Traité (...), Tomo XIX, Página 4.

tinuaría reposando el derecho de propiedad, no podría prevalerse para desposeer o perturbar al comprador, que él mismo debía defender a este último contra las perturbaciones de las que él estaba amenazado por parte de terceros; pero en tanto que el comprador no estuviese ni desposeído ni perturbado, él no tendría ninguna acción contra el vendedor, aunque hubiese tenido la prueba de que este último hubiese vendido una cosa de la cual no era propietario.

Marcadé sostiene lo mismo, cuando expresa[46] que en Roma y en el antiguo Derecho Francés, la venta no tenía por efecto, de parte del vendedor, sino el de crear contra él la obligación de procurar al comprador el libre disfrute de la cosa, y no la propiedad de la misma.

Planiol y Ripert van en el mismo sentido. Ellos[47] piensan que en "...la compra-venta romana (...) el vendedor no contraía más obligación que la de asegurar al comprador el disfrute pacífico de la cosa vendida, sin estar obligado a transmitir su propiedad. Indudablemente los romanos no podían concebir una total disociación entre la venta y la trasmisión de la propiedad, puesto que se negaban a admitir como compra-venta el contrato por el cual las partes pactaran que el comprador se convertía en propietario; pero, entendían que la finalidad de la venta quedaba cumplida en cuanto el comprador tenía el libre disfrute de la cosa, aun sin haber adquirido la propiedad. Por esto admitían que la venta de una cosa ajena constituía un contrato lícito y válido; sólo daba lugar a una acción del comprador contra el vendedor en virtud de la obligación de garantía cuando el comprador venía a ser perturbado por el propietario en el libre disfrute de la cosa."

(46) MARCADE, V. Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon, Tomo VI, Página 141. Librairie de Jurisprudence De Cotillon, Rue Des Grès, 16, Près de L' Ecole de Droit. París, 1852.

(47) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Traité Pratique de Droit Civil Français, Tomo X, Página 2. Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence, París, 1927.

Colin y Capitant señalan a este respecto[48] que "La venta romana ni siquiera implicaba la idea de una transmisión de propiedad. El vendedor no se obligaba por ella a transmitir el **dominium**, ya que, en efecto, no todas las cosas eran susceptibles de **dominium**; por ejemplo, los agros provinciales no han podido ser durante muchísimo tiempo más que el objeto de la propiedad bonitaria. Y ciertas personas, los peregrinos, por ejemplo, no eran capaces de adquirir el **dominium**. Ahora bien, la función económica de la venta exigía que pudiera ser accesible a todo el mundo y que pudiera versar sobre toda clase de bienes. De aquí la regla romana de que el vendedor se obliga a transmitir y a garantizar solamente la **vacua possesio**. Esta solución, por lo demás, estaba exenta de inconvenientes, porque si el adquirente no había adquirido la propiedad a partir de la tradición, una prescripción sumamente corta se la confería bien pronto."

Los autores citados señalan también que "... no estará demás recordar la consecuencia de que desde el punto de vista romano, la venta de la cosa ajena era entonces no sólo posible, sino válida además." Y agregan que "Sin embargo, los mismos romanos habían advertido ya que si la transmisión de la propiedad de la cosa vendida puede ser esencial en la venta, es, en cambio, forzosamente propia de su naturaleza, porque lo normal es que el comprador quiera adquirir el máximum posible de derechos sobre la cosa que paga, y decidieron, por tanto, que cuando el vendedor era propietario de la cosa, el comprador susceptible de poder serlo y la cosa apta para la propiedad quiritaria, el comprador tenía derecho de exigir la transmisión de dicha propiedad por medio de la **acción empti**. Y, en efecto, siendo esta acción de buena fe, debía permitir (...) reclamar todo cuanto las partes habían tenido razonablemente en consideración cuando habían contratado."

De todos los autores consultados, es Troplong quien, junto a Colin y Capitant, hace una de las mejores apreciaciones acerca

(48) COLIN Ambroise y CAPITANT Henri. Cours Eléméntaire de Droit Civil Français, Tomo IV, Páginas 6 y 7. Librairie Dalloz, 11 Rue Soufflot, 11, París, 1924.

de los alcances del contrato de compraventa en el Derecho Romano, esto a raíz del texto del artículo 1582 del Código Napoléon. Troplong señala[49] que la norma aludida responde a la idea de Ulpiano, expresada en la ley Número 11, Número 2, Digesto **De act. empt.: "In primis rem proestare venditorem oportet, id est tradere"**; y que sin embargo, los jurisconsultos romanos iban más lejos: ellos decían que el vendedor no estaba obligado a hacer al comprador propietario de la cosa. Siguiendo esta teoría, el vendedor no estaba obligado sino a hacer tradición del objeto vendido, y a defender al comprador de las perturbaciones que le inquietasen; pero él no contrataría la obligación precisa de transferir la propiedad al adquirente. De este modo, si por ejemplo, Titius, hubiese vendido un inmueble del cual se creía propietario, pero que en el acto no le pertenecía, su comprador no habrá tenido el derecho de reclamar ya que él no habrá sido perturbado por el verdadero propietario; pues la venta no obligaba a Titius a investirlo de la propiedad, sino solamente a transferirle todos los derechos y a garantizarlo en caso de evicción.

Troplong agrega que toda esta teoría del Derecho Romano le parecía dominada por la influencia del viejo Derecho Civil de la República, que era esclavo de las palabras y que medía la trascendencia de un contrato sobre la denominación que él tenía en la lengua científica, y no sobre las expresiones sacramentales en las cuales se servía para formarlo entre las partes. Como nada dentro de las fórmulas ordinarias y dentro de la calificación del contrato de venta implicaba precisamente la obligación de transferir la propiedad, como este contrato tenía un sentido real y un fin positivo, aparte de toda necesidad de hacer al comprador propietario inconmutable, se habrá pensado que sería necesario permanecer fuera de esta necesidad, a fin de no hacer decir a las palabras aquello que ellas no expresaban directamente. Casi siempre, en el Derecho Romano, decía, se encuentran los vestigios de estas ideas estrechas, que presidieron a la constitución aristocrática del Derecho Civil en los primeros siglos de Roma, y en el cual los prudentes y los pretores tuvieron tanta inquietud para refres-

(49) TROPLONG. Op. cit., Tomo I, Páginas 5 a 7.

carla. Por lo demás, en los contratos que eran menos romanos (si se puede hablar de este modo), es decir, menos sometidos a las exigencias de este Derecho Civil tan arbitrario y celoso de estas anomalías, se encontrarían principios más amplios y más conformes al Derecho Natural. Es de este modo que en la permuta, era admitido que cada parte debía hacerse respectivamente propietaria de aquello que ella daba y de aquello que recibía.

Guillouard no es tan enfático como los autores antes mencionados, pero parece compartir la misma opinión, al decir[50] que en Derecho Romano, pareciera cierto que el vendedor no estaba obligado a transferir la propiedad, sino solamente a suministrar al adquirente la pacífica posesión del objeto enajenado. Considera que esto es lo que resulta de diversos textos, pero sobre todo del fragmento del jurisconsulto Africain ya visto anteriormente.

De lo expuesto por todos los autores citados, algunos de ellos llegan a sostener que en el Derecho Romano, si se pactaba, dentro de un contrato de compraventa, que operase transferencia de propiedad, éste hubiera sido un contrato innominado.

En adelante las opiniones de Marcadé[51] y Troplong[52], quienes sostienen esta tesis:

"Sin duda se habría podido hacer en Roma un contrato en el cual una de las partes, por el precio de la suma de dinero que la otra le pagase, habría transferido a esta última, o prometido transferirle, la propiedad misma de una cosa; pero este contrato no habría sido nunca el contrato de venta, él habría constituido uno de estos numerosos contratos a los cuales la legislación no ha dado nunca designación particular y que se llamarían contratos innominados: en cuanto a la venta, ella no engendraría contra el vendedor sino la obligación de procurar al comprador la libre posesión del bien" (Marcadé).

(50) GUILLOUARD, L. Traité de la Vente et de L' échange, Tomo I, Páginas 10 y 11. A. Pedone, Editeur, Paris, 1902.
(51) MARCADE, V. Op. cit., Tomo VI, Página 141.
(52) TROPLONG. Op. cit., Tomo I, Página 6.

"Cuando, por una cláusula expresa, el vendedor se obligase a hacer al adquirente propietario, ésta sería una estipulación exorbitante del contrato de venta; el contrato cesaría, él mismo, de ser calificado como venta, él volvería a la clase de los contratos innominados. Esta venta será una obligación **ob rem dati re non secutor**" (Troplong).

La totalidad de autores consultados coinciden en que el Derecho Francés anterior a la vigencia del Código Civil de 1804 recogía, respecto del contrato de compraventa y la transferencia de propiedad, prácticamente, los mismos criterios y principios que el Derecho Romano, cuyas características acabamos de revisar.

En tal sentido, Baudry-Lacantinerie[53] señala que todos estos principios eran admitidos "... en el antiguo derecho francés, no solamente en regiones de derecho escrito, sino inclusive en regiones de costumbres. No era cuestión ni de **mancipatio** ni de **cessio in jure**, pero faltaba la **traditio**, que había devenido en el modo ordinario de traslación, faltaba también la **prescriptio**, que, habiendo tomado el lugar de la **usucapion**, hacía adquirir por la posesión prolongada.

Se sentía, por tanto, que el fin de la venta era el de hacer al comprador propietario de la cosa vendida. También la práctica, tomando la delantera a la legislación, estaba ella llegando a eludir la necesidad de la tradición real, sustituyendo ahí una suerte de tradición ficta: se escribía en las actas de venta unas cláusulas por las que no cabe duda que una tradición tuvo lugar, cuando el comprador no ha hecho todavía algún acto material de toma de posesión; éstas eran las cláusulas de desocupación-ocupación, de vestir-desvestir, suponiendo hecha una tradición que no existía, pero que estaba en la intención de las partes, y la ficción reemplazaría de este modo a la realidad."

Troplong, a su vez, sostiene[54] que cualquiera que sea, la

(53) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Traité (...), Tomo XIX, Página 4.
(54) TROPLONG. Op. cit., Tomo I, Página 7.

doctrina expuesta sobre los efectos de la venta en el Derecho Romano pasa completa al antiguo Derecho Francés, bajo los auspicios de Dumoulin y de Pothier.

Duranton se enmarca dentro del criterio de los dos autores citados. Sus expresiones son igualmente claras. El recuerda[55] que las disposiciones del Derecho Romano a este respecto eran seguidas por la antigua jurisprudencia francesa, del modo que se puede ver en el Tratado del Contrato de Venta de Pothier; el vendedor por la naturaleza del contrato de venta, no se obligaba precisamente a hacer al comprador propietario de la cosa vendida; él se obligaba solamente a efectuarle la entrega, y a hacerle gozar de la misma libremente; a defenderlo, en caso de perturbación por parte de un tercero que pretendiese tener derechos sobre la cosa, y a garantizarla en caso de evicción total o parcial. Es esto lo que los jurisconsultos romanos entendían por estas palabras: "**Venditor tenetur rem emptori proestare ut eam habere illi liceat.**" La venta de cosa ajena era, por tanto, perfectamente buena: "**Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est, nam emptio est et venditio; sed res emptori auferri potest.**" De donde se concluiría que el vendedor que había vendido de buena fe la cosa ajena, no podía ser demandado por el adquirente en tanto que éste no era perjudicado en su posesión. El efecto de esta venta y tradición, que constituia al comprador **in causâ usucapiendi**, había parecido a los jurisconsultos romanos bastante bueno, para que ellos rechacen al comprador toda acción en tanto que él no sea perturbado, a menos que el vendedor hubiese vendido sabiendo que ésta era la cosa de otro, a alguien que ignoraba esta circunstancia, en tal caso que su mala fe le hiciese pasible de la acción de daños y perjuicios por parte del comprador, aun antes que éste fuese molestado por el propietario. Toda esta doctrina está claramente establecida por el jurisconsulto Africain, en la ley No. 30, S I, ff. **de actionibus empti et venditi**, cuyos términos ya conocemos.

Guillouard es también del mismo criterio, pero anota[56] que

(55) DURANTON. Op. cit., Tomo IX, Página 6.
(56) GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 11.

ya en el último estado del antiguo Derecho Francés, la opinión contraria a los principios romanos se había hecho actual, pues los antiguos jurisconsultos franceses habían visto bien el fin que las partes se proponían en el contrato de venta, siendo finalmente la transferencia de la propiedad; y que ellas obligaban al comprador a operarla.

En realidad, cuando los autores de la Escuela Exegética Francesa hacen mención a las tesis del antiguo Derecho Francés, se refieren, básicamente, a las posiciones de Pothier -el máximo exponente de esta etapa del Derecho en ese país (siglo XVIII)-, Argou y Bourjon.

En las siguientes líneas, ensayaremos rescatar algunas de las posiciones de estos juristas, a veces olvidados injustamente, cuando tratamos acerca del Derecho Francés.

Baudry-Lacantinerie[57] señala que Bourjon escribía: "El principal efecto de la venta de un inmueble está en hacer pasar la propiedad y el disfrute de éste en la persona del adquirente; esta tradición es su fin" (Bourjon. Derecho Común de Francia, libro III, capítulo IV, sección #1) y Argou: "La venta, entre los romanos, obligaba al vendedor a la tradición, entre nosotros ella transfiere la propiedad" (Argou. Institución en el derecho francés, libro III, capítulo XXIII).

Esta opinión de Bourjon también es recogida por Guillouard[58], quien además recuerda el parecer de Argou, en el sentido que la venta es "Una convención de dar una cierta cosa por un cierto precio", considerando esta definición como la traducción del **dare** del Derecho Romano.

Baudry-Lacantinerie agrega[59], sin embargo, que estas ideas nuevas no expresaban todavía el verdadero estado de la legislación, que eran desiderata antes que verdades y Pothier, quien las resumía más exactamente, definía la venta como los jurisconsultos romanos y no haciendo un acto traslativo de propiedad. "La venta, dice él, es un contrato por el cual uno de los contratantes, quien es el vendedor, se obliga respecto del otro a hacerle tener libremente, a título de propietario una cosa por el precio de una cierta suma de dinero, que el otro contratante, quien es el comprador, se obliga recíprocamente a pagarle."

(57) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Traité (...), Tomo XIX, Páginas 4 y 5.
(58) GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 11.
(59) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Traité (...), Tomo XIX, Páginas 10 y 11.

Y comentando su definición, Pothier decía: "Yo he dicho de hacerle tener a título de propietario. Estos términos, que respondían a esto de aquí: **proestare emptori rem habere licere**, limitando la obligación de entregar la cosa al comprador y aquella de defenderlo, después que ella le ha sido entregada, de todas las perturbaciones por las cuales se le impediría poseer la cosa y comportarse como propietario; pero ello nos limitaba la obligación precisa de transferirle la propiedad".

Añade Baudry-Lacantinerie que Pothier reconocía, es cierto, un poco lejos que "es muy de la esencia del contrato de venta que el vendedor no quiera retener el derecho de propiedad de la cosa que vende, ya que él es el propietario y él está obligado, en este caso, a transferirla al comprador. Pero no es la venta la que opera esta transmisión, y si el vendedor había vendido una cosa de la cual él no era propietario, él no estaría obligado sino a defender al comprador contra todos aquellos que quieran hacerle abandonar o ceder la cosa e impedirle comportarse como propietario."

Laurent[60] señala que, a su entender, la definición otorgada por el artículo 1582 del Código Napoleón es la definición de Pothier, pero Pothier, como siempre, es más exacto y más completo, a riesgo de ser extenso. El no dice que el vendedor se obliga solamente a entregar; precisa la obligación diciendo que aquél se obliga respecto del comprador a hacerle tener la cosa libremente, a título de propietario, y precisa también la obligación

(60) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVI, Página 107.

del comprador, que no es solamente la de pagar, sino pagar una cierta suma de dinero.

Laurent se pregunta "¿Qué es aquello que Pothier entiende por estas palabras: 'De hacerle tener la cosa libremente a título de propietario'? ¿Esto quiere decir que el vendedor está obligado a transferir al comprador la propiedad de la cosa que constituye el objeto del contrato?." La respuesta para el mencionado tratadista, es la negativa, pues considera que Pothier tiene cuidado de agregar la explicación de que el vendedor se obliga a entregar la cosa al comprador y a defenderlo de todas las perturbaciones por las cuales se le impediría poseerla como propietario. Lo señalado por Laurent se basa en el siguiente razonamiento de Pothier, que éste y Guillouard[61] recogen:

"Es bien de la esencia del contrato de venta, (...) que el vendedor no quiere retener el derecho de propiedad de la cosa que él vende, cuando él es el propietario, y que él está obligado, en este caso, a transferirla al comprador. Pero, cuando el vendedor no es el propietario, él no se obliga a transferir la propiedad de la cosa; él está solamente obligado a defender al comprador contra todos aquellos que quisieran hacerle desposeerse de la cosa e impedirle comportarse como propietario."

(c.3) **Alcances de la definición del contrato de compraventa en el Código Civil Francés**

Nosotros ya hemos visto cuál era la definición contenida en el artículo 1582 del Código Napoléon acerca de la compraventa, además de haber citado la opinión del ponente del Título respectivo en la Comisión que elaboró el Proyecto de dicho Código. De esas palabras también pudimos deducir que la Comisión había querido introducir verdaderas reformas radicales en lo que se refiere a la concepción que sobre dicho contrato se venía manejando en el antiguo Derecho Francés.

(61) GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Páginas 10 y 11.

Sin embargo, existió un renombrado autor francés que consideraba que el Código en realidad no había operado ninguna modificación radical al respecto, sino que más bien continuaba dentro de la línea tradicional, proveniente del Derecho Romano. Este autor era Toullier. Su posición es mencionada, comentada y criticada por tres de los principales tratadistas franceses: Marcadé, Troplong y Baudry-Lacantinerie.

Baudry-Lacantinerie[62] señala que, a pesar de los textos de la Comisión a cargo del Proyecto, Toullier sostiene que el Código Civil no había conferido a la venta ningún carácter nuevo, y que, como en el Derecho Romano y en el antiguo Derecho Francés, la naturaleza del contrato de venta consiste no en transferir la propiedad de la cosa vendida, sino en hacer tener al comprador a título de propietario, **ut rem emptori liceat, non etiam ut ejus faciat.**

De acuerdo con ellos, esta opinión, desde hace largo tiempo abandonada, se fundaba, casi exclusivamente, sobre la definición defectuosa dada por el artículo 1582, que no impone al vendedor otra obligación que aquella de entregar la cosa, no aquella de hacer propietario al adquirente. Pero este artículo no está aislado. El artículo 711 enumera entre los modos de adquisición de la propiedad, el efecto de las obligaciones, lo que prueba que la traslación no está más subordinada al hecho material de la tradición; el artículo 1138 declara que la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes y que ella hace al acreedor propietario; y por último, el artículo 1583, específico para el contrato de venta, no permite dudas acerca de que la transferencia de la propiedad sea una consecuencia inmediata del contrato de venta, él mismo, independientemente de toda tradición.

Marcadé refiere[63], respecto de la posición de Toullier, que si se tiene al artículo 1582 aislado de aquellos que explican su pensamiento, se podría creer que consagra esta antigua naturaleza

(62) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Traité (...), Tomo XIX, Página 11.
(63) MARCADE, V. Op. cit., Tomo VI, Página 141.

de la venta, ya que la define como una convención por la cual uno se obliga a entregar una cosa, y esto es, en efecto, un simple derecho de disfrute y de posesión, pero considera que sostener esto constituye un grave error.

Sin embargo, la posición más clara y determinante en el sentido de que el Código ha roto por completo con los antiguos principios tradicionales, es sostenida y elaborada por Troplong[64]. Dada la importancia de los argumentos de Troplong, hemos decidido transcribir el tenor íntegro de sus palabras respecto de este tema:

"El señor Toullier ha buscado restaurar sobre este punto, en su XIV y último volumen, la teoría contraria que yo considero como anticuada, desde todo punto de vista. La gran autoridad en la cual juegan las opiniones del señor Toullier harían mi demostración incompleta, si yo no establezco, en esta circunstancia, que este docto autor no ha permanecido fiel al espíritu de la sana crítica que le ha hecho, tan a menudo, descubrir las innovaciones y los progresos del Código. Yo estoy, por tanto, forzado de aportar algunas pruebas a aquellas que yo ya he deducido. Este punto es fundamental: él domina toda la materia de la venta, y no sería posible hacerse ideas justas sobre el más frecuente de todos los contratos, si un principio tan esencial permaneciese obscuro y dudoso.

En primer lugar, yo dejaría al señor Toullier combatir al autor del nuevo Denizart, que habría buscado escapar a la antigua doctrina, poco satisfactoria para su razón. Que este jurisconsulto ha estado mejor servido por la intuición de su buen sentido que por su análisis y su crítica; que él ha dado argumentos más o menos débiles en apoyo de una idea que el genio filósofico de Grotius había abrigado como verdadera, lo que importa poco hoy en día. El Código Napoléon ha dicho: él sólo debe ser el centro de la discusión.

(64) TROPLONG. Op. cit, Tomo I, Páginas 5 y siguientes.

El artículo 1599, que ha declarado nula la venta de la cosa ajena, ha operado una innovación remarcable en el derecho francés. Yo he buscado más alto para explicar su trascendencia; y, siempre restringiéndolo en sus justos límites, he demostrado que él engendra graves consecuencias, y que él no ha sido colocado en el Código como una disposición inerte y parasitaria. Ya que la venta de la cosa ajena es nula, se sigue que el vendedor que no transmite a su comprador un derecho de propiedad pleno y no equívoco, no satisfacerá a su principal obligación, y que él se expone a una acción de nulidad. ¿Cuál es la sanción de una venta nula? Es una acción de nulidad. Si el vendedor cede una cosa que no le pertenece, si el adquirente no es investido de la propiedad, si él está amenazado por el derecho de un tercero, verdadero propietario, el contrato es nulo, y el adquirente puede perseguir el aniquilamiento de la venta contra el vendedor que no ha cumplido sus obligaciones. Esta idea fluye con evidencia, no solamente del artículo 1599 del Código Napoleón, sino también de muchos otros que la confirman. Yo citaría 1o. el artículo 1583, que quiere en tanto que haya convención sobre la cosa y sobre el precio que la propiedad sea adquirida de derecho al adquirente; 2o. el artículo 1604, que define la entrega como el transporte de la cosa en el disfrute (**puissance**) del comprador, y yo vengo de decir que esta palabra (**puissance**) tiene una gran energía, que no puede hacer alusión sino al derecho de propiedad; 3o. el artículo 1653, que mira un justo temor de la evicción como suficiente para autorizar la retención del precio entre las manos del comprador, y he mostrado que este artículo excede acá en protección y en favor de las leyes romanas de la antigua jurisprudencia, que exigía que el asunto de la propiedad fuese levantado.

De acuerdo a estas disposiciones, concluyo al respecto en que el Código Napoleón ha entrado en las vías de un perfeccionamiento reclamado por los jurisconsultos, los filósofos, y que él ha proscrito la sutileza de las leyes romanas, popularizadas en Francia por Pothier.

El señor Toullier no ha centrado su atención sobre los matices que se tocan en los artículos 1583, 1604 y 1653. El se ha dejado dominar exclusivamente por algunos artículos impregna-

dos de una terminología incompleta, valorada en Pothier (artículos 1603 y 1582), pero que deben ser explicados por otras disposiciones más precisas y más exactas. Una sola objeción ha tocado el señor Toullier, aún cuando esté lejos de ser la única: esta es que toma su punto de apoyo en el artículo 1599 que declara nula la venta de la cosa ajena. Es muy grave en efecto para tener escape a esta sagacidad. ¿Pero cómo ha respondido el señor Toullier? Yo no temo decir que es por un error capital. El artículo 1599 dice él, no autoriza al adquirente a demandar la resolución (habría que decir, mas bien, la nulidad): la acción de daños y perjuicios es la única que él da al comprador que ha ignorado que la cosa no pertenecía al vendedor. ¡¡¡El no le da la acción de resolución, porque la naturaleza del contrato de venta no es precisamente la de transferir la propiedad de la cosa vendida, sino de hacerla tener al comprador a título de propietario!!!

Vean, es necesario reconocer, una sorprendente proposición. ¡¡¡La cual pues, no termina de perturbar el buen sentido por esta doctrina a todas luces irracional que quiere que aquél que no compre sino para devenir en propietario no pueda exigir que su vendedor lo invista de la propiedad; es necesario, inclusive pedir un nuevo sacrificio a la lógica e ir hasta pretender que una venta declarada nula por la ley no engendra acción de nulidad, todo para perpetuar sutilezas desde hace largo tiempo proscritas por la razón moderna e incompatibles con el ingenioso y simple derecho del Código Napoléon!!! Es cierto que el artículo 1599, después de declarar la nulidad de la venta de la cosa ajena, agrega: ella podrá dar lugar a daños y perjuicios cuando el comprador ha ignorado que la cosa era de otro. ¿Pero esto equivale a decir que el comprador no tendrá sino una acción de daños y perjuicios, que él no podrá hacer romper un contrato viciado en su origen, y que él deberá permanecer bajo los peligros o temores que le impiden encariñarse a su propiedad y hacerla estéril en sus manos? Para que un resultado tan peligroso para el comercio y el derecho de propiedad fuese admitido, sería necesario que se le encontrase escrito en la ley en términos positivos. Pero quien no ve que el artículo 1599 la rechaza al contrario de todas sus fuerzas, que él coordina la acción de daños y perjuicios con la acción de nulidad, que en una palabra, el comprador tiene a la vez: 1o. el derecho

de sustraerse a un mal negocio y a una fuente de proceso por la acción de nulidad; 2o. el derecho de demandar daños y perjuicios a su vendedor que ha faltado a sus obligaciones. ¡Qué sería esto, yo lo pregunto, sino una nulidad que dejaría subsistir el acto con todos sus inconvenientes y sus riesgos, nulidad puramente nominal y ociosa, y verdadera ilusión consagrada por la ley! ¿Se puede concluir en que una nulidad sea declarada de derecho (de oficio) y que el legislador se opone a que ésta sea perseguida y obtenida? ¿No es contradictoria al primer punto principal querer que en el mismo artículo la nulidad sea escrita en términos formales y borrada en la línea siguiente, probablemente como un error o una distracción?. Pues, no hay que equivocarse con esto, la acción de daños y perjuicios no está siempre fundada sobre una nulidad, y ahí hay una multitud de ejemplos en donde hay lugar a reparaciones pecuniarias, aun cuando el contrato sea válido en sí mismo. No es, por tanto, exacto el sostener que los daños y perjuicios pueden ser la sola sanción de una disposición prescrita por la ley bajo sanción de nulidad. Ahí donde hay nulidad pronunciada, es necesaria una acción que sirva de correlato y haga caer el acto; la reparación del daño no es sino algo accesorio.

Por lo demás, no puede impedirse reconocer que, ya que la venta de la cosa ajena es nula, el adquirente tiene el derecho de exigir que el vendedor no le transmita sino un objeto del cual es realmente propietario. Ahora bien, si el vendedor falta a esta obligación, ¿no está ahí el artículo 1184, que a falta del artículo 1599, autorizaría al comprador a demandar la resolución? De este modo, sea por la acción de nulidad, sea por la acción de resolución, el comprador tiene el medio infalible de sustraerse a la influencia de la antigua jurisprudencia, muy fácilmente adoptada por el señor Toullier.

Yo no recordaría, por lo demás, las opiniones de los oradores del Tribunal, que he citado en apoyo de mi sentimiento. Pero yo agregaría una observación. ¿No es cierto que, en el contrato de permuta, la propiedad debe efectiva y necesariamente pasar a quien la recibe? **Itaque Pedius ait: alienam rem dantem nullam contraere pernintatu rem** (L.1, # 3, D. **De rer, perm**).

¿No ocurre lo mismo en la dación en pago? Ahora bien, ¿por qué sería distinto en la venta, que tiene con la permuta y la dación en pago las más grandes analogías?

¿Es necesario continuar, bajo el Código Napoléon, sometiéndolas a la tortura de mantener las distinciones que el espíritu comprende apenas y que la razón niega altamente?

Yo haría remarcar para terminar, que el señor Toullier no ha sido arrastrado en el error que yo vengo de señalar sino porque él ha visto a Pothier como el verdadero comentarista de los artículos 1582, 1583, 1604 y 1653 del Código Napoléon. Yo he tenido, por tanto, razón de insistir en mi prefacio sobre la necesidad de ponerse en guardia contra tan gran número de opiniones enseñadas por el ilustre autor del Tratado de las Obligaciones, y que no cuadran más con las teorías avanzadas del Código Napoléon. Cuando se ve un escritor de la fuerza del señor Toullier dejarse equivocar por esta autoridad algunas veces intempestiva y tomar por el espíritu inspirador del Código Napoléon el contrario que éste tiene, rechazando por disposiciones positivas, es necesario sorprenderse (...).

Debo agregar, además, que el continuador de Toullier, el señor Duvergier, se ha pronunciado también contra su teoría."

Hasta aquí las expresiones deTroplong.

(c.4) Características del contrato de compraventa en el Código Civil Francés.

Mourlon[65] señala que en Derecho Francés, la venta concluida puede producir hasta tres efectos: primero, crear obligaciones; segundo, transferir la propiedad; tercero, poner los riesgos de la cosa vendida a cargo del comprador.

(65) MOURLON, Frédéric. Op. cit., Tomo III, Página 209.

Pero agrega que estos tres efectos no se encuentran siempre reunidos. La venta es algunas veces solamente productiva de obligaciones, y otras veces traslativa de propiedad, al mismo tiempo que creadora de obligaciones con o sin riesgos para el comprador. [El subrayado es nuestro].

Expresa, sin embargo, que los tres efectos están reunidos cuando la venta pura o a término tiene por objeto un cuerpo cierto del cual el vendedor es propietario. Esta venta obliga al vendedor a entregar y a garantizar la cosa vendida, y al comprador a pagar el precio. Además, ella hace al comprador propietario. La transmisión de propiedad es entonces un efecto tan directo, tan inmediato, como la creación de las obligaciones. La propiedad pasa del vendedor al comprador por el solo efecto de la venta; sin que haya necesidad ni de la tradición ni del pago del precio. Se es entonces **alienatur** al mismo tiempo que vendedor, adquirente al mismo tiempo que comprador, tal como lo establecen los artículos 711 y 1138. [El subrayado es nuestro].

Por nuestra parte, creemos que Mourlon confunde a la obligación de transferir propiedad con el contrato mismo.

(c.5) Bondades que la Escuela Exegética atribuye al sistema de transferencia de la propiedad adoptado por el Código Civil Francés.

La totalidad de autores consultados coincide en que el Sistema adoptado por el Código Napoléon reviste algunas considerables ventajas si se le compara con aquel adoptado por el Derecho Romano y que venía siendo asumido por el correr de los siglos en el antiguo Derecho Francés.

Pero, concretamente, estas ventajas se reducen a un cambio radical de concepción respecto del contrato de compraventa en sí mismo, así como también en lo que se refiere a la transferencia de la propiedad. Veamos ambos casos.

En lo que respecta al contrato de compraventa en sí mismo,

éste, como vimos, antes sólo generaba, por parte del vendedor, la obligación de entregar al comprador el bien vendido y garantizarle su perpetua y pacífica posesión, protegiéndole de todos cuantos quisieran perturbarlo en la misma. Vale reiterar que el comprador no se obligaba a transferir propiedad. En el Código Civil, el vendedor sí se obliga a transferir la propiedad del bien al comprador.

Y adicionalmente, dicha transferencia de propiedad no opera por el cumplimiento de ningún modo distinto al contrato mismo, vale decir, los diversos modos formularios del Derecho Romano, sino que opera única y exclusivamente en virtud de la celebración del propio contrato y el surgimiento de la obligación de transferir propiedad, con respecto al vendedor (ya que con respecto de terceros se plantean algunos problemas que analizaremos posteriormente).

(c.5.1) *Obligación de transferir propiedad.*

Respecto de la obligación de transferir la propiedad que genera el contrato de compraventa en el Código, Aubry y Rau[66] resultan ser los primeros autores en señalar el criterio que acabamos de exponer.

Por otra parte, Troplong[67] dice que si se compara el texto del artículo 1582 con muchos otros de los cuales él no debe ser separado, se convendrá en que el Código Napoléon ha sido concebido bajo la influencia de ideas distintas a las del antiguo Derecho Francés, y que él ata a la venta la obligación de transferir al comprador la propiedad misma y no solamente el uso pacífico de la cosa.

Considera que el artículo 1583 pareciera conducir a este resultado: "La venta es perfecta entre las partes y la propiedad es

(66) AUBRY,C. y RAU, C. Cours de Droit Civil Français, Tomo IV, Página 331. Imprimerié et Livrairie Géneral de Jurisprudence Marchal, Billard et Cie. Imprimeurs Editeurs, París, 1871.
(67) TROPLONG. Op. cit., Tomo I, Páginas 7 y 8.

adquirida de derecho al comprador, respecto del vendedor, desde que se ha convenido sobre la cosa y el precio; de donde la convención contiene la obligación implícita de hacer pasar al comprador la propiedad de la cosa que le ha sido entregada, y no se puede más decir, como Africain, **non etiam ut ejus faciat**. El artículo 1662 confirma inclusive esta conclusión. Ella es corroborada por el artículo 1604, que define la entrega, el transporte de la cosa vendida en disfrute (**puissance**) y posesión del comprador. Esta palabra (**puissance**), de la cual no se encuentra el equivalente en ningún texto tomado de las leyes romanas, ni en las definiciones que Pothier, guía ordinaria de los redactores del Código Napoléon, da de la entrega de la cosa, es de una energía considerable. Troplong piensa que éste no es solamente un derecho de posesión tan largo como posible, aquel que el legislador enfoca en la entrega; él ahí ve alguna cosa más: él quiere que el comprador tenga sobre la cosa un derecho de disfrute (**puissance**), es decir todo aquello que él tiene de más eminente en las relaciones del hombre con la cosa, o en otros términos, un derecho de propiedad."

Marcadé sostiene[68] que la antigua naturaleza del contrato de venta, ya criticada otras veces por muchos de los autores franceses, ha sido repudiada por el Código y es hoy en día la transmisión de la propiedad de la cosa vendida la que constituye el objeto del contrato de venta: ni los trabajos preparatorios del Código ni su texto mismo permiten dudar de esto. De una parte, en efecto, ha sido dicho y repetido, al momento de la confección del Código, que la transmisión de propiedad es hoy en día el objeto de la venta, que es esta la única finalidad de este contrato. De otro lado, se sabe que el Código entiende generalmente por obligación de entregar, la obligación de transferir la propiedad, como lo prueba el artículo 1138, el cual, después de haber dicho que toda obligación de entregar se perfecciona por el solo consentimiento, agrega como consecuencia, que ella hace al acreedor propietario de la cosa desde el instante en el cual esta última haya sido entregada. Y este es el que considera el sentido del artículo 1582,

(68) MARCADE, V. Op. cit., Tomo VI, Páginas 141 y 142.

pues el artículo 1583 agrega inmediatamente que, a partir de la venta, esta convención de entregar, es perfecta por el acuerdo de las partes sobre la cosa y sobre el precio: la propiedad la adquiere el comprador. Marcadé señala que es, por último, por aplicación de este nuevo principio que la venta de la cosa ajena, válida en Roma y en el antiguo Derecho Francés, es declarada nula en el Código (artículo 1599). Señala que cuando, en efecto, el vendedor no estaba obligado sino a procurar al comprador la libre posesión y disfrute de la cosa, él no tenía necesidad de ser propietario, y el comprador, con tal que no fuese perturbado en su posesión, no tenía qué reclamar; pero hoy en día que el vendedor debe transferir la propiedad, es necesario que la tenga él mismo (ya que no se puede dar aquello que no se tiene), y hay desde entonces nulidad de la venta de bien ajeno. Señala, por último, que todos los comentaristas del Código, aun el continuador y anotador de Toullier, el señor Duvergier, reconocen el cambio traído sobre este punto a los antiguos principios. [El subrayado es nuestro].

El mismo razonamiento es compartido, en términos generales, por Colin y Capitant, quienes sostienen[69] que con el Código no sucede lo mismo que en el antiguo Derecho Francés, ya que la compraventa es, por sí misma, traslativa de propiedad. Señalan que el artículo 1583 resulta una aplicación del 1138, cuando expresa que "La venta es perfecta entre las partes, y la propiedad queda adquirida de pleno derecho por el comprador, con respecto al vendedor, tan pronto como hay convención firme sobre la cosa y sobre el precio, aunque dicha cosa no haya sido todavía entregada ni el precio satisfecho". Apunta que este texto viene a rectificar al artículo 1582, el cual, a pesar de la nueva mentalidad de los codificadores de 1804, ha sido concebido y expresado de conformidad con la antigua ideología romana. No obstante ello, los autores citados confunden el contrato y la obligación que constituye su objeto.

Para algunos comentaristas del Código, en argumento que

(69) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Tomo IV, Página 6.

nos parece bastante coherente, este cambio de concepción del contrato de compraventa, fue realizado obedeciendo a la que por regla general es la intención de las partes contratantes de un contrato de esta naturaleza, es decir, el que la propiedad del bien sea adquirida por el comprador.

En opinión de Demante y Colmet de Santerre[70], si se consultase la probable intención de las partes al celebrar un contrato de compraventa, se puede decir que, casi siempre, el comprador pretende adquirir una acreencia de propiedad, **y que el vendedor sabe que él se obliga a transferir una propiedad**. El Código Civil ha tomado ese hecho en consideración, pues declara nula la venta de la cosa ajena, de la que el Derecho Romano y el antiguo Derecho Francés reconocían la validez. No se comprendería esta nulidad de la venta de la cosa ajena, si no se le apoyase sobre la idea de que el vendedor ha tomado una obligación que él no puede cumplir, la obligación de hacer al comprador propietario del bien. [El subrayado es nuestro].

Este razonamiento también es compartido por Guillouard[71], quien señala que no basta, como en el arrendamiento, que el adquirente tenga la pacífica posesión del objeto enajenado; él ha querido algo adicional, el dominio de este objeto, **plena in re potestas**.

De similar parecer es Duranton[72] , cuando dice que la obligación del vendedor de entregar la cosa, no es de la naturaleza de aquella de un locador, que se obliga también a entregar la cosa arrendada al locatario para que éste pueda gozar de la misma; ella es de entregarle la cosa para que él la tenga a título de propietario, a fin de poder disponer de ella como desee.

Demante y Colmet de Santerre, por su parte, agregan que es necesario, entonces, reconocer que ordinariamente, de su na-

(70) DEMANTE, A.M. y COLMET SANTERRE, E. Cours Analytique de Code Civil, Tomo VII, Páginas 2 y 3. Paris, 1887.
(71) GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 12.
(72) DURANTON. Op. cit., Tomo IX, Página 6.

turaleza, la venta implica obligación por parte del vendedor de transferir la propiedad de la cosa vendida, produciendo como consecuencia, que el comprador podría perseguir al vendedor, antes, inclusive, de ser perturbado, desde cuando se le haya vendido una cosa de la cual no se le haya hecho propietario. [El subrayado es nuestro].

Sin embargo, Demante y Colmet de Santerre, sin compartir la opinión de otros autores, señalan que apoyan esta interpretación del contrato de venta, sobre la intención probable de las partes y sobre el artículo 1599, pero no sobre los artículos 711 y 1138, pues juzgan que estos artículos, si bien dicen que la convención transfiere la propiedad, no han tratado acerca de la pregunta que ellos mismos han planteado, porque suponen una convención por la cual una persona se obliga a transferir la propiedad, y la pregunta está justamente en saber si la venta es una de estas convenciones.

Laurent[73] también fundamenta su conclusión en el sentido que el Código innova la definición de la compraventa romana, básicamente en el artículo 1599, relativo a la venta de cosa ajena. Así, señala que si el Código declara nula la venta de la cosa ajena, es necesario que la obligación del vendedor no se limite a hacer tener la cosa al comprador, sino que ella debe consistir en transferirle la propiedad. De este modo, Grenier, el orador del Tribunal, explica el artículo 1599: "Siguiendo el derecho romano, el vendedor y el adquirente pueden respectivamente vender y comprar la cosa que ellos habían sabido no pertenece al vendedor. Laurent opina que esta legislación ha parecido contraria al verdadero principio de la venta. Su única finalidad debe ser la transmisión de propiedad. Entonces, ha parecido más conforme a la naturaleza de las cosas el anular la obligación como venta." [El subrayado es nuestro].

Otro autor que recoge la misma fundamentación es Duranton[74], al decir que en razón de la disposición del artículo

(73) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XXIV, Páginas 6 a 8.
(74) DURANTON. Op. cit., Tomo IX, Página 7.

1599, el cual sostiene que la venta de la cosa ajena es nula, no es dudoso que la obligación del vendedor no sea el conferir al comprador la propiedad de la cosa vendida, salvo cláusula en contrario, por ejemplo, por el efecto de las estipulaciones de no garantía (**non garantie**). [El subrayado es nuestro]

No obstante, como lo hemos manifestado, no todos los autores franceses estuvieron de acuerdo con el cambio operado respecto del modo de transferir la propiedad. Théophile Huc[75] nos recuerda la opinión de Bonnier, quien escribió que despojar a la propiedad de su carácter absoluto es quitarle su esencia misma. Bonnier decía que se es propietario o no se es; que era imposible concebir un verdadero derecho real, un **jus in re** que sólo existe para un individuo. Bonnier se cuestionaba acerca de lo particular que sería un derecho real que permita a su titular triunfar únicamente respecto de la persona que especialmente se ha obligado con él. ¿Acaso no le bastaba al acreedor la acción personal para obtener la condena de su deudor? Se pregunta si es necesario afirmarme "propietario" para hacer que quien me debe un cuerpo cierto, lo entregue **manu militare**.

Agrega Huc que, por consiguiente, se debe reconocer, junto con Bonnier y con muchos otros, este famoso y tan difundido sistema de la transmisión de la propiedad por el efecto de las obligaciones, como "este gran principio de la sociedad moderna", como lo calificaba Demolombe, tan grande que según Larombiére "El Código Civil no habría introducido ninguna parte de cambio tan seria, ni tan fecunda en consecuencias, como este principio; decimos nosotros: no es más que una de esas redundancias, una de esas sutilezas pueriles, **idola fori**, que hizo desterrar una legislación seria".

(c.5.2) *En la compraventa la obligación de enajenar transmite de inmediato la propiedad.*

Respecto de la característica de la compraventa consistente

(75) HUC, Théophile. Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil,

en que transmite de manera inmediata la propiedad del bien, esta resulta siendo, sin lugar a dudas, la consecuencia e innovación más importante y tal vez más temeraria, introducida por el Código Francés. Esta innovación ha generado una de las más grandes y extensas polémicas del Derecho Civil contemporáneo, tal como señalamos en páginas anteriores.

En este sentido, la norma del artículo 1583 es tan clara, al igual que los comentarios de los miembros de la Comisión del Proyecto de Código Civil, que prácticamente ninguno de los tratadistas franceses cuestionan el punto central de este principio.

En primer término, deseamos señalar la definición que Colin y Capitant[76] otorgan a la compraventa en el Derecho Francés del Código Civil. Ellos, como veremos a continuación, ponen bastante énfasis en el hecho de que en virtud del mismo contrato se transfiere la propiedad del bien. Veamos:

"Jurídicamente se define la compraventa: el contrato por medio del cual una persona, llamada vendedor, transmite a otra, que se llama comprador, y le garantiza la propiedad de una cosa -o de un modo más general de un derecho cualquiera-, a cambio de un precio en metálico que el comprador se obliga a entregarle."

Así también, Baudry-Lacantinerie, en su Tratado de Derecho Civil[77], señala que los trabajos preparatorios del Código Civil no dejan lugar a duda sobre la voluntad del legislador. En tal sentido cita las palabras de Portalis que vimos en su oportunidad. Además agrega que el tribuno Faure, en su informe al Tribunal, decía, el 12 ventoso, año XII, que "desde que se conviene sobre la cosa y sobre el precio, la venta es perfecta; el adquirente deviene propietario del objeto vendido". Y por último, el tribuno Grenier, en su

---

Tomo VII, Páginas 148 y 149. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897.

(76) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Página 5. Institulo Editorial Reus, Madrid, 1955.

(77) BAUDRY - LACANTINERIE, G. Traité (...), Tomo XIX, Páginas 11 y siguientes.

informe a nombre del Tribunal decía, en la sesión del 15 ventoso, año XII: "El consentimento, por sí solo, importa transmisión de propiedad."

Agrega el citado autor que estas palabras no provocarían ninguna oposición; pues ellas expresaban la opinión de los legisladores de entonces, quienes, imbuidos de ideas nuevas, querían asignar a los contratos el efecto traslativo que el pasado les había rechazado, y que en el artículo 1599 extraerían del nuevo principio una consecuencia lógica, declarando nula la venta de la cosa ajena y afirmando que el único fin de la venta es la transmisión de la propiedad, tal como expresaba Grenier al Tribunal. La transmisión de propiedad es el objeto de la venta, decía Faure, lo que conducía a no admitir este contrato cuando ese resultado fuese imposible.

En realidad, como anota Baudry-Lacantinerie, el asunto no se discute más hoy en día, y si el artículo 1582 da una definición incompleta de la venta, se está de acuerdo en encontrar el complemento en el artículo siguiente. La idea de venta se liga de tal modo a la idea de transmisión de propiedad, que se confunde de modo corriente el término vender con el término enajenar, y el comprador es comúnmente llamado adquirente por la propia ley francesa, como ocurre en los artículos 1614, 1617, 1618, 1619, 1620, 1621, 1622, 1624, 1625, 1626, 1629, 1630, 1633, 1634, 1635, 1636, 1637, 1638, 1646, 1648, 1655, 1656, 1662, 1664, 1665, 1667, 1670, 1671, 1672, 1673, 1681 y 1682 del Código Civil.

Añade Baudry-Lacantinerie[78] que el vendedor se obliga siempre, a falta de convención en contrario, a transferir la propiedad. Si la venta tiene por objeto un cuerpo cierto y determinado, la transmisión resulta del contrato mismo; si el objeto no es cierto y determinado, la transmisión no operará sino por el acontecimiento que producirá la determinación (tradición, opción). En uno

---

(78) BAUDRY-LACANTINERIE. G, Traité (...), Tomo XIX, Páginas 11 y siguientes.

y otro caso, el vendedor está obligado a hacer pasar al comprador la propiedad de la cosa vendida. [El subrayado es nuestro]

Mourlon[79] señala que en Derecho Francés, la venta no es solamente productiva de obligaciones; a menudo ella es al mismo tiempo traslativa de propiedad. Se puede, no obstante, definirla: la convención por la cual una de las partes transfiere o se obliga a transferir la propiedad de una cosa mediando un precio que la otra se obliga a pagar.

Es el propio Mourlon el que expresa, como vimos en su oportunidad[80], que la venta hace al comprador propietario. La transmisión de propiedad es entonces un efecto tan directo, tan inmediato, como la creación de las obligaciones. La propiedad pasa del vendedor al comprador por el sólo efecto de la venta; sin que haya necesidad ni de la tradición ni del pago del precio. Se es entonces **alienatur** al mismo tiempo que vendedor, adquirente al mismo tiempo que comprador, como lo establecen los artículos 711 y 1138.

Señala además que el término acordado a una o a la otra parte, no impide a la venta ser instantáneamente traslativa de propiedad; pues el simple término suspende, no la adquisición de los derechos que el contrato puede producir, sino solamente su ejecución (artículo 1185). Pero será diferente si las partes han reenviado, por una cláusula expresa, a una época ulterior la transmisión de la propiedad.

Agrega el citado autor que los términos "vender" y "enajenar" no son sinónimos. Hay entre ellos la misma diferencia que entre la especie y el género: la venta, en efecto, no es sino una especie de enajenación, ya que se enajena por permuta, donación, etc. Aun más, la venta no es por sí sola un acto de enajenación sino que obliga a ello. [El subrayado es nuestro].

(79) MOURLON, Frédéric Op. cit., Tomo III, Página 209.
(80) MOURLON, Frédéric Op. cit., Tomo III, Página 208.

Duranton[81] señala que esta concepción sobre el carácter en sí traslativo del propio contrato de compraventa en el Derecho Francés es una innovación que, en virtud de lo establecido por el artículo 1138, no se aplica sólo a este contrato, sino a toda obligación de dar un cuerpo cierto y determinado, esto es que, hoy en día, y suponiendo al vendedor propietario de la cosa vendida, el comprador deviene él mismo propietario, por el sólo hecho del contrato de venta, sin que haya necesidad de alguna tradición, y aunque el precio no sea todavía pagado (artículo 1583).

Sin embargo, Marcadé confunde estas ideas[82], cuando comenta que con los preceptos del Código Civil ocurre algo distinto, y es el contrato de venta el que opera inmediatamente, independientemente de todo hecho posterior, la transmisión de la propiedad. El artículo 1138, señala, tiene la explicación, pues plantea en principio que toda convención de transferir la propiedad de una cosa se encuentra, por el solo efecto del consentimiento, inmediatamente perfecta (es decir, reputada puesta en ejecución, y considerada seguida de una tradición civil que reemplaza la tradición material), y que desde entonces, ella hace al acreedor propietario al instante mismo y antes que la tradición haya sido hecha. Y la ley, haciendo acá al contrato de venta aplicación de este principio, repite en el artículo 1583 que, desde el momento en que las partes están de acuerdo sobre la cosa y sobre el precio, desde el momento en que la convención está formada, la venta se encuentra perfecta y la propiedad adquirida por el comprador, aunque la cosa no haya sido entregada. Agrega Marcadé que no es necesario, entonces, para corregir la redacción del artículo 1582, definir la venta, como lo hace Duvergier, diciendo que es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa; más bien es un contrato por el cual uno de los contratantes transfiere la propiedad de una cosa, mediando un precio en dinero que la otra parte se obliga a pagar. Pues, es por el efecto inmediato e instantáneo de la convención que la transmisión de propiedad se perfecciona, de suerte que la obligacion de

(81) DURANTON. Op. cit., Tomo IX, Página 7.
(82) MARCADE, V. Op. cit., Tomo VI, Página 142.

operar esta transmisión no puede existir. [El subrayado es nuestro].

Demante y Colmet de Santerre se refieren al problema manifestando[83] que la segunda proposición del artículo 1583 recuerda la innovación admitida por el Código Civil en el artículo 1138: la promesa de transferir la propiedad de un cuerpo cierto transfiere inmediatamente la propiedad de este objeto. [El subrayado es nuestro].

Foignet[84] señala al respecto que, si bien antes vender y enajenar eran dos términos diferentes, hoy en día, por el contrario, cuando la venta recae sobre un cuerpo cierto, del cual el vendedor es propietario, la propiedad de la cosa vendida pasa de derecho al comprador, por el solo efecto del consentimiento, de suerte que vender y enajenar son términos sinónimos.

Como se puede apreciar, Foignet y especialmente Marcadé, confunden, al igual que algunos otros autores franceses, lo que significa la obligación de transferir propiedad con el contrato que la genera. Por nuestra parte, tal como lo hemos dicho en oportunidades anteriores, consideramos que dentro del sistema consensualista francés, la propiedad se transfiere al momento del surgimiento de la obligación. Por ello, Marcadé se equivoca al concluir en el planteamiento que nos hemos permitido subrayar.

(c.6) La transmisión inmediata del derecho de propiedad no constituye parte de la esencia del contrato de compraventa en el Derecho Francés.

La afirmación del subtítulo anterior es compartida por muchos tratadistas franceses. En tal sentido, vamos a recoger algunas opiniones sobre el particular, las más representativas.

(83) DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. Op. cit., Tomo VII, Páginas 6 y 7.
(84) FOIGNET, René. Manuel Elementaire de Droit Civil, Tomo II, Página 408. Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, París, 1904.

Baudry-Lacantinerie, primero en su Manual[85] y luego en su Tratado[86], sostiene que no siempre es de la esencia de la venta que el vendedor transfiera inmediatamente o que se obligue a transferir la propiedad al comprador; la ley supone solamente que tal ha sido la intención de las partes cuando ellas no se han explicado sobre ese particular. Señala que el principio de la libertad de las convenciones permitiría ciertamente hacer una venta en la cual el vendedor se obligase solamente a procurar al comprador la pacífica posesión de la cosa vendida; en otros términos, se podría, bajo el imperio del Código Civil, hacer una venta que tuviese el carácter de la venta romana. La convención no sería menos que una verdadera venta, produciendo, salvo la restricción relativa a la transmisión de la propiedad, todos los efectos de la venta ordinaria; se le aplicaría especialmente la rescisión por causa de lesión que es un efecto muy especial al contrato de venta (artículo 1674). Agrega que las partes han podido tener motivos para querer que la transmisión de la propiedad no fuese inmediata; ya que pueden haber querido retardarla hasta el pago del precio por el comprador; puede ser que el vendedor no haya sido todavía propietario de la cosa vendida, al tiempo de adquirirla. Esto, puede ser, porque la obligación de transferir la propiedad es sólo de la naturaleza y no de la esencia de la venta, que el artículo 1582 no ha hecho entrar en la definición de este contrato esta obligación que él puede no hacer, y se limita a hablar de la obligación de entregar que él produce en todos los casos.

Por su parte, Marcadé sostiene[87] que si la transmisión instantánea de la propiedad es hoy en día el efecto normal y ordinario de la venta, éste no es un efecto necesario y la venta puede, en ciertos casos excepcionales, no producir inmediatamente sino la obligación de hacer al comprador propietario ulteriormente. Señala que es esto lo que pasa, primero, cuando el objeto de la venta, no estando determinado en un individuo, o el precio no

(85) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Précis (...), Tomo II, Página 334.
(86) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Traité (...). Tomo XIX, Páginas 11 y siguientes.
(87) MARCADE, V. Op. cit., Tomo VI, Páginas 142 y 143.

siendo todavía conocido, la venta no está todavía perfecta; segundo, cuando las partes, a pesar de la determinación precisa del objeto y del precio, convienen en suspender el efecto ordinario del contrato, estipulando que el comprador no devendrá propietario sino después de un cierto plazo.

Demante y Colmet de Santerre[88] apuntan en el sentido que puede ser natural a la venta, conllevar la obligación de transferir la propiedad, pero esta obligación no es de la esencia de la venta. Señalan como sustento de su posición el hecho de que el artículo 1599 no prohíbe una convención por la cual el comprador renunciaría a prevalerse de la nulidad de la venta que tendría por objeto la cosa ajena, y si esta convención no está prohibida -se preguntan los citados autores-, ¿cómo podría retirársele la calificación de venta, que era otras veces su nombre legal, y que la definición oficial del Código es suficientemente amplia para conservarla hoy en día?.

Guillouard, por su parte, también recoge[89] conceptos muy similares a los de Demante y Colmet de Santerre, cuando dice que la venta es por su naturaleza traslativa de propiedad, y el vendedor está obligado de derecho a efectuar esta transmisión; pero éste no es sino un efecto natural del contrato, éste no es jamás un efecto esencial, y las partes pueden derogarlo declarando formalmente que la propiedad no será transferida al comprador sino después de un cierto tiempo, o a la producción de una condición, o bien, aun cuando el vendedor, que no es propietario al momento del contrato, haya podido tratar con el verdadero propietario del objeto enajenado, o, en fin, cuando el adquirente haya pagado su precio.

Laurent señala[90] que la transmisión de propiedad no es de la esencia de la venta, ya que la ley no lo dice, y esto no resulta de los principios. Recuerda también que los oradores del Tribunal

(88) DEMANTE, A. M. Y COLMET DE SANTERRE, E. Op. cit., Tomo VII, Páginas 3 y 4.
(89) GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Páginas 13 y 14.
(90) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XXIV, Página 39.

invocan el Derecho Natural, es decir, la voluntad de las partes contratantes; pues las partes tienen el derecho de manifestar una voluntad contraria; nada les impide consentir una venta romana. Señala además que una razón más fuerte resulta el que las partes pueden, ellas mismas, estipular que la propiedad no será transferida sino cuando el comprador haya pagado el precio; en esos casos, dice, la venta tendrá siempre por objeto el transferir la propiedad, pero la transmisión será condicional, de suerte que el vendedor permanezca propietario en tanto que la condición no se cumpla, es decir, en tanto que el precio no sea pagado.

Planiol y Ripert recogen plenamente[91] los conceptos vertidos por Laurent.

(c.7) ¿La transmisión inmediata de propiedad, en los casos en que resulta posible, rige también respecto de terceras personas ajenas a las partes contratantes de la compraventa?.

En la doctrina francesa se ha intentado muchas veces dar respuesta a esta interrogante. En realidad, todas las opiniones parten de la constatación de que en el artículo 1583 del Código, cuando se hace referencia a que la venta es perfecta entre las partes y la propiedad se adquiere de derecho al comprador respecto del vendedor desde el momento en que se conviene la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado, se estaría remarcando el hecho de que la transferencia de propiedad opera, en virtud del contrato, exclusivamente del vendedor con respecto al comprador.

Pero veamos cuáles son las opiniones que la doctrina recoge al respecto.

El primero de los comentaristas del Código que repara en el problema es, precisamente, Jacques de Malleville, uno de los

(91) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo X, Página 8.

cuatro miembros de la Comisión que elaboró el Proyecto del mismo. De Malleville[92] , luego de señalar que esta norma representa la abrogación de la máxima **"Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur"**, señala que debe notarse bien aquello que el artículo dice: La venta es perfecta entre el comprador y el vendedor; pues es distinto respecto de los terceros que podrían tener sobre la cosa un derecho anterior a la venta.

La inquietud de De Malleville es compartida por muchos otros autores franceses.

Mourlon[93] señala que resultan de la disposición del artículo 1583, tres efectos: primero, que la venta es perfecta desde el momento en que las partes se han puesto de acuerdo sobre la cosa y sobre el precio; segundo, que esta perfección del contrato basta, ella sola y por ella misma, para hacer al comprador propietario respecto del vendedor; y tercero, adicionalmente se cuestiona si se concluiría, de estas últimas palabras, que el comprador no deviene nunca, por el solo efecto de la venta, propietario respecto de terceros.

Mourlon considera que la respuesta afirmativa parece fundada, pues decir que la venta basta para hacer al comprador propietario respecto de tal persona determinada, es, evidentemente, decir, de modo implícito, que ella no basta para hacerla propietaria respecto de toda otra persona.

Cree, sin embargo, que la conclusión sería inexacta, pues las palabras: "respecto del vendedor", no significan lo que parecen decir; ellas tienen un sentido histórico, que importa conocer. Señala que, bajo el imperio de la ley del 11 brumario año VII, la convención hecha sin la finalidad de transferir la propiedad de un inmueble, por venta o donación, no transfería, por ella misma, sino una propiedad relativa, es decir, oponible solamente a ciertas

(92) DE MALLEVILLE, Jacques. Analyse Raisonnée de la Discussion du Code Civil au Conseil d' Etat, Tomo III, Página 304. Librairie de la Cour de Cassation. Palais de Justicie, # 9, Paris, 1822.

(93) MOURLON, Frédéric. Op. cit., Tomo III, Páginas 210 a 212.

personas determinadas. La propiedad absoluta, es decir, oponible a todo el mundo, no era transmitida sino por un hecho posterior a la convención, por la transcripción del título, constando el contrato sobre un registro existente, a este efecto, en las oficinas de registro de propiedad inmueble. De este modo, el comprador devendría propietario, por la sola fuerza de la convención, en sus relaciones: primero, con su vendedor, en el sentido que él podría hacerse poner en posesión **manu militari**; segundo, con el Estado, en el sentido que él podrá, desde el día del contrato, invocar la calidad de propietario para retirar las ventajas políticas que ahí estaban atadas; tercero, con los terceros que, sin tratar con el vendedor, se apoderarían de la cosa, en el sentido que él tendría contra nosotros una acción directa para forzarnos a restituir la cosa usurpada. Agrega que él no aparecía como propietario en sus relaciones con aquellos que, desde el contrato y antes de la transcripcion, trataban con el vendedor. En tanto que la transcripción no tenga lugar, por la publicidad que ella da al contrato (advierte a los terceros de la mutación de la propiedad) el vendedor continuaba, en cuanto a su consideración, siendo propietario; de suerte que las enajenaciones totales o parciales consentidas por él eran válidas y oponibles al vendedor. De este modo, de dos compradores sucesivos del mismo inmueble, será propietario quien primero haya hecho transcribir su título al Registro.

Según Mourlon, de este modo, desde la promulgación del Código, y hasta el primero de enero de 1856, la venta ha sido, por ella misma, por su sola energía y su sola fuerza, es decir, independientemente de la tradición de la cosa vendida y de la transcripción del acto que constata el contrato, traslativa de propiedad, tanto respecto de terceros como respecto del vendedor. Apunta además que no es igual en su tiempo (1878), ya que la venta es todavía por ella misma, y desde que ella existe, traslativa de propiedad respecto del vendedor; pero la mutación que ella opera no es oponible a terceros sino desde el día en el cual ella ha sido hecha pública por la vía de la transcripción según la ley del 23 de marzo de 1855.

En su opinión, en este nuevo sistema, el artículo 1583

deviene en verdaderamente exacto, pues la venta es perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio y desde este instante, la propiedad es transferida al comprador respecto del vendedor; pero, respecto de terceros, ella no lo ha sido todavía, ya que en tanto que el acto de venta no esté transcripto, el vendedor estará en mora, en sus relaciones con los terceros, a pesar de ser propietario de la misma y de poder disponer de ella válidamente, pues no es sino por la transcripción de la venta que la propiedad completa y absoluta pasa de la persona del vendedor a aquella del comprador.

La respuesta para Duranton no reviste los mismos contenidos, mas sí el mismo fin. Este tratadista(94) opina que el artículo 1583 parece hacer entender que no es solamente en relación con el vendedor que el comprador es propietario por el solo hecho del contrato de venta, y que respecto de terceros, es necesario algo más; que para los inmuebles, por ejemplo, la transcripción que exigiese la ley del 11 brumario, año VII, sobre el régimen hipotecario para que el adquirente fuese también reputado propietario respecto de terceros, también ha sido juzgado necesario por los redactores del Código, para que el comprador pudiese prevalerse de su título contra estos mismos terceros. Pero considera que esta conclusión sería errada, ya que el artículo 1583 no ha querido nunca decir esto; no se ha entendido redactándola, por lo que se hace necesario discutir entonces, para saber si se mantuviera el sistema de la ley de brumario, tocando la necesidad de la transcripción respecto de terceros; se ha enviado la solución de esta pregunta a la discusión sobre el título de los privilegios y de las hipotecas. Sostiene que allá, también, la pregunta no ha sido decidida explícitamente, pero ella lo ha sido implícitamente, por la omisión, en la nueva ley, de la disposición de aquella del brumario; pues no es asunto de la transcripción al Título de los Privilegios y de las Hipotecas, como medio de liberar los inmuebles de estas cargas: no se ha hablado como de un medio necesario para fijar la propiedad en tal o cual mano. Duranton cree que la pregunta se encuentra también implícitamente resuelta por el artículo 2182, que sustenta que el vendedor no transmite al adquirente sino derechos que él tiene sobre la cosa vendida; pues si por efecto de una primera venta, el vendedor los ha transferido al comprador y sobre la base del propio artículo 1583, es claro que él no los tendría más, y por consiguiente, que él no ha podido transferir la cosa a otra persona distinta, a quien, desde ese primer contrato, ha vendido la misma cosa. Opina que en tal caso él estaría celebrando una venta de cosa ajena, venta nula, en los términos del artículo 1599.

(94) DURANTON. Op. cit., Tomo IX, Páginas 7 y 8.

Marcadé(95) y Demante y Colmet de Santerre(96) opinan de manera similar que los dos autores antes citados.

Y para concluir, debemos señalar que Baudry-Lacantinerie(97) refiere que la oponibilidad frente a terceros está subordinada a reglas que varían según la naturaleza de la cosa vendida . De este modo -señala- la venta de inmuebles no es oponible a terceros sino a partir de la inscripción en la Oficina de las Hipotecas (ley del 23 de marzo de 1855, artículos 1 y 3); aquella de los créditos, a partir de la notificación al deudor cedido o de su aceptación por acto auténtico (artículo 1690); aquella de patentes de invención, a partir del registro en el Secretariado de la Prefectura (ley del 5 de julio de 1844, artículo 20); y, aquella de los navíos, a partir del cambio en Aduana (argumento de la ley del 27 vendemiario, año II, artículo 17; ley del 6 de mayo de 1841, artículo 20 in fine).

Para mayor detalle sobre el alcance de la interpretación dada por la doctrina francesa a los artículos 1582 y 1583 de su Código Civil, en el primer medio siglo de vigencia del mismo, remitimos al lector a la consulta de Rogron, a la Jurisprudencia Dalloz y a los Códigos Anotados Dalloz, los mismos que constitu-

(95) MARCADE, V. Op. cit., Tomo VI, Página 143.
(96) DEMANTE, A. M. y COLMET DE SANTERRE, E. Op. cit., Tomo VII, Página 5.
(97) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Traité (...), Tomo XIX, Páginas 11 y siguientes.

yen valiosísimos documentos. Por ello, proporcionamos los datos respectivos [98].

– LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD EN EL PERU.

El tratamiento que, a lo largo de la Historia del Proceso codificador nacional, se ha dado a este tema, podríamos reseñarlo de la siguiente manera:

– Código Civil de 1852.

El primer Código Civil que tuvo considerable vigencia en nuestro país (fuera de aquel del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, de efímera vigencia), el de 1852, en su Libro Tercero, De las Obligaciones y Contratos, Sección Segunda, De los Contratos Consensuales, Título Primero, legisla al contrato de compraventa, definiéndolo en su artículo 1305, y estableciendo, en el artículo siguiente, el carácter consensual acerca de la transferencia de la propiedad de los bienes, siguiendo la línea del Código Napoléon. Por su parte, el artículo 1308 de dicho Código, señala lo siguiente:

Artículo 1308.- "En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio."

Esta norma, como se puede apreciar de su texto, tiene una gran influencia del artículo 1583 del Código Napoléon, del cual recoge todos sus elementos esenciales.

Consideramos pertinente señalar que al celebrarse el contrato de compraventa simple con el solo consentimiento de las partes, y al operar en aquélla la transferencia de propiedad de la cosa "aun antes de su entrega y pago del precio", debemos entender que la transferencia de la propiedad (al igual que en el Derecho Francés) en los contratos de compraventa simple, operaba automáticamente, al momento del nacimiento de la obligación de enajenar, surgida de su celebración.

Debemos precisar que, al referirse el artículo 1308, en general, a "la cosa", y no hacer ninguna distinción entre muebles e inmuebles, debemos aplicar el principio de que no es posible diferenciar donde la ley no lo hace, y por lo tanto afirmar que la transferencia de propiedad de los bienes muebles e inmuebles operaba automáticamente al momento de la celebración del contrato de compraventa, apenas surgida la obligación de transmitir propiedad.

Podemos concluir, entonces, que el Código Civil Peruano de 1852, segua el modelo Francés.

Además, es necesario precisar que, a la fecha de entrada en vigencia del Código bajo comentario (1852), no estaba aún vigente la ley del 23 de marzo de 1855, modificatoria del Código Francés, que establecía el requisito de la inscripción para la validez de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles respecto de

---

(98) (a)
ROGRON, J. A. Code Civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence. E. Plon et Cie., Imprimeurs - Editeurs, rue Garancière, 10, París, 1877:
Artículo 1582: Tomo II, Páginas 2024 a 2030.
Artículo 1583: Tomo II, Páginas 2031 a 2036.

(b)
DALLOZ, Armand. Dictionnaire général et raisonné de legislation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public. Bureau de la Jurisprudence Génerale, rue des Beaux Arts, 5, París, 1844. Citando volumen, página y número:
Artículo 1582: 2, 231, 17; 2, 386, 1305; 3, 564, 144; 4, 25, 889; 4, 638, 14s.; 4, 643, 212.
Artículo 1583: 1, 388, 117; 1, 564, 384; 1, 565, 399; 2, 265, 102; 2, 386, 1305; 2, 390, 1415.

(c)
DALLOZ, Armand. Codes Annotés, París, 1905 a 1907:
Artículo 1582: Tomo III, Páginas 1 a 10; Tomo Adicional, Página 282.
Artículo 1583: Tomo III, Páginas 10 a 12; Tomo Adicional, Páginas 272 y 273.

terceras personas, ajenas al contrato; razón por la cual el Código Civil Peruano de 1852 siguió fiel a la posición originaria del Código Napoléon.

– Código Civil de 1936.

Este cuerpo legislativo, en la Sección Segunda del Libro Quinto, Del Derecho de Obligaciones, relativa a las Obligaciones y sus Modalidades, incluye el artículo 1172, en el que se ratifica el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, antes citado, pero en esta oportunidad exclusivamente para bienes inmuebles, cuando señala:

Artículo 1172.- "La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario."

Respecto de los bienes muebles, no existe en este cuerpo legislativo una norma específica, pero dada la redacción del artículo 1173, relativo a la concurrencia de acreedores de bienes muebles y la referencia que hace a la "tradición" en el caso de esta clase de bienes, pareciera indicar que es éste el modo contemplado para que opere la transferencia de propiedad de los mismos.

El texto del mencionado artículo es el siguiente:

Artículo 1173.- "Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble, y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiere obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe, a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno de los acreedores conste de instrumento público."

Otro elemento que nos hace concluir que el Código Civil de 1936 consideraba a la tradición como el modo por el cual operaba

la transferencia de propiedad de los bienes muebles, son las palabras del Ponente del Libro V de dicho Código, Doctor Manuel Augusto Olaechea y Olaechea, durante las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, ya que fue justamente él el partidario más ferviente de instaurar el sistema que más tarde fue asumido por el Proyecto. Esta aseveración puede ser constatada de la revisión de las Actas de las sesiones de la mencionada Comisión. En la 120a. sesión, de fecha miércoles 12 de agosto de 1925, el Doctor Olaechea presentó un Memorándum sobre el modo de transmitir la propiedad -transcripto páginas atrás-, en el que señala su parecer favorable respecto del sistema francés (con la reforma introducida por la ley de 1855 sobre la transferencia de la propiedad inmueble). Consideraba, además, que el sistema argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad no era un sistema adecuado, ya que la tradición puede revestir las más de formas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto.

En la sesión del miércoles 19 de agosto de 1925, el Doctor Solf y Muro presentó un Memorándum a la Comisión, por el que resaltaba las ventajas del sistema del Registro de la Propiedad. Solf y Muro concluía su exposición resumiendo cuáles eran sus planteamientos[99], diciendo lo siguiente:

"Al efecto propongo la adopción de un temperamento que por el momento se traduce en una dualidad de sistemas. Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el Registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados. Para los primeros, establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros.

Los segundos, o sea los bienes no inscritos, mientras no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o a reglas semejantes a las que se contienen en nuestro Código Civil.

---

(99) COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., Fascículo Quinto, Páginas 19 y 20.

La innovación que propongo permitirá aplicar algunos de los principios del sistema Torrens o del germano a un conjunto considerable de bienes inmuebles, que llegan a 24,876 urbanos, 21,398 rústicos y 3,041 minas, según la estadística llevada en el Registro de la Propiedad hasta el año 1921, número que habrá aumentado desde entonces y que seguirá aumentando cada día.

La cuestión sobre si el requisito de la matriculación para la validez de las transferencias o la constitución de los derechos sobre inmuebles, debe considerarse como forma de la tradición exigida desde el Derecho Romano, a la manera que lo hace el Código chileno, o sobre si tal requisito queda al margen de esa regla, siguiendo el camino del legislador francés, de la transmisión operada por solo consentimiento, este es un punto materia de la ilustrada ponencia del señor Olaechea."

En esa misma sesión, el Doctor Pedro M. Oliveira respaldó el planteamiento de Solf y Muro en el sentido de adoptar el sistema de la inscripción y que era posible hacerlo[100]. Sustentando esta necesidad, el Doctor Oliveira señala[101] que:

"Urge civilizar al país, y uno de los medios de hacerlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las relaciones jurídicas. Si por un apocado concepto de las posibilidades nacionales no acometemos resueltamente la reforma del Registro del Estado Civil y la reforma del Registro de la Propiedad, que son las más importantes que pueden llevarse a cabo en el orden civil, el nuevo Código caerá en el vacío y las más acertadas de sus disposiciones carecerán de eficacia. Por sabio que sea el régimen de los derechos reales en la letra de la ley, de nada servirá en la práctica si el Registro de la Propiedad no se reorganiza en armonía con las exigencias de una Sociedad que todo lo espera de la inmigración de capitales, del desarrollo del crédito y del crecimiento de la riqueza."

---

(100) COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., Fascículo Quinto, Página 34.
(101) COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., Fascículo Quinto, Páginas 36 y 37.

En la sesión del miércoles 26 de agosto de 1925, el Doctor Solf precisa[102] que el principio de la inscripción en el Registro como indispensable para adquirir la propiedad y demás derechos sobre inmuebles no es absoluto, formulando una serie de precisiones legislativas y doctrinarias sobre el particular, que lo llevan a concluir en proponer a la Comisión[103] rechazar las fórmulas alemana y suiza, a pesar de considerar superior a la primera sobre la segunda, y optar por la brasileña, "que omite toda declaración ante el Registro y sólo requiere la presentación del título, por juzgarla de mejor aplicación en nuestro medio, ya que se conforma con el régimen existente. Además, esta regla tiene carácter de generalidad pues se aplicará a todos los actos inscribibles, los de transmisión entre vivos y por causa de muerte, y los simplemente declarativos."

Propuso que se exprese que la inscripción se verificará en vista del título en que conste la causa jurídica del acto, y en su caso la voluntad del enajenante de consentir en la inscripción.

En la sesión del miércoles 2 de septiembre de 1925, el Doctor Juan José Calle presentó por escrito sus pareceres sobre el particular. Calle estaba en desacuerdo con las opiniones de Oliveira y Solf y Muro, y concordaba con las de Olaechea. El concluia con que el nuevo Código Civil debía mantener el sistema que imperaba en esos momentos, vale decir, que para el caso de bienes muebles, su dominio se adquiere por la tradición; y respecto de los inmuebles, se mantenga el sistema establecido por la Ley del 2 de enero de 1888, que creó el Registro de la Propiedad Inmueble, proponiendo la inclusión de ésta al Código en discusión[104]. En realidad esta ley que creó el mencionado Registro, sólo convirtió al mismo en declarativo, mas no en constitutivo de propiedad, razón por la cual, ésta se transmitía por la sola obliga-

---

(102) COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., Fascículo Quinto, Página 38.
(103) COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., Fascículo Quinto, Página 41.
(104) COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., Fascículo Quinto, Página 57.

ción de enajenar, criterio que el Doctor Calle consideraba el más acertado para la realidad de nuestro país.

No es nuestro objetivo dar un detalle completo de toda la discusión que se dio en la Comisión Reformadora, porque esto escaparía a los objetivos de esta parte de nuestro Tratado y al alcance de estas páginas, pero sí hemos querido trazar los grandes lineamientos por los que transcurrió aquélla.

Una vez elaborado el Proyecto del Libro V del Código Civil, la propuesta de Olaechea fue acogida por la Comisión. En la Exposición de Motivos del mencionado Proyecto, Olaechea decía[105]:

"Para definir el régimen de estas obligaciones (se refiere a las de dar), precisa resolver si conviene adoptar respecto de los inmuebles el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediando la inscripción; y si tratándose de cosas muebles, debe mantenerse el principio de que la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.

Según el Código francés, la propiedad de los inmuebles se trasmite como efecto de la estipulación. Conforme a este sistema, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de trasferir el dominio, sino únicamente de poner al adquirente en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere sin solución de continuidad. Se considera perfecta y ejecutada en el mismo momento de su formación. El consentimiento, decía Bigot-Préameneu, perfecciona por sí solo la obligación de entregar la cosa y no hay necesidad de tradición real para que el acreedor sea considerado propietario de ella. Por el contrato, afirmaba Portalis, se opera una especie de tradición civil. Y Marcadé agrega: la convención de dar crea la obligación; la obligación de dar lleva consigo la de entregar; el cumplimiento de esta obligación por la tradición transfiere la propiedad; la tradición no necesita ser real, porque el consentimiento lleva en sí una tradición fingida que produce el mismo efecto; y esta tradición realiza el desplazamiento automático del dominio. El sistema del Código francés fue adoptado por el peruano (se entiende el Código de 1852). El Código Napoléon presume que existe, por decirlo así, una tradición de derecho implícita, y como consecuencia de sistema tan espiritualista, la convención pone los riesgos de la cosa a cargo del acreedor convertido en propietario por el consentimiento.

(105) OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, Páginas 16, 17 y 18. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936.

El sistema instaurado por el Código francés no ha sido uniformemente seguido por las codificaciones posteriores. La institución creada por aquel Código fue modificada en Francia por la ley de 23 de marzo de 1855, conforme a la cual no se puede oponer a tercero ningún derecho real que no esté previamente inscrito.

El sistema que considera adquirido el derecho real como efecto de la inscripción, mira al interés general y al desarrollo del crédito territorial.

El sistema de la tradición reviste una marcada inferioridad respecto del sistema francés. La tradición es un hecho que no está subordinado a formas especiales; se prueba como todo hecho; y desde el punto de vista de la publicidad es claramente ineficaz.

La Comisión reconoce la inferioridad de nuestro sistema, cuyos defectos se pueden sintetizar diciendo que construye una propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta. La inscripción no asume más valor que el de un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto, pero no lleva en sí misma una verdadera sustantividad.

No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de la inscripción, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad. La institución del registro fue implantada en el Perú hace casi medio siglo. No obstante los es-

fuerzos realizados, es lo cierto que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que son insuperables a la acción de la voluntad. El Registro existente tiene el gravísimo defecto de ser personal. Su transformación requeriría, como condición insustituíble, el catastro. Por eso, es imperativo prescindir del sistema germánico que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad, atribuyendo a la primera valor y eficacia materiales. Ningún sistema teórico, por perfecto que sea, puede por sí solo resolver satisfactoriamente los hechos. No son paralelos el progreso legal y el adelanto moral de una nación. La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro."

Hasta aquí las palabras de Olaechea.

Los principios esgrimidos por el Doctor Olaechea y plasmados en el Código Civil de 1936 se mantienen vigentes en la actualidad, ya que el Código Civil promulgado en 1984 tiene normas de contenido similar a las del cuerpo legislativo derogado.

Creemos necesario recordar que la fidelidad, no sólo en este aspecto sino en muchos otros, que profesó el Doctor Olaechea por el Derecho Civil Francés, se debía, en gran medida, a la notable influencia que causó en su vida el viaje que realizó a ese país en los albores del presente siglo.

Ocurría que, al haber sido tan excelente alumno en la Universidad de San Marcos, logró graduarse de Abogado a la edad de 19 años, es decir, siendo menor de edad (la mayoría de edad, en ese tiempo se adquiría a los veintiun años). Por tal razón, y de acuerdo con las leyes vigentes de la época, éstas le impedían ejercer su profesión, motivo por el cual su padre, el Doctor Manuel Pablo Olaechea Guerrero, lo envió a Francia para perfeccionarse y tomar lecciones de Derecho con los grandes maestros de la Facultad de París[106].

(106) OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Estudio Olaechea, 1878 - 1978, Página 75. Lima, Perú 1978.

Su hijo, el Doctor Manuel P. Olaechea du Bois, relata[107] cuál fue la influencia que ejerció sobre él el Derecho Francés:

"En París asistía diariamente a las lecciones de los maestros clásicos, al final de la **rue Soufflot**. Era el período que sin lugar a dudas puede llamarse la época de oro del Derecho Civil y en que la luz venía de Francia. Esta rama del conocimiento jurídico y la perfección de sus exégetas habían alcanzado admirable desarrollo. El culto de la lógica y la más depurada técnica, lo hacían una de las expresiones más elevadas del saber humano. Era posible enamorarse de la ciencia del derecho y éste fue el caso del doctor Olaechea."

– Código Civil de 1984.

El Código Civil vigente regula lo relativo a la transferencia de la propiedad en el Libro V, Derechos Reales, Sección Tercera, Derechos Reales Principales, Título II, Propiedad, Capítulo Segundo, Adquisición de la Propiedad, Sub-Capítulo IV, Transmisión de la Propiedad, artículos 947 a 949.

En la primera de las normas señaladas, el artículo 947, el Código trata acerca de la transferencia de propiedad de los bienes muebles, estableciendo que ésta opera por la tradición de los mismos.

Artículo 947.- "La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente."

El artículo relativo a la transmisión de propiedad de los bienes inmuebles es el 949, que establece:

Artículo 949.- "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario." [El subrayado es nuestro].

(107) OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., Página 75.

Como se puede apreciar de la clara redacción de las dos normas transcriptas, el Código Peruano opta por el mismo sistema del Derecho Francés, desechando todas aquellas opciones que consideran, respecto de los bienes inmuebles, como indispensable, el requisito de la inscripción.

Aquí queremos hacer ciertas precisiones.

En primer lugar, debemos recordar que, cuando analizamos la transferencia de la propiedad en el Código Civil Francés, de acuerdo con las opiniones de los autores citados en esa oportunidad, si bien en la norma general del artículo 1138, ratificada después por la del artículo 1583 (relativo al contrato de compraventa), la propiedad de los bienes se transfiere por la sola obligación de enajenar, ocurrió que, respecto de los bienes muebles, dicha norma resultó, en buena medida, sólo declarativa, como también anota Freitas cuando comenta el problema, ya que en virtud de lo establecido por el artículo 2279 del Código Francés, en el sentido que "en materia de muebles, la posesión equivale al título", en realidad, para la transmisión de la propiedad de los mismos se estaba estableciendo, en la práctica, que se realizaría por medio de la tradición.

Por esta razón sostenemos que el Derecho Civil Peruano nunca se apartó del principio francés.

Si bien, respecto de la transferencia de la propiedad inmueble, el Código de 1804 estableció el principio de que se realizaba por la sola obligación de enajenar o el solo consenso (tal como fue asumido por el Código Peruano de 1852), a través de la ley de marzo de 1855 que creó en Francia el Registro de la Propiedad Inmueble, se estableció como requisito de oponibilidad frente a los terceros, justamente el hecho de la inscripción. Este sistema respecto de las inscripciones de los inmuebles, fue también asumido por el Perú, cuando, como bien señala el Doctor Olaechea, en 1888 se dictó la ley sobre el Registro de la Propiedad Inmueble.

Vale decir, que desde esa fecha (1888), el Perú actualizó su

sistema respecto del francés, asumiéndolo nuevamente como suyo. De acuerdo con este sistema, sobre los inmuebles, la propiedad se transfiere por la sola obligación de enajenar, mas para oponerla a terceras personas, es necesaria su transcripción en el mencionado Registro.

Con el Código Civil de 1936, como acabamos de ver, se mantuvo el mismo sistema, incorporándose esta vez en los artículos 1172 y 1173.

El Código Civil de 1984 no lo varió, salvo que los preceptos sobre el particular fueron revestidos de una precisión conceptual mucho mayor.

Por tanto, podemos concluir que nuestro Derecho Civil nunca modificó su posición respecto de la transferencia de la propiedad, en relación a la línea trazada por el Derecho Civil Francés.

Por todo lo expresado, consideramos que existe una perfecta armonía entre lo dispuesto por el artículo 1529 del Código Civil Peruano de 1984, relativo a la definición del contrato de compraventa, en el sentido que se trata de un acto meramente obligacional, y no traslativo de ningún derecho real, y el artículo 949 del mismo cuerpo legal, referente a la manera como se transmite dicha propiedad.

Es más, las páginas que anteceden las hemos dedicado a efectuar un minucioso análisis histórico y jurídico del problema. La respuesta al tema de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú no la podemos hallar dentro de principios ajenos a los que históricamente han regido nuestro Derecho Civil.

No obstante, que el aparente problema que abordamos ha sido tratado y zanjado por la antigua Escuela Exegética Francesa del siglo XIX, han surgido en nuestro medio desde la aparición del Código Civil de 1984, numerosos intentos de explicación sobre el tema, además de haberse renovado preocupaciones de siempre.

Por la alta consideración que nos merecen sus propulsores,

todos ellos distinguidos profesionales y catedráticos, queremos hacer mención de sus diversas posiciones, expresando además nuestro propio punto de vista sobre las mismas. Lo haremos en estricto orden cronológico a las fechas de su publicación.

(1) Posición del Doctor Jack Bigio Chrem.

En un artículo aparecido en el Volumen I de la Colección "Para Leer el Código Civil" (Noviembre de 1984) del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú[108], el Doctor Jack Bigio hace un análisis acerca de la regulación que el Código Civil Peruano de 1984 brinda al tema de la transferencia de la propiedad inmueble. En tal sentido, sus palabras, a la par que comentarios, devienen en una Exposición de Motivos, al haber sido, sin lugar a dudas, uno de los miembros más activos de la Comisión Revisora del Código Civil.

En adelante, las palabras del Doctor Bigio:

"Se ha expresado anteriormente que por la compra-venta el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador.

Ahora resulta pertinente preguntarnos ¿cuándo se produce la transferencia de propiedad de un inmueble al comprador?.

El artículo 949 del Código Civil de 1984 establece:

Artículo 949.- 'La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario'.

Con arreglo al artículo 949 el solo intercambio de voluntades, o '**solus consensus**', perfecciona la transferencia de propiedad inmobiliaria.

(108) BIGIO CHREM, Jack. La Compraventa y la Trasmisión de Propiedad. En Para Leer el Código Civil, Volumen I, Páginas 195 a 211. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 14 de noviembre de 1984.

De tal manera, que para el nuevo régimen civil, -entre las partes- el contrato de compra-venta de un inmueble es al mismo tiempo el título de adquisición (que crea las obligaciones de dar) y el modo de adquisición (que perfecciona la adquisición del comprador). Título y modo coinciden, pues, en términos generales.

Es importante recordar que el numeral 949 se inspira en el artículo 1172 del Código Civil de 1936. No tiene antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1981.

La Comisión Revisora del Código Civil, además de consignarla en el libro de los derechos reales, efectuó 2 cambios importantes a su texto, que me permitiré analizar brevemente.

(a) 'La sola obligación de enajenar'.

Esta frase sustituye la que expresaba el artículo 1172 del Código Civil derogado, que genéricamente hacía referencia 'a la sola obligación de dar'.

Como se recuerda, la obligación de dar puede consistir no sólo en la obligación de transferir la propiedad, sino también el uso, la posesión o la restitución de un bien ajeno.

La frase 'obligación de dar', es muy amplia, pues contraen obligaciones de dar, entre otros, los siguientes deudores:

(a) El vendedor, de transferir al comprador la propiedad de un inmueble (artículo 1529).

(b) El arrendador, de transferir el uso de un bien al arrendatario (artículo 1666).

(c) El comodatario, de devolver al comodante el bien que éste le dio en comodato (artículo 1738).

(d) El vendedor de un inmueble ajeno, de trasmitirle la propiedad de él al comprador.

Si bien en el caso (a) es perfectamente admisible que el acreedor de la obligación de dar (el comprador) adquiera la propiedad del bien, no parece razonable sostener que tal obligación haga propietario a los acreedores de las obligaciones de dar mencionadas en los casos (b), (c) y (d).

En efecto, en los casos (b) y (c), por cuanto el objeto de dichos contratos no es el de trasmitir la propiedad sino el uso, y, en el último caso, debido a que el vendedor de un bien inmueble ajeno no puede cumplir con su obligación de dar (transferir la propiedad) si el bien no le pertenece.

Es interesante anotar que el artículo 1172 del Código Civil de 1936, interpretado literalmente, permite considerar propietario al comprador de inmueble ajeno. Recordemos su texto:

'La sola obligación de dar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo pacto en contrario'.

Las razones expuestas llevaron al suscrito a proponer en el seno de la Comisión Revisora se modifique su redacción a fin de que tenga el siguiente texto:

Artículo 949.- 'La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario'.

Como se puede observar se ha sustituido la frase 'la sola obligación de dar' por 'la sola obligación de enajenar'.

El concepto es más preciso y se refiere únicamente a trasmisión o transferencia de propiedad.

Por lo tanto, la obligación de enajenar equivale a la obligación de dar en propiedad.

(b) 'Salvo disposición legal diferente'.

Hay otro cambio en el artículo 949 en relación al artículo 1172 del texto civil derogado: la referencia a 'salvo disposición legal diferente'.

Ese agregado permite aclarar que el enunciado del artículo 949 no es de carácter absoluto, sino que está limitado por otras disposiciones legales, como sucede por ejemplo, en el caso de concurrencia de acreedores de una obligación de dar (que se presenta cuando el vendedor ha vendido el mismo inmueble a diversas personas).

En esa eventualidad hay diversos compradores y se prefiere al comprador que inscribe la compra-venta en el registro de la propiedad inmueble, a pesar de que otra persona lo haya 'adquirido' con arreglo a los artículos 949 y 1529 del mismo Código.

El agregado 'salvo disposición legal diferente' permite armonizar adecuadamente las soluciones previstas en los artículos 949 y 1135 del Código Civil (que aluden, respectivamente, a dos modos distintos de adquirir la propiedad: el contrato y la inscripción).

En conclusión, puede afirmarse en principio, que por la compra-venta inmobiliaria el comprador se convierte en propietario por haberse perfeccionado su adquisición (artículo 949).

Dicha solución es modificada (al margen de la responsabilidad penal en que incurra el vendedor), si éste vende el inmueble a un segundo comprador, que actuando de buena fe obtiene la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad Inmueble, caso en el cual tiene mejor derecho que el primer comprador, o mejor dicho, lo excluye (su modo de adquirir es oponible **erga omnes** y no sólo ante el vendedor).

Así lo dispone el artículo 1135 del Código Civil, que en cierta forma otorga a la inscripción, la calidad de modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria."

Hasta aquí las expresiones del Doctor Bigio Chrem.

– *Nuestro punto de vista.*

Por nuestra parte consideramos que el Doctor Jack Bigio recoge, sin lugar a dudas, la motivación que tuvo el legislador de 1984 para definir la redacción del artículo 949 del referido Código Civil.

Por lo demás, vemos que el autor, identificándose con un importante sector doctrinario, precisa que en el caso del artículo 949, si es que la obligación de transferir propiedad se derivase de un contrato, como es el caso del contrato de compraventa, el título y el modo coinciden en el contrato mismo. Consideramos, tal como lo hemos expresado al efectuar nuestro propio análisis del problema en páginas anteriores, que si bien es cierto que el título está representado por el contrato de compraventa celebrado, no será el mismo contrato el que transfiera la propiedad del bien inmueble, sino la obligación objeto del mismo, cuya ejecución es inevitable -por mandato de la ley-, siempre y cuando estemos en presencia de un bien de propiedad del vendedor, cierto y presente, y no exista disposición legal diferente ni pacto en contrario.

No obstante ello, debemos admitir que la posición del Doctor Bigio es, sin lugar a dudas, la más difundida en nuestro medio como explicación del tema referido a la transferencia de la propiedad inmueble.

Debemos recalcar también que resulta sumamente importante la observación del Doctor Bigio en lo relativo a que la norma bajo análisis admite disposición legal diferente, a lo que se podría agregar que también cabe pacto en contrario a la misma. Todo ello nos hace ver que el artículo 949 del Código Civil es un precepto meramente dispositivo, que no representa un obstáculo para los contratantes en caso de querer obligarse de manera diversa o pactar expresamente en contrario de la referida norma.

(2) Posición del Doctor Gastón Fernández Cruz.

El citado profesor en un artículo aparecido en diciembre de 1988[109], aunque relativo a la naturaleza de la prenda, abordó en algunas de sus páginas el tema de la transferencia de la propiedad inmueble. En adelante, citamos sus palabras al respecto:

"Junto a los contratos consensuales y formales se ubicó a los contratos reales, siendo la diferencia sustancial entre todos ellos el elemento determinante que, a su vez, fijaba el momento del perfeccionamiento del contrato. De esta manera, teníamos contratos que se perfeccionaban por el solo acuerdo de voluntades, en oposición a algunos que exigían como elemento adicional, para su perfeccionamiento, el cumplimiento de determinada forma para los contratos formales, o la entrega del bien materia del contrato tratándose de contratos reales. Si se repara bien, podrá apreciarse que, en rigor, los contratos reales no eran una categoría distinta de los formales; pues lo que se exigía en ellos era el cumplimiento de una determinada forma, consistiendo esta formalidad en la entrega del bien materia del contrato.

De esta manera, se establecieron claramente los elementos que, tratándose de los denominados contratos reales, se hicieron necesarios para su conclusión; no bastaba el consentimiento, sino que era necesario que la entrega fuera coetánea a la manifestación conjunta de voluntad para que existiera el contrato; pues, de existir dicha manifestación de voluntad antes de la entrega del bien, aun habiendo evidentemente acuerdo de voluntades no había contrato: la entrega del bien, en consecuencia, tenía como función en este caso, la de perfeccionar el contrato. Sin embargo, la entrega de un bien en materia contractual tiene funciones diversas, siendo la principal no la de concluir un negocio jurídico sino la de ejecutar la prestación materia de la obligación que se ha contraído por determinado contrato. Esta no es sino la etapa o ni-

---

(109) FERNANDEZ CRUZ, Gastón. El Contrato Consensual de Prenda. En Revista Ius et Praxis, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Número 12, Páginas 159 a 187. Lima, diciembre de 1988.

vel de ejecución contractual, por lo que la función lógica de la entrega de la cosa es la de producir efectos reales de un contrato que, en principio, ya ha quedado perfeccionado con el solo acuerdo de voluntades. En el plano, pues, de la ejecución o cumplimiento contractual, se creó la categoría de los denominados 'contratos con efectos reales'; ubicándose entre ellos a todos aquellos que tenían por objeto la transmisión de algún derecho real o la producción de alteraciones jurídicas sobre la tenencia, uso o disfrute del bien. Dentro de esta clasificación, no había ningún inconveniente en calificar como contratos de efectos reales a la compraventa, la permuta, el suministro, la donación, el mutuo, el arrendamiento, el comodato, el depósito, el secuestro y la prenda. De esta manera, lo que podríamos venir a llamar 'doctrina tradicional' admitió que la entrega de un bien tenía la virtud de perfeccionar determinados contratos o de ejecutarlos, sobre la base de la función que en ambos supuestos debía tener el hecho propio de la entrega en la naturaleza de cada contrato. Sin embargo, no está demás indicar que esta 'tradicionalidad' del carácter real de determinados contratos no nace propiamente del derecho 'romano', sino a partir de la época de Justiniano, por lo que aquella afirmación tan comúnmente empleada de que en Roma se gestó el concepto de contrato real no es sino cierta a partir de la época Justinianea.

Contra la aparente solidez de lo que hemos denominado 'doctrina tradicional' surgió, como primer problema explicativo, la admisión de lo que hoy se entiende como contratos manuales. En esta clase de contratos, como se conoce, la entrega, ubicada dentro del plano de ejecución del contrato, es coetánea a la conclusión del mismo; y, sin embargo, no es considerada como un elemento esencial de existencia del contrato. Ello sucede, por ejemplo, en todos los contratos con efectos reales de ejecución instantánea. Sin embargo, en rigor, dentro del concepto de contrato manual, podemos ubicar todos aquellos contratos en donde algún efecto real, que nace en la etapa de ejecución contractual, se produce en el mismo instante en el que se realiza el perfeccionamiento del contrato. Un ejemplo de nuestra última afirmación lo brinda el contrato de compraventa de bienes inmuebles. En la compra, pues, de bienes inmuebles, el contrato queda perfeccionado con el solo acuerdo de voluntades; concluyéndose con el consentimiento la formación del contrato y, sin embargo, puede haberse diferido para un tiempo posterior a la conclusión del contrato la entrega física del inmueble objeto de la venta. Pese a lo expuesto, sabemos que en nuestra legislación hay un efecto real que nace y surge en el mismo acto de la compraventa del bien inmueble, y este efecto real es el de la transferencia de la propiedad que se produce en favor del comprador con la sola declaración de voluntad de los contratantes. Ello no es otra cosa que la coincidencia en un mismo acto de la etapa de conclusión y ejecución de un negocio jurídico que es importante destacar; pues, lo que aquí sucede es que coincide el momento obligacional y el real en un mismo acto, lo que no significa que se afirme la realidad de este contrato."

Hasta aquí las expresiones del Doctor Fernández Cruz.

– Nuestro punto de vista.

Coincidimos con el Doctor Fernández Cruz cuando señala que la compraventa no es un contrato real, vale decir que no se celebra con la entrega del bien. No obstante ello, nos reafirmamos en que el contrato de compraventa, dentro del régimen peruano, es un contrato meramente obligacional. Así lo dispone el artículo 1529 del Código Civil de 1984. La transferencia de propiedad no se produce en favor del comprador, con la sola declaración de voluntad de los contratantes. La declaración de voluntad de los contratantes da lugar a la celebración (y no al perfeccionamiento) del contrato de compraventa. Y, como los hemos expresado al analizar las expresiones del Doctor Jack Bigio, no es que exista coincidencia entre el momento de la celebración del contrato y la ejecución del mismo, sino que la ejecución de la obligación de transferir propiedad, cumplida por mandato de la ley, coincide con el momento del nacimiento de la obligación, que técnicamente es distinto al momento de la celebración del contrato del cual constituye su objeto; aunque cronológicamente sea prácticamente imperceptible la diferencia temporal entre uno y otro momentos.

(3) Posición del Doctor Alfredo Bullard Gonzales.

El Doctor Alfredo Bullard[110] en un trabajo publicado en diciembre de 1991, expresa sus preocupaciones sobre la transmisión de la propiedad y la exclusión de los derechos de terceros en virtud de dicha transferencia de propiedad. Lo relevante de la posición de Alfredo Bullard, para nuestro análisis, está constituido por las siguientes palabras:

"¿Cómo se transmite la posibilidad de excluir?.

Hemos visto que el '**quid**' de la propiedad radica en esta posibilidad de excluir a los demás. Sólo así el propietario internaliza de manera efectiva las externalidades. Por tanto, le corresponde al sistema jurídico, a través del diseño de la estructura del sistema de derechos de propiedad, crear los incentivos necesarios para una eficiente asignación de recursos. Aquí entra a tallar aquel carácter del sistema de derechos de propiedad que íbamos a relacionar con la exclusividad: la transferibilidad.

Tradicionalmente se nos ha dicho que uno de los principios básicos que inspira y organiza un sistema de transferencia de propiedad es el de 'seguridad jurídica'. Según este principio la transmisión de la propiedad debe estar dotada de una serie de garantías que permitan al adquirente sentirse seguro de la operación de 'compra' de un derecho, favoreciendo así el tráfico y la circulación económica de los bienes (y, en el fondo, la reasignación de los recursos a sus usos más valiosos).

En términos económicos, la seguridad en el tráfico está íntimamente vinculada con los conceptos que hemos venido desarrollando. La decisión económica de los individuos debe tener bases de racionalidad, de manera que todo efecto pueda ser previsto por el agente. Ello implica que el azar, por la irracionalidad que le

(110) BULLARD GONZALES, Alfredo. Un Mundo sin Propiedad. Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble. En la Revista Derecho, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 45, Páginas 131 a 175. Lima, diciembre de 1991.

es consustancial, debe ser eliminado como elemento que pueda afectar el resultado de una decisión. Siendo la transferencia de la propiedad un claro caso de decisión económica (es, en términos latos, la operación base de todo el sistema de mercado), el sistema debe estar orientado a eliminar el azar.

El riesgo que está presente en toda transferencia radica en el hecho de que podría no transmitirse al adquirente la potestad de excluir a los demás, o que la posibilidad de exclusión no sea transmitida en términos perfectos (por ejemplo, que se transmita una propiedad gravada con un derecho real de garantía o sobre la que recaiga un usufructo y que no permitiría excluir en ciertas circunstancias al acreedor o al usufructurario, respectivamente). Si este riesgo no es racionalizado, el potencial adquirente puede decidir no comprar o hacerlo a un precio que se encuentre por debajo del valor real del derecho que se adquiere. Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito, pues el precio que se fije va a ser, de ordinario, considerablemente menor al de otro inmueble sí registrado. La protección registral y la certeza que ésta brinda son la explicación a este mayor valor. En el fondo, lo que hace la diferencia es que quien compra siente que el registro le garantiza una posibilidad de exclusión más perfecta y, por tanto, más valiosa. En el inmueble no registrado entra a tallar el azar, y con ello la irracionalidad. Por lógica consecuencia, la posibilidad de excluir ya no es tan cierta. Este riesgo podría determinar que se adquiera una propiedad que no permita excluir, por ejemplo, a un adquirente anterior. Estaríamos entonces ante una propiedad disfuncional o, dicho de una manera más clara, ante la ausencia de un auténtico derecho de propiedad.

Un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquirente la certeza de poder excluir a cualquier otro pretendido adquirente, es decir, una posibilidad de exclusión total. Un sistema que no reuna estas características no permite una efectiva internalización de todos los beneficios y costos externos (externalidades), por lo que no creará los incentivos necesarios para una eficiente asignación y uso de los recursos escasos. De ello se derivarán, a nuestro entender, dos consecuencias:

(a) La falta de certeza en la transmisión de la facultad de excluir determinará que muchas operaciones de intercambio que, por su naturaleza, serían eficientes (correcta asignación de recursos) no se lleven a cabo, por la incertidumbre que dicha adquisición significaría para un potencial nuevo titular.

(b) En los casos en los que se llegue a dar la transmisión del derecho, pero no exista certeza absoluta de la propia titularidad del transferente o del contenido de las facultades que confiere, los propietarios se comportarán en cierto grado como si su propiedad, teóricamente exclusiva, fuese común. No se sentirán incentivados a invertir y hacer producir el bien, por lo menos en el mismo nivel en que se comportarían si su facultad de excluir fuese completamente cierta. Veamos sino el caso de un adquirente que advertido por su abogado de la necesidad de inscribir su derecho para poder efectivamente sentirse propietario, retrasa ciertas inversiones que pensaba realizar en el bien (por ejemplo construir una edificación), a la espera del momento en que la inscripción se produzca.

Estas consecuencias de un sistema de transferencia ineficiente generan costos no deseados. Estos costos se ven a su vez maximizados por una característica típica del comportamiento económico de los individuos: la aversión al riesgo. El concepto de aversión al riesgo se contrapone con el de neutralidad al riesgo. Como señala Polinsky, la aversión al riesgo significa que los individuos toman en cuenta no sólo el valor esperado del riesgo sino la magnitud absoluta del mismo. Así, por ejemplo, una persona con aversión al riesgo, a diferencia de una persona neutral al mismo, no va a ser indiferente entre una pérdida cierta de I/. 5'000,000 (se hace referencia al Inti, moneda peruana vigente a la fecha de publicación del trabajo transcripto) y el 10% de posibilidades de perder I/. 50'000,000 con certeza, a correrse el riesgo de estar en la situación de perder I/. 50'000,000. Para el neutral al riesgo, esto es totalmente indiferente. Esta característica del individuo se refleja claramente en la formación y entrenamiento que recibimos los abogados. En general estamos preparados para comportarnos como si tuviésemos una exagerada aversión al riesgo cuando aconsejamos a un cliente. Por ejemplo, cuando hacemos un estudio de títulos antes de una compraventa solemos 'asustar' a nuestro cliente, mostrándole las posibles consecuencias de una imperfección en los títulos, por más que la posibilidad o la eventualidad que pueda generar el riesgo que se presente, pueda casi ser reducida al absurdo. Incluso, en estas circunstancias muchas veces aconsejamos que no se realice la compra hasta que los títulos no hayan sido saneados. Ello ha hecho que nos ganemos la fama de 'trabar' las operaciones de intercambio comercial e inmobiliario.

La aversión determina que el individuo no tome en cuenta la magnitud racional del riesgo, sino que tienda a exagerarlo, deformando los presupuestos de base mediante los cuales se orientan las decisiones económicas. Grafiquemos esto con un ejemplo. 'X' es propietario de una casa que es deseada por 'A' y 'B'. 'A' es neutral al riesgo y 'B' tiene aversión al mismo. 'A' valoriza la casa en 90 y 'B' en 100. En este sentido lo deseable, por ser lo económicamente eficiente, es que sea 'B' el que la compre, pues valoriza el bien más que 'A' (y por tanto, se puede presumir que habrá una asignación del recurso a su uso más valioso). Imaginemos ahora que el precio fijado por 'X' sea igual a 60. Imaginemos también que no existe un registro público que dé certeza a nuestra adquisición, por lo que existe estadísticamente un 30% de posibilidades que la transferencia de propiedad no sea perfecta (porque, por ejemplo, no tenemos cómo saber si 'X' le vendió previamente la casa a un tercero). Tanto 'A' como 'B' van a 'castigar' su valorización de la casa si es que se comportan como individuos económicamente racionales. Este 'castigo' es producto de la incertidumbre que la adquisición del inmueble genera.

El resultado es que 'A' estará dispuesto a pagar como precio 63 (90-27=63, siendo 27 el 30% de la valorización de 90 hecha por 'A'). Siendo esta cifra mayor que el precio fijado por 'X', habrá acuerdo ('A' estaría ganando 3, es decir 63-60=3), y por tanto se concretará la operación de compraventa. El comportamiento de 'A' grafica claramente su neutralidad al riesgo: el 'castigo' en su valorización refleja la magnitud estadística del riesgo asumido. Pero veamos qué pasa con 'B'. Por efecto de la aversión al riesgo

va a castigar el precio en un porcentaje mayor a la magnitud estadística del riesgo. Digamos que sólo estaría dispuesto a comprar el inmueble si el precio resulta siendo inferior a un 'castigo' de su valorización en 45%. Los 15 puntos porcentuales adicionales al castigo que hace 'A', reflejan el costo de su riesgo, o dicho de otra forma, cuánto estaría dispuesto a recibir por correr un riesgo de 30% de quedarse sin su adquisición. El resultado es que sólo estará dispuesto a pagar 55 (100-45=55, siendo 45 el 45% de la valorización de 100 hecha por 'B'). Siendo esta cantidad menor al precio fijado por 'X' (y a lo que está dispuesto a ofrecer 'A'), 'B' no comprará el bien, pues esta operación le significaría a 'X' una pérdida estimada de 5 (60-55=5), a pesar que en términos absolutos pudo ser la solución más eficiente.

Cambiemos ahora uno de los supuestos. Asumamos que existe un sistema registral confiable que nos da un 100% de certeza. La propiedad de 'X' aparece inscrita en Registros Públicos, y el sistema legal le garantiza tanto a 'A' como a 'B' que si compran el inmueble su adquisición será inatacable, es decir, podrá excluir efectivamente a todos los demás. En este supuesto, el hecho que 'A' sea neutral al riesgo y 'B' tenga aversión al mismo no tiene ningún efecto. Esta situación nos es diferente. Hay seguridad, desaparece la incertidumbre, y el azar deja de ser un mecanismo de asignación de recursos. La decisión económica se torna completamente racional. Así, será 'B' (quien valoriza más la casa) quien finalmente la comprará. Esta solución es la más eficiente, pues lleva a una correcta asignación de los recursos, permitiendo que la propiedad cumpla la función que le corresponde e internalice las externalidades.

Según lo que hemos visto, ¿cómo se debe transmitir la facultad de excluir? O dicho en otros términos, ¿qué requisitos debe cumplir un sistema de transferencia de derechos de propiedad? A nuestro entender deben cumplirse tres requisitos:

(a) Que la propiedad (posibilidad de excluir) esté reconocida objetivamente en el derecho positivo, de manera que su diseño le permita internalizar los costos y beneficios externos

(externalidades derivadas del uso y disfrute del bien) de la manera más efectiva al menor costo posible.

(b) Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva, de un titular a otro, la posibilidad de excluir a todos. Esto significa que el derecho que se transmita sea cierto en su existencia y en su contenido. Sólo a partir de que el adquirente recibe la facultad de exclusión, puede cumplir la propiedad su función económica y social.

(c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognocibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir. No olvidemos que todo adquirente antes de tener esa condición se comporta y siente como un tercero (en efecto lo es) y que, por tanto, su decisión debe basarse en criterios ciertos y racionales. Esto implica certeza en la apariencia del derecho, a fin de eliminar comportamientos ineficientes derivados a su vez de la aversión al riesgo que suele caracterizar a los individuos. El signo de cognocibilidad tiene que ser público, de fácil identificación, en lo posible inequívoco, que no pueda dar origen a una publicidad dual (esto es, que no pueda publicitar dos derechos de propiedad idénticos sobre el mismo bien), y de un relativo bajo costo en relación al valor del bien cuya propiedad publicita. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognocibilidad (por ejemplo, de la inscripción en el registro correspondiente). De lo contrario, estaremos ante el absurdo de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye.

¿Transmite el sistema peruano la facultad de excluir?.

Un mundo en el que nadie puede excluir a nadie es un mundo sin propiedad. Es un mundo plagado de externalidades no internalizadas, y por tanto un mundo económicamente ineficiente y disfuncional. Nuestro Código Civil ha tomado como punto de partida la necesidad de la existencia de derechos de propiedad y, por tanto, ha asumido darle a la propiedad la función descrita has-

ta este punto. La pregunta que cabe hacerse es si la regulación del Código es coherente con la ideología que lo inspira. Podríamos embarcarnos en una inacabable discusión en torno a la conveniencia o no de un sistema de propiedad privada. Para unos, la propiedad privada es la clave en la solución de todos los problemas económicos que la convivencia humana plantea. Para otros, el diseño liberal de propiedad privada tiene una serie de limitaciones para resolver muchos de nuestros problemas, e incluso nos plantea problemas nuevos, pero no dejan de reconocer que es un sistema que puede tornarse en deseable si es que se toman ciertas medidas correctoras y se es conciente de las limitaciones que tiene. Finalmente, para otro grupo la propiedad privada es la fuente de todos los males de la sociedad moderna. Esta discusión, plagada de determinantes valorativos y no exenta de dogmatismo, es ajena a la intención de este trabajo. Sólo buscamos hacer un análisis de la coherencia (o incoherencia) que tiene nuestro sistema. Este parte de ciertas premisas y asigna ciertas funciones a determinadas instituciones. Pero en el 'camino' legislativo estas funciones se disipan en una serie de discusiones 'Kafkianas', de doctrinas confusas y abstractas, de razonamientos circulares y conceptos sobrenaturales que cobran inusitada vida propia. Nuestro propósito es buscar, de una manera concientemente superficial, cuánto de coherencia se ha perdido en este tránsito por el 'Paraíso de las Ideas Jurídicas' y que se encuentra, como todo paraíso, tan lejos de la realidad.

Nuestro Código Civil habla de la propiedad, dedicándole el Título II del Libro V (artículos 923 a 998), sin perjuicio de otros varios artículos dispersos en otras partes del mismo cuerpo legal. Además existen innumerables disposiciones contenidas en una serie de otras normas (leyes urbanas, reglamento general de construcciones, leyes agrarias, normas sobre propiedad horizontal, etc.). Así, la propiedad atraviesa nuestro sistema y es quizás la columna vertebral del derecho patrimonial privado.

Uno de los puntos más importantes es el que concierne a los bienes inmuebles. Toda actividad humana requiere de un ámbito, de un espacio geográfico donde llevarse a cabo. La vivienda, la producción industrial, la agricultura, la educación, la recreación,

etc., requieren de inmuebles y, por tanto, de derechos de propiedad que por medio de la facultad de exclusión permitan a los individuos asignar estos recursos escasos (que son la tierra y las edificaciones) a sus usos más valiosos. Esto nos lleva a aplicar el marco general desarrollado en los puntos anteriores al régimen de transmisión de la propiedad inmueble.

En nuestro diseño legislativo la norma clave parecería ser el artículo 949 del Código Civil:

Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Esta norma recoge la teoría francesa según la cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente. En términos latos, la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros. Ello quiere decir que carece de la cualidad de ser un signo de cognocibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quién goza de la titularidad para excluirlos de la relación. Si el artículo 949 fuese el único referido para la transferencia de propiedad, la disfuncionalidad del sistema sería evidente. Pero cualquier abogado sabe que esto no es así y que el postulado propuesto en el 949 no funciona en la realidad tal como se ha descrito.

Imaginemos al cliente que acude a un estudio de abogados y le pregunta a uno de sus integrantes desde qué momento sería propietario del inmueble que desea comprar. Imaginemos que el abogado se limita a leerle y explicarle el texto del artículo 949. El cliente, confiado en que el simple contrato lo hará propietario, sale de la oficina y celebra el contrato de compraventa. Cuando va a tomar posesión de su inmueble se da con la sorpresa de que éste está ocupado por un tercero, el mismo que tiene su derecho inscrito. Al pedirle su título de propiedad el ocupante le enseña al cliente una escritura pública cuya fecha es posterior al contrato

que él celebró. Recordando las palabras de su abogado y utilizando un poco de sentido común le dice que este título no tiene ningún valor, pues en la fecha que se celebró ese contrato él ya había celebrado con anterioridad otro contrato con el propietario; por tanto, en la fecha de la escritura pública quien le vendió al ocupante no era propietario, y como nadie puede transferir el derecho que no tiene queda claro que el único título válido es el suyo. Sin embargo, en el juicio que siguió con el ocupante el cliente se da con la sorpresa de que el poder judicial le da la razón a la otra parte.

El error en el consejo del abogado está en haber confundido la definición formal (y abstracta) contenida en el Código, con el funcionamiento del Derecho en la realidad. En el transfondo de la pregunta del cliente estaba la siguiente inquietud: ¿A partir de cuándo podré yo excluir a los demás? Para fines prácticos esto es lo único que le interesa. El abogado le contestó una pregunta distinta: ¿Desde cuándo dice el Código Civil que tengo un derecho llamado 'propiedad'? Como vimos en el ejemplo, las respuestas a estas dos preguntas son diferentes. El Código habla de una relación jurídica a la que llama 'propiedad', que aparece en el momento en que se celebra el contrato. Pero esta 'propiedad' es una propiedad relativa (lo que en sí mismo es un contrasentido), pues no permite excluir a todos. Tan es así, que un 'adquirente' posterior, pero que inscribe su derecho con anterioridad, no podrá ser excluido. En realidad, nadie es un auténtico propietario al celebrar un simple contrato. La respuesta del abogado debió ser otra. Debió decirle a su cliente que nada significaba el simple contrato para los fines de exclusión absoluta (y que se grafican claramente en la expresión 'esto es mío', lo que por contraposición quiere decir que no es de nadie más) y que si se quería sentir un auténtico propietario debería tomar las medidas y previsiones necesarias para inscribir inmediatamente su adquisición en los Registros Públicos. A esta conclusión parecería llegarse a través de la lectura de otros dispositivos contenidos en el Código."

Hasta aquí las expresiones del Doctor Bullard.

– Nuestro punto de vista.

Los comentarios del Doctor Alfredo Bullard revisten varios aspectos que consideramos necesario comentar.

El primero de ellos se basa en enfocar el problema desde su ya tradicional perspectiva del Derecho relacionado directamente con la Economía, lo que le lleva a expresar conceptualmente y en gráficos, de una manera bastante acertada, sus preocupaciones en referencia al tráfico comercial y a las probables trabas que al mismo pudiera afectar un sistema imperfecto de transferencia de propiedad, punto que relaciona con la posibilidad del propietario de excluir a los demás en relación al derecho de propiedad mismo, y hasta cuestionar si dentro de un sistema de transferencia de propiedad imperfecto estamos o no en presencia o ausencia de un verdadero derecho de propiedad. Por lo demás, consideramos que la posición del Doctor Bullard coincide con la preocupación general en el sentido de que el Sistema de Transferencia de Propiedad Francés, implantado en nuestro país desde inicios de la República, deviene en imperfecto. Para ello basta recordar las opiniones que sobre el particular daba el ilustre Manuel Augusto Olaechea en su famoso Memorándum a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 (cuyo texto íntegro obra en este Tomo de nuestro Tratado de las Obligaciones). En él el Doctor Olaechea, más allá de manifestarse partidario de los Sistemas que garantizan una propiedad absoluta, sobre todo el Alemán, hacía referencia a que el sistema de transferencia de propiedad adoptado en nuestro país crea una propiedad relativa.

Creemos evidente que el artículo 949 del Código de 1984, no puede ser interpretado aisladamente, y que jamás podría separarse de las normas relativas a la concurrencia de acreedores y de los preceptos del Libro de Registros Públicos del propio Código. Es claro que el artículo 949 es capaz de crear una propiedad relativa. Olaechea estaba en lo cierto.

Pero no por ello el artículo 949 deviene en un precepto abominable. Simple y llanamente expresa un principio abstracto, contra el cual las partes libremente pueden pactar. Adicionalmente,

creemos que la verificación de todos los datos a que hace referencia el Doctor Bullard cuando plantea la hipótesis de una consulta a un abogado respecto de la compra de un bien inmueble, representarán el complemento de la seguridad jurídica absoluta de la que precisamente adolece el propio artículo 949.

Así las cosas, podríamos llegar a afirmar que del artículo 949, si bien puede entenderse que crea una propiedad relativa, también puede deducirse que dicha propiedad se convertirá en absoluta, en la medida que las partes contratantes -y obviamente sus abogados- apliquen adecuadamente el resto de normas que complementan el principio dentro del propio Código y fuera del mismo, para -de este modo- lograr un derecho de propiedad verdaderamente sólido y estable.

(4) Posición de los Doctores Max Arias Schreiber Pezet y Carlos Cárdenas Quirós.

Los Doctores Max Arias Schreiber Pezet, y Carlos Cárdenas Quirós en el Tomo IV de su Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, aparecido en el año 1991[111], hacen un análisis histórico de la evolución del tema de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, y luego señalan lo siguiente en relación al régimen que hoy nos rige:

"De conformidad con el artículo 949 del Código Civil, 'la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario'.

Este artículo mejora sustancialmente la redacción del artículo 1172 del Código Civil de 1936, sustituyendo la expresión genérica 'la sola obligación de dar' contenida en él, que podía inducir a error respecto a sus alcances, por la frase 'la sola obligación de enajenar'.

(111) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de CARDENAS QUIROS, Carlos, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Angela y MARTINEZ COCO, Elvira. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo IV. Los Derechos Reales, Páginas 286 a 288 y 300 a 305. Librería Studium, Lima, Perú 1991.

Como se sabe, las obligaciones de dar no sólo tienen por objeto transferir el dominio de un bien o pagar la cosa debida, sino también transferir el uso o posesión de un bien o restituirlo a su propietario. A pesar de esta circunstancia y del texto del artículo 1172 citado, éste debía entenderse aplicable sólo a la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles y no regía para cierta clase de contratos, como los de arrendamiento o comodato, por ejemplo, regulados por sus propias normas.

La redacción del artículo 949 circunscribe el ámbito de su aplicación y aclara definitivamente sus alcances. Debe relevarse además su actual ubicación en el Libro V dedicado a los Derechos Reales (Sub-Capítulo IV.- Transmisión de la propiedad del Título II) y no en el Libro relativo al Derecho de Obligaciones, como ocurría en el Código de 1936.

Del artículo 949 se deriva que, el solo acuerdo de voluntades, en el caso de los bienes inmuebles, basta para transmitir el dominio. En consecuencia, será suficiente, por ejemplo, que comprador y vendedor se pongan de acuerdo sobre el bien que es objeto del contrato y el precio que se ha de pagar por él para que no solamente se produzca el efecto de haberse consumado el contrato y surgido un derecho al bien para el acreedor (**ius ad rem**), sino que simultáneamente éste adquiera la propiedad (**ius in re**).

Las excepciones a este principio lo constituirán el pacto en contrario del artículo 949, el pacto de reserva de propiedad regulado por los artículos 1583 a 1585 del Código Civil y la 'disposición legal diferente' a la que alude aquél. A este respecto es preciso puntualizar que la expresión 'salvo disposición legal diferente' no puede entenderse referida al caso previsto por el artículo 1135 del Código Civil, sino a supuestos como el de la Ley N° 13517 (Ley Orgánica de barrios marginales), que en su artículo 28 establece que el único título que acredita el derecho de propiedad pri-

vada sobre terrenos, parcial o totalmente integrantes de un barrio marginal, es el inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble con carácter definitivo, conforme a ley.

El artículo 1135 del Código Civil regula la hipótesis excepcional de que el deudor se hubiera obligado a entregar un mismo inmueble a diversos acreedores, como consecuencia de cualquier acto jurídico que implique una obligación de dar: contratos de donación o de arrendamiento -cuando el supuesto no fuese el previsto por el artículo 1670 del Código- por ejemplo, y no exclusivamente el de compraventa, y señala las normas de preferencia para la entrega que en ese supuesto operan. La preferencia que se otorga al acreedor de buena fe que hubiese inscrito primero su título está dada en función de que el hecho de la inscripción califica un mejor derecho oponible al de los otros acreedores, basado en la diligencia en el actuar, que torna ineficaces los otros títulos referidos al mismo bien inmueble. El artículo ofrece por tanto una solución obligacional al caso del concurso de acreedores y no una de carácter real al de pluralidad de propietarios. En consecuencia, no es exacto que el artículo 1135 otorgue a la inscripción la calidad de 'modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria'.

Conforme a lo expuesto hasta aquí puede sostenerse que a la voluntad de las partes corresponde un papel vital en la transmisión de la propiedad. Es, como dirían los hermanos Mazeaud, el '**titulus ad adquirendum**', y por sí sola produce tal transmisión. Pero es también el '**modus adquirendi**'.

Como explica Raymundo M. Salvat, 'en las legislaciones que, como el derecho francés (léase también derecho peruano), aceptan la transmisión de la propiedad de los inmuebles por la sola fuerza de las convenciones, la distinción entre modo de adquirir la propiedad y título, al menos en las relaciones entre las partes contratantes, carece ya de interés y aplicación práctica: el modo y el título se confunden; la venta, la donación son a la vez el uno y el otro'.

Por lo tanto, no se exige la inscripción en el registro para que la transferencia quede perfeccionada.

En el Perú, el registro no tiene otro significado que servir de aviso para los terceros. Sin embargo, en puridad de conceptos, tiene un triple objetivo:

i. Protección al titular de un derecho real, para que su ejercicio sea respetado.

ii. Respeto por parte de la sociedad del derecho legalmente constituido.

iii. Protección del interés y del derecho de los terceros.

Si nos encontrásemos en un sistema de publicidad perfecto, podría tenerse la certeza acerca de si el dominio adquirido es definitivo o no lo es; que el título goza de corrección y legalidad. Intervendría finalmente el Estado para garantizar la exactitud de las operaciones que se realicen, otorgando seguridades a los contratantes."

Adicionalmente, los Doctores Max Arias Schreiber y Carlos Cárdenas plantean algunas consideraciones respecto a una hipotética solución al problema planteado por el sistema de transferencia de propiedad que impera en nuestro país.

"Nuestro sistema registral se sustenta en diversos principios, de los cuales hay que destacar el de la especialidad, consagrado por el artículo 13 del Reglamento de las inscripciones. Por el principio de la especialidad, llamado también del 'folio real', el estado jurídico-dominial de la unidad inmobiliaria denominada finca se concentra en un solo instrumento (partida registral). En ese folio especial que se dedica a cada inmueble, deben constar todos los derechos reales constituidos sobre él y las variaciones que sufra en el tiempo. Este sistema otorga mayor certeza y seguridad a las inscripciones e información que el Registro se encuentra obligado a suministrar. Pero la aplicación del sistema del folio real no es suficiente."

Se ha expresado con razón (Mensaje ministerial de elevación del Proyecto de ley por el cual se establecen las normas a

las que deberá ajustarse el funcionamiento de los catastros territoriales (Argentina). El proyecto se convirtió en la Ley # 20440 de 22 de marzo de 1973) que 'para que las constancias del folio real representen una seguridad de la efectividad de los derechos que se reflejan se requiere, desde luego, que ninguna mutación se opere sin que se controle que quien transfiere una propiedad constituye un gravamen o realiza un acto similar, procede en virtud de un título jurídico suficiente, como también que en el respectivo acto jurídico se han observado las formas legales. Pero además se requiere que el inmueble objeto del derecho reflejado en el folio haya sido precisamente identificado y ubicado. La primera función de control de antecedentes jurídicos del título y de las formas del acto de mutación, la cumple el propio registro inmobiliario. La segunda función es ajena al registro inmobiliario y debe ser cumplida por el catastro territorial'.

Es preciso por ello, la ejecución del catastro en todo el territorio del país, particularmente en sus dos aspectos esenciales, el físico y el jurídico. De este modo se logrará determinar la correcta ubicación de los inmuebles, fijar sus dimensiones lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura y otras características y, además, sanear definitivamente los correspondientes títulos de propiedad.

La realización del catastro ya no tropieza con las dificultades de antaño. Los avanzados elementos técnicos y científicos disponibles en el momento actual lo hacen posible.

No se entienda por esto, sin embargo, que el catastro es un mecanismo de desenvolvimiento relativamente reciente. Muy por el contrario. El término 'catastro' proviene de la voz latina '**capistratum**', que significa registro del impuesto por cabeza. Su origen se encuentra en los egipcios. Aun Roma lo conoció, aplicándolo los árabes en España.

Ahora bien, para obtener resultados satisfactorios, es preciso lograr una correlación simultánea y armónica entre el registro inmobiliario y el catastro territorial máxime si aquél se sustenta en el sistema del folio real.

El catastro debe pues convertirse en el complemento ideal de los registros.

'Será posible así, comprobar la efectiva existencia de los inmuebles, sus características físicas, el uso que se les da o que podría dárseles, el estado de posesión en que se encuentran. Mientras que los catastros complementarán los registros brindándoles la constancia de la existencia real y estado de posesión de los inmuebles que son objeto de los actos jurídicos, los registros complementarán los catastros, brindándoles información de los derechos reales que puedan invocarse sobre los inmuebles' (Mensaje...).

Son innumerables las ventajas de un catastro, pero aparte de las jurídicas tributarias, etc., y debido a la información recogida sobre la riqueza inmobiliaria y su distribución, el catastro puede convertirse en un instrumento decisivo de planeamiento social y económico.

Desde el punto de vista jurídico, sus virtudes son varias:

-Constituiría el sustento ideal del sistema registral inmobiliario.

-Impediría la especulación sobre inmuebles inexistentes. Los fraudes vinculados con esta situación no son precisamente poco frecuentes. La imperfección del sistema registral vigente permite que se inventen fincas que no tienen existencia en la realidad.

-Evitaría los problemas tan frecuentes de superposición de propiedades, pues podría conocerse con exactitud los linderos y medidas perimétricas de los predios.

-Evitaría igualmente la doble inscripción de un mismo inmueble en el Registro.

-Suprimiría la posibilidad de que se construya en terreno ajeno de buena fe, por falta de conocimiento de la correcta ubicación de los inmuebles; situación tan común en nuestro medio.

-Debido a su actualización permanente, dificultaría la edificación clandestina de construcciones por usurpadores.

-Permitiría la identificación de las tierras abandonadas.

-Promovería, en fin, las operaciones inmobiliarias, que aumentarían su volumen al basarse en un régimen que asegura la realidad de los inmuebles.

La puesta en práctica del catastro debe ser inmediata, pero es imprescindible que vaya aparejada del perfeccionamiento del Registro Inmobiliario.

Estimamos que es preciso imponer en nuestro país el sistema de la inscripción, en forma distinta a la vigente, exigiendo ésta como requisito constitutivo de todos los derechos reales que se establezcan sobre la propiedad inmueble inscrita.

Se partiría en ese caso de una realidad efectiva, pues gran parte de los inmuebles en nuestro país se encuentran registrados. Se impondría la obligatoriedad del registro sólo para esos casos en adelante. El sistema se extendería a los inmuebles no inscritos, una vez que se incorporasen al Registro. Progresivamente, y de modo natural se generalizaría el sistema.

Mediante la inscripción constitutiva, se descartaría, por ejemplo, la posibilidad de la venta del mismo bien a un segundo o tercer adquirente que ignoraba la primera enajenación y, aun la venta de lo ajeno.

De otro lado, la prescripción adquisitiva o inscripción no operaría respecto del propietario con derecho inscrito en el Registro.

Como explicaba el Profesor Oliveira en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 'el sistema de la inscripción armoniza con el concepto moderno del derecho de propiedad. Cuando se mira este derecho como una relación meramente privada, se puede concebir que se transmita por efecto de la mera voluntad; pero cuando se le considera como una función

social, como una relación pública que interesa a todos, entonces se comprende la necesidad de que en su nacimiento, en su trasmisión y en su extinción intervenga el Estado, en su carácter de representante de la colectividad, a fin de prestarle las condiciones necesarias para el cumplimiento de su fin'.

Por su lado, el catastro deberá establecerse con los siguientes propósitos principales:

-Determinar la correcta ubicación, límites, dimensiones, superficie y linderos de los inmuebles, con referencia a los títulos jurídicos invocados o a la posesión ejercida.

-Establecer el estado parcelario de los inmuebles y regular su desarrollo.

-Conocer la riqueza territorial y su distribución.

-Elaborar datos económicos y estadísticos de base para la legislación tributaria y la acción de planeamiento de los poderes públicos.

Para el efecto será necesario imponer como unidad catastral básica a la parcela.

La parcela es 'la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindada por un polígono de límites, perteneciente a un propietario o a varios en condominio, o poseída por una persona o por varias en común, cuya existencia y elementos esenciales consten en el documento cartográfico de un acto de levantamiento territorial inscrito en el organismo catastral' (Artículo 5 de la Ley # 20440).

El estado parcelario del inmueble deberá establecerse mediante el levantamiento territorial (mensura). Deberá pues fijarse la ubicación del inmueble y sus linderos; su situación jurídica; y sus medidas lineales, angulares y de superficie.

Conclusiones:

A. Es necesario que se dicte una Ley de Catastro que permita asegurar las condiciones mínimas indispensables para su desenvolvimiento eficaz.

B. A ello deberá unirse el perfeccionamiento del Registro, mediante la existencia de la inscripción constitutiva de derechos reales para los inmuebles registrados, a fin de que el catastro se complemente adecuadamente con aquél.

C. Resulta conveniente que se cree una Dirección Nacional de Catastro, a la que debe encargarse entre otras funciones, las siguientes:

-Ejecutar y registrar los actos de levantamiento territorial.

-Conservar las marcas y mojones de levantamiento territorial.

-Exigir declaraciones juradas a los propietarios o poseedores de los inmuebles.

-Realizar inspecciones a fin de mantener actualizado el estado parcelario de los inmuebles o para comprobar infracciones por parte de sus propietarios o poseedores.

-Expedir certificados catastrales que acrediten el estado parcelario.

D. La realización de actos jurídicos mediante los cuales se constituyan, transmitan, declaren o modifiquen derechos reales sobre inmuebles, deberá efectuarse sobre la base de los certificados catastrales, a fin de que tales actos respondan exactamente al contenido de los certificados.

Si es compartida la convicción que tenemos de que el Derecho, 'que es rémora detestable y odiosa cuando como reloj parado marca una hora inamovible en su esfera, es la garantía

insustituible para los valores personales, cuando marcha a compás del tiempo y cuando sirve para abrir cauce a la concepción del mundo y de la vida que tiene la generación que ha de cumplirlo' (Ramón Serrano Suñer, Siete Discursos, Página 115, Ediciones FE, 1938), podrá comprenderse nuestra posición acerca de la necesidad de transformar el sistema registral de nuestro país e introducir sin temor el catastro, brindando a éste una regulación adecuada que permita su efectivo desenvolvimiento.

Hay que sacudirse creativamente del conservadorismo que impera en esta materia, para beneficio no sólo de nuestro sistema jurídico, sino también del país. Ellos nos lo exigen."

Hasta aquí las expresiones de los profesores citados.

– *Nuestro punto de vista.*

Consideramos sumamente valiosas las apreciaciones de los Doctores Max Arias Schreiber-Pezet y Carlos Cárdenas Quirós en relación al análisis histórico y la situación actual del problema de la transferencia de la propiedad en el Código Civil Peruano de 1984.

Adicionalmente, nos parece muy positivo el que hayan dado un paso adelante a la simple crítica, proponiendo soluciones al tema en cuestión. De las soluciones anotadas por los mencionados profesores, nos parece sumamente acertado el énfasis que ponen en la necesidad de implantar un catastro obligatorio, a fin de registrar todos los inmuebles de la República.

En lo que respecta a su propuesta en relación a la creación de un Registro constitutivo y no declarativo de derechos, coincidimos con ellos. En lo que sí discrepamos es en el hecho de que esta situación pueda llevarse adelante en la actualidad. A pesar de las bondades del Registro obligatorio para los actos futuros sobre los bienes ya registrados -propuesta planteada en la sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, de fecha 19 de agosto de 1925, por el doctor Solfy Muro, y a la cual se ad-

hirió el doctor Pedro M. Oliveira y que recogemos en nuestros planteamientos de eventual reforma legislativa al artículo 949 del propio Código Civil-, creemos que tales modificaciones sólo podrían llevarse adelante si se diesen las condiciones y facilidades económicas a los Registros Públicos en el Perú, si se instalase un personal absolutamente honesto y eficiente en los mismos, y si cambiase la idiosincrasia de nuestro pueblo, muy proclive a la informalidad en todos los planos, como son la vida misma, la persona, la familia y todos los ámbitos de la actividad jurídica, civil y comercial.

(5) Posición del Doctor Miguel Torres Méndez.

El mencionado profesor[112] analiza y plantea una interpretación sobre el tema que nos atañe, la misma que transcribimos a continuación:

"En el título de la compraventa, en el capítulo referente a las disposiciones generales, el artículo 1529 del Código Civil peruano establece que por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero. Claramente se puede apreciar entonces que esta norma consagra el régimen del 'Título y el Modo'. Es decir, establece que la modalidad del sistema legislativo de la Unidad del Contrato adoptada es el de la Yuxtaposición de los Principios de la Unidad y la Tradición. Pues sanciona que la compraventa sólo obliga a transferir, no transfiere. En consecuencia, la compraventa, tanto mobiliaria como inmobiliaria, según esta norma, no es traslativa, sino obligatoria.

Sin embargo, por otro lado, en el título de la Propiedad, en el subcapítulo referente a la Transmisión de la Propiedad, el artículo 949 del mismo Código establece que la sola obligación de

---

(112) TORRES MENDEZ, Miguel. Estudios Sobre el Contrato de Compraventa, Parte I, Páginas 132 a 135 y 143 a 151. Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 1993.

enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Según esta norma, entonces, la compraventa inmobiliaria es traslativa y no obligatoria. Ello porque establece que la transferencia se produce sin que sea necesario el cumplimiento o ejecución de la obligación de transferir, sino que basta únicamente que se haya constituido dicha obligación. Y como para la constitución de ésta sólo es necesario a su vez la celebración de la compraventa, esto quiere decir, pues, que la transferencia inmobiliaria se consigue con la sola celebración de dicho contrato.

Puede apreciarse, en consecuencia, que se suscita una flagrante contradicción entre dos normas del Código Civil peruano sobre la naturaleza jurídica de la compraventa inmobiliaria. El problema finalmente se reduce al siguiente cuestionamiento: ¿La compraventa inmobiliaria es obligatoria o traslativa en el Código Civil peruano?; o, lo que es lo mismo: ¿qué modalidad del sistema legislativo de la Unidad del Contrato ha adoptado el Código Civil peruano para la compraventa inmobiliaria, el Principio Contractual Puro o la Yuxtaposición de los Principios de la Unidad y la Tradición?.

El objeto del presente punto es encontrar la solución correcta al problema planteado."

(...)

"Realmente resulta incomprensible cómo el nuevo Código Civil peruano, lejos de haberlo subsanado, como era lo debido y pertinente, ha incurrido en el mismo error de su antecesor el derogado Código Civil de 1936. En efecto, ya esta anterior codificación civil incurría en esta contradicción sobre la naturaleza jurídica de la compraventa inmobiliaria al prescribir en el artículo 1383 que 'Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa, y el comprador a pagar el precio en dinero' (dándole así naturaleza obligatoria); y al establecer, asimismo, en el artículo 1172 que 'la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario' (dándole así naturaleza traslativa). En el Código Civil

peruano de 1936 tampoco se sabía entonces qué modalidad del sistema legislativo de la Unidad del Contrato se había adoptado para la compraventa inmobiliaria, si el Principio Contractual Puro o la Yuxtaposición de los Principios de la Unidad y la Tradición.

En el vigente Código Civil peruano (1984) entonces, esta contradicción es, se podría decir, un problema heredado de su antecesor, el abrogado Código Civil peruano de 1936. De esta manera, podría pensarse entonces que su solución es la misma que se dio u obtuvo doctrinariamente para dicho anterior Código. Es decir, podría pensarse que la solución de este problema en el vigente Código Civil peruano (1984) es la misma que se dio para el derogado Código Civil peruano de 1936. Sin embargo, puede comprobarse con decepción que dicho problema no fue resuelto doctrinariamente para dicho derogado Código. Esto quiere decir que la duda y confusión que enmarca este problema se mantuvo siempre durante la vigencia del nuevo Código Civil de 1984."

(...)

"Dado que ninguna de las posiciones doctrinarias que se han dado para solucionar este problema ha resultado correcta, debe aportarse entonces la solución al mismo, la que para ser tal debe, pues, gozar de los más sólidos e irrebatibles fundamentos.

Como es claro apreciar que de las normas del sub-capítulo referente a la transmisión de la propiedad del Código Civil, la única que contradice o entra en conflicto con el artículo 1529 (norma definitoria del contrato de compraventa) del mismo Código es el artículo 949, también del mismo Código; la solución debe encontrarse entonces en esta última norma. En efecto, la norma que ocasiona el problema es el artículo 949. Esto porque el artículo 1529 consagra la naturaleza obligatoria de la compraventa de manera general o sin especificar si se trata sólo de la mobiliaria o inmobiliaria. De tal manera que las normas que establecen cómo se realiza la transferencia de propiedad de estos bienes, los muebles y los inmuebles, deberían consolidar la naturaleza obligatoria de la compraventa, tanto mobiliaria como inmobiliaria, que consagra el artículo 1529. Sin embargo, sólo con el artículo 947, referente a

los bienes muebles, se cumple o se da esta necesaria concordancia. Por el contrario, el artículo 949 referente a los bienes inmuebles, como se ha planteado, contradice y entra en conflicto con el artículo 1529.

Al señalar que la solución al problema planteado se debe encontrar en el propio artículo 949, se está queriendo decir que de lo dispuesto por esta norma se debe encontrar alguna situación a través de la cual dicha norma se adecúe o concuerde, como ocurre con el artículo 947, con lo establecido por el artículo 1529.

Así, puede apreciarse que el artículo 949 conjuntamente con sancionar la regla como opera la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles, establece asimismo dos excepciones o salvedades a dicha regla. Esto significa que hay dos situaciones en las cuales la transferencia de propiedad de los inmuebles no opera con 'la sola obligación de enajenar', como estatuye esta norma. Estas salvedades o excepciones son, en primer lugar, el 'pacto en contrario'; y, en segundo lugar, 'salvo disposición legal diferente'.

La primera de estas excepciones, el 'pacto en contrario', no otorga la solución al problema planteado dado que éste es un problema legal y por tanto exige también una solución del mismo carácter, esto es, legal. El pacto en contrario, como se aprecia, es una situación de carácter convencional y no legal. Simplemente se trata del ejercicio de la autonomía privada de las partes. En tal sentido, no soluciona el problema planteado, sino que sólo representa un acuerdo de mejor conveniencia o acomodo de las partes frente a una situación en particular, en este caso la transferencia de propiedad. De tal manera que en este caso con el pacto en contrario las partes, evitan caer en el problema legal, se sustraen de él imponiéndose una regla voluntaria; pero dicho pacto no resuelve en modo alguno este problema porque la ley (el Código Civil) sigue ofreciendo dos normas contradictorias, sigue estableciendo para una misma situación dos sanciones contrapuestas.

La solución se encuentra finalmente entonces en la segunda de las excepciones o salvedades que establece el artículo 949 del

Código Civil. Esta consiste, como ya se ha indicado en la disposición legal diferente, ya no el pacto en contrario ('salvo disposición legal diferente'). En otras palabras, se trata de que la regla es que la propiedad sobre los inmuebles se transfiere con el solo surgimiento o constitución de la obligación de enajenar y que sólo se transferirá de una manera distinta si es que existe una ley que así lo sancione.

Pues bien, la solución al problema planteado consiste entonces en que como el artículo 1529 es contrario al artículo 949, se trata, pues, de una disposición legal diferente a esta última norma. Esto quiere decir, por tanto, que no hay conflicto en realidad entre estas dos normas. El artículo 1529 es una excepción al artículo 949. Es decir, para el vigente Código Civil peruano la propiedad de los inmuebles se transfiere con la sola obligación de enajenar, como establece el artículo 949, vale decir, con la sola celebración del contrato (ya que éste es el que crea dicha obligación); salvo para el caso de la compraventa, por cuanto para el caso concreto de este contrato, cuando éste versa sobre un inmueble, la transferencia de propiedad de este bien no la produce la compraventa, pues el artículo 1529 establece que ella no trasfiere derecho alguno, sino simplemente crea la obligación de transferir.

De esta manera se puede comprobar entonces que la compraventa inmobiliaria en el vigente Código Civil peruano es obligatoria y no traslativa.

Esta conclusión se ve reforzada por la aplicación del principio general del derecho consistente en que 'norma especial prima sobre norma general'. En efecto, puede comprobarse que el artículo 949 es la regla general sobre la transferencia de propiedad inmobiliaria dando esta misma norma la posibilidad de dos excepciones a esta regla, las cuales son, como se ha visto, el pacto en contrario y cuando exista una norma que disponga una situación distinta. Esta última salvedad o excepción consiste entonces en una norma especial sobre la materia en cuestión. O sea, se trata de la existencia de normas especiales que establezcan excepciones a la regla general contenida en la norma general, esto es, en el artículo 949. Como el artículo 1529, como se ha visto, es una

disposición legal diferente al artículo 949 (norma general), se trata, pues, de una norma especial. Y esta última es la que resulta de aplicación en la compraventa inmobiliaria y no el artículo 949 en virtud del principio mencionado.

Ahora, es necesario refutar las dos objeciones que de plano van a oponérseles, a esta conclusión que novedosamente se está aportando. La primera de ellas consiste en que siendo la compraventa inmobiliaria obligatoria porque no le es aplicable el artículo 949 ello significa que la compraventa sólo es el 'título' para la adquisición del inmueble faltando entonces el 'Modo' de adquirir el mismo. En otras palabras, siendo la compraventa inmobiliaria obligatoria, el 'título' que justifica que se realice la transferencia es la compraventa, pero, ¿cuál es el 'modo' por el cual se va a producir finalmente dicha transferencia?. Parecería advertirse que según la solución que se está aportando al problema planteado, el vigente Código Civil peruano no estaría estableciendo o contemplando dicho 'modo'.

En segundo lugar, podría objetarse también que si, como se fundamenta, el artículo 949 es la regla general que no resulta aplicable para la compraventa por ser el artículo 1529 una disposición legal diferente, especial; ello ocurre también entonces con los demás contratos de finalidad traslativa de dominio que regula el Código Civil, lo cual ocasionaría que el artículo 949 no tuviera aplicación alguna.

Contestando la primera de estas objeciones debe concluirse igualmente que definitivamente, al no aplicársele el artículo 949 a la compraventa inmobiliaria, legislativamente no hay 'modo'. Así es, el vigente Código Civil peruano no contempla o regula el 'modo' a través del cual se debe transferir la propiedad de un inmueble cuando hay de por medio la compraventa de este bien como 'título'. La pregunta, de inexorable formulación, es entonces la siguiente: ¿cómo se va a transferir la propiedad entonces? Se ha visto que con tan sólo el 'título' que es lo único que hay en este caso, no opera la transferencia. ¿Querrá esto decir acaso que en este caso no puede producirse nunca entonces dicha transferencia? Evidentemente no. Si bien esta situación constituye

realmente una omisión legislativa, ésta no significa que no pueda llegar a producirse la transferencia de propiedad; lo cual implicaría, pues, un inaceptable impedimento del tráfico inmobiliario que, evidentemente, no se da.

Pues bien, como se está frente a un vacío legal, se debe recurrir entonces a la aplicación analógica de la ley para encontrar el 'modo' de transferencia de propiedad aplicable a los inmuebles en el Código Civil peruano y llenar así dicho vacío.

Así, se tiene que como el único modo de transferencia de propiedad que regula el Código Civil peruano es el aplicable a los muebles consistentes en la 'tradición' o entrega, este modo puede, pues, también aplicársele análogamente a los inmuebles. Por tanto, la transferencia de propiedad de los inmuebles operará con la entrega de los mismos.

Por supuesto que esta aplicación analógica sólo operará cuando no haya acuerdo de las partes sobre cómo debe trasferirse la propiedad de los inmuebles, dado que pueden ellas mismas llenar este vacío legal acordando el 'modo' de transferencia de propiedad que más les convenga; en cuyo caso, pues, se estará frente a la situación del pacto en contrario y no habrá problema alguno en cuanto a dicha transferencia.

Al igual que los bienes muebles, el vendedor deberá, pues, entregar el inmueble materia de la compraventa al comprador para transferir la propiedad del mismo debido a que para el Código Civil peruano el 'modo' de transferencia de propiedad aplicable a los inmuebles resulta ser, por analogía, la tradición o entrega.

En cuanto a la segunda de las objeciones debe señalarse al respecto que si bien para todos los contratos con finalidad traslativa de dominio que regula el Código Civil éste sanciona normas que constituyen disposiciones legales diferentes al artículo 949, esto no significa que esta norma no tenga ninguna aplicación posible, por cuanto ella sólo no resulta aplicable a los contratos típicos, pero sí a los atípicos. Las disposiciones legales diferentes son los artículos 1529, 1621 y 1602 para los contratos de compra-

venta, donación y permuta respectivamente. Esta situación implica, inexorablemente, que el artículo 949 sólo tiene una aplicación parcial. No sólo la compraventa inmobiliaria sino también la donación inmobiliaria y la permuta inmobiliaria, son contratos obligatorios y no traslativos porque así lo establecen las normas anteriormente mencionadas. De tal manera que se puede comprobar que en ningún contrato típico la propiedad inmobiliaria se transfiere con la sola obligación de enajenar como dispone el artículo 949, ya que siempre hay de por medio una disposición legal diferente (artículos 1529, 1621 y 1602), excepción o salvedad prevista por el propio artículo 949.

Por tal razón, puede comprobarse que el artículo 949 sólo se aplica para los contratos atípicos. Esto significa que sólo los contratos atípicos que generan la obligación de enajenar un inmueble son traslativos. Esto se debe a que para dichos contratos no existe, pues, disposiciones legales diferentes a lo dispuesto por el artículo 949.

Es posible que la solución que se está aportando pudiera parecer algo audaz o no ortodoxa al afectar o ir en contra considerablemente de una norma del Código Civil, el artículo 949. Esto es, al dejarla casi sin ámbito de aplicación o limitarla lo más posible. Sin embargo, tal situación es la que necesariamente se imponía o ameritaba, realmente, como solución al considerable problema planteado. Ello obedece a que, como se ha mencionado al principio, la norma que entra en conflicto con todo el sistema orgánico contractual ('título' productor de efectos obligacionales únicamente) y de transferencia de dominio (producto de un 'modo', es el artículo 949. Claramente se puede apreciar que es el régimen del 'título y modo' el propugnado por el Código Civil peruano, por lo que al no condecirse esta norma con el sistema crea este problema cuya única solución posible es adecuarla o ajustarla lo más posible al sistema; razón por la cual, pues, la solución propuesta es acertada."

Hasta aquí las expresiones del Doctor Torres Méndez.

– ***Nuestro punto de vista.***

Coincidimos con el Doctor Torres en que la compraventa no es un contrato traslativo sino obligatorio. Pero nuestras coincidencias con su posición terminan en este punto.

Tal como ha sido expresado por nosotros al analizar algunas otras opiniones, la transferencia de la propiedad inmueble no se produce con el solo contrato, lo que equivale a decir, con el mero consentimiento de las partes, sino que representa la ejecución -ordenada por la ley- de la obligación de transferir propiedad surgida de dicho contrato.

Considera el Doctor Torres que existe una flagrante contradicción entre el contenido de los artículos 949 y 1529; opinando que se ha repetido en el Código de 1984 la incoherencia que al respecto tenía el Código Civil de 1936.

Por nuestra parte, podemos afirmar que no existe contradicción alguna entre el artículo 1529 del Código Civil, que establece que el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien al comprador, y el artículo 949, a través del cual se expresa que la sola obligación de enajenar un bien inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. La primera de las normas es propia del Derecho de los Contratos (vale decir, de las relaciones obligatorias), en tanto que la segunda es propia de los Derechos Reales. Lo que ocurre es que técnicamente el contrato genera obligaciones. En este caso, el contrato genera la obligación de transferir la propiedad, obligación que nace del contrato y que no debe confundirse con él, obligación que la ley da por ejecutada, como rezago de los dispositivos que al respecto contenía el Código Napoléon y teniendo como fundamento el mismo que expresamos al analizarlos.

Adicionalmente, el Doctor Torres propone se consoliden las normas del Código Civil en relación a la transferencia de propiedad, respecto de la naturaleza obligatoria del contrato de compraventa, ratificándose en que los artículos 949 y 1529 son normas

contrapuestas; lo que, como hemos señalado anteriormente, no es compartido por nosotros.

No creemos en la solución interpretativa que el Doctor Torres da al aparente problema de la contradicción de los artículos 949 y 1529 del Código Civil Peruano. En el razonamiento del Doctor Torres, al establecerse en el artículo 949 que "la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente...", el artículo 1529 constituiría una excepción a la regla establecida por el artículo 949. Es más, el mencionado profesor llega a afirmar que además del artículo 1529, relativo al contrato de compraventa, constituyen disposiciones legales diferentes al artículo 949, los artículos 1602 (relativo al contrato de permuta) y 1621 (referido al contrato de donación); razonamiento desde el cual concluye en que el artículo 949 no es de aplicación a estos supuestos, sino únicamente al resto de contratos que impliquen la obligación de transferir la propiedad.

No creemos tenga sentido esta afirmación, por cuanto el artículo 949, si bien es de aplicación general a la contratación en la que existe obligación de transferir la propiedad, resulta aplicable -por excelencia- al contrato de compraventa, al contrato de donación y al contrato de permuta. De no considerarlo así, podríamos estar seguros que el ámbito del artículo 949 sería tan reducido o estaría tan restringido, que los actos a los que les sería aplicable no pasarían de un número ínfimo de contratos a través de los cuales una de las partes se obligase a transferir la propiedad de un bien a otra.

El artículo 1529 no puede devenir -de ninguna manera- en excepción del artículo 949, ya que si así fuese el artículo 1529 sería la regla y el artículo 949 quedaría como una diminuta excepción.

Por último, el Doctor Torres sostiene que el Código Civil Peruano de 1984 no contempla el modo de transferir la propiedad de los bienes inmuebles, al no aplicarse el artículo 949 al contrato de compraventa -sobre el que se basa su estudio-. Dice que como

no hay modo sino título (el aludido contrato de compraventa), hay una omisión legislativa, un vacío legal, proponiendo efectuar una interpretación analógica en relación al artículo 949, llegando a sostener que la transferencia de la propiedad inmueble opera en el Perú por la entrega, salvo pacto en contrario, posición que redondea con una serie de argumentos de orden práctico.

Discrepamos de tan ilustrado parecer, ya que se aleja absolutamente de las raíces históricas del artículo 949, y de la correcta interpretación que del mismo hizo la Escuela Exegética Francesa, para comprender cabalmente el modo de la transferencia de la propiedad inmueble dentro del Sistema Francés, que -como hemos visto- es también el peruano.

Creemos que el punto se encuentra ya lo suficientemente aclarado como para volver sobre el mismo.

(6) Posición del Doctor Hugo Forno Flórez.

En noviembre de 1993 el Doctor Hugo Forno[113] planteó una posición bastante peculiar sobre el tema, la misma que se consigna seguidamente:

"En el Derecho francés antiguo continuó acentuándose la espiritualización de la transferencia de dominio que ya se había iniciado en el Derecho Romano. Se fue introduciendo poco a poco la práctica de agregar en los contratos una cláusula llamada **dessaisine-saisine** (desposesión-posesión) en cuya virtud el enajenante declaraba haber abandonado la posesión de la cosa en manos del adquirente, quien a su vez declaraba haberla recogido. No interesaba qué hubiese ocurrido en la realidad, de tal manera que la tradición, todavía indispensable para operar la

(113) FORNO FLOREZ, Hugo. El contrato con efectos reales. En Ius et Veritas, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 7, Páginas 77 a 87. Lima, noviembre de 1993.

transferencia de propiedad, se convirtió por obra de la cláusula **dessaisine-saisine** en un modo absolutamente espiritual, es decir, en una declaración de voluntad de las partes, en una cláusula contractual; en suma, se confundió con el contrato mismo. El uso de esta cláusula fue generalizándose a tal punto que con el tiempo se convirtió en una cláusula de estilo y se la consideró sobreentendida en todos los contratos aunque no hubiese sido expresamente consignada. De esta manera, el artículo 1138 del Código Civil francés, al consagrar la espiritualización de la transferencia de propiedad, no hizo sino recoger lo que ya era una costumbre extendida en la práctica jurídica.

Sin embargo, no es la costumbre extendida en forma irreflexiva y espontánea el único factor que, aisladamente considerado, contribuye a la consagración de la trasmisión de la propiedad **solo consensu**. Las enseñanzas de la escuela filosófica del derecho natural son determinantes en este proceso. La voluntad del individuo es considerada un instrumento todopoderoso al punto que en ella se hace reposar la justificación y razón de ser del contrato. La propia idea de la libertad de actuación de los particulares encuentra su justificación en la voluntad individual (la llamada autonomía de la voluntad).

No era posible -según los postulados de la escuela iusnaturalista- que la omnipotente voluntad individual no pudiera por sí misma producir la transferencia de la propiedad y la constitución de los demás derechos reales. No parecía que la razón pudiera justificar la necesidad de un acto material para transferir una entidad puramente ideal como es el derecho de propiedad; el ordenamiento jurídico debía reconocer a la voluntad individual en toda su real dimensión y así quedó consagrado en el artículo 1138 del Código de Napoleón tantas veces citado (y en otros más claramente aún, como el artículo 1583 en materia de compraventa).

¿Cómo es posible entonces que después de todo esto el codificador francés, abanderado de la transferencia **solo consensu**, haya 'olvidado' atribuir directamente al contrato el efecto traslativo y haya escrito en el artículo 1138 que la obliga-

ción de entregar la cosa hace al acreedor propietario de ella? La respuesta que puede encontrarse a esta interrogante es, aunque parezca mentira, tan sencilla como injustificada.

Como ya hemos tenido oportunidad de poner de manifiesto líneas atrás, el contrato en el Derecho Romano sólo fue concebido como fuente de obligaciones, incapaz siquiera de extinguirlas; el acuerdo para **distrahere obligationem** no era contrato. Pues bien, el legislador francés no fue capaz de superar este concepto de contrato, asaz estrecho y absolutamente injustificado. Dando un giro de la mayor trascendencia, demostró el coraje de plasmar, en contra de las enseñanzas que impartían las fuentes romanas, la espiritualización de la transferencia de propiedad, pero en cuanto a la noción de contrato no fue capaz de desembarazarse del peso de una tradición varias veces secular, pero que no encontraba ya, a esas alturas de la evolución del pensamiento jurídico, una válida razón de ser. Apoyado en la autoridad de Pothier recibió en términos indiscutidos e indiscutibles el concepto de contrato como la convención productora de obligaciones y sólo con ese reducido alcance lo plasmó en el artículo 1101.

El legislador francés se encontró así en un dilema que suponía, de un lado, el reconocimiento de la transferencia de la propiedad **solo consensu**, es decir en virtud del simple contrato, pero que, de otra parte, le impedía admitir un contrato que no estuviera limitado a la creación de obligaciones. La solución honesta de este problema hubiera exigido el abandono de alguno de los dos principios. O bien dejar el viejo concepto de contrato exclusivamente como fuente creadora de obligaciones, o renunciar a la espiriitualización de la transferencia de propiedad. Pero el legislador francés las quiso todas; quiso quedarse con Dios y con el diablo. Tuvo entonces que recurrir a un artificio, a una triquiñuela jurídica; se le ocurrió poner en el medio una obligación, haciendo derivar de ella el efecto traslativo de la propiedad y con eso todos los principios quedaban satisfechos, porque la transferencia era espiritual y no requería de un acto material, pero a la vez el contrato sólo producía obligaciones. No importó demasiado si la regla era coherente, después de todo el legislador es omnipotente en el

ámbito de lo jurídico y puede establecer cualquier cosa; nosotros tenemos también claros ejemplos de ello.

Pero algunos de los comentaristas de aquel Código y la doctrina comparada pronto se dieron cuenta del artificio y lo denunciaron. Los Mazeaud, por ejemplo, sostienen que 'El procedimiento normal por el que una persona se convierte en propietaria de un bien (o en titular de otro derecho real), fuera de una transmisión por causa de muerte, es la convención: por medio de una compraventa, de una donación o de una permuta se realizan casi todas las adquisiciones de propiedad entre vivos'. Más tarde agregan que '...la voluntad todopoderosa para crear obligaciones es todopoderosa igualmente para producir, sin ninguna formalidad ni tradición, transmisión de derechos reales: el contrato, además de su efecto obligatorio, posee un efecto real; la compraventa, por ejemplo, no sólo crea obligaciones entre las partes, sino que le transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida'.

Ya el legislador italiano de 1865, que siguió muy de cerca al francés, supo, no obstante la influencia que éste ejerció en las codificaciones de la época, desprenderse de la estrecha noción de contrato, considerando que la convención no encuentra ninguna sistematización en la doctrina ni en la ley. Por ello, habiendo aceptado la innovación francesa en torno a la espiritualización del sistema de transferencia de propiedad, no necesitó recurrir al mismo artificio que sus colegas y plasmó sin ambages el efecto real de los contratos en el artículo 1125 de su Código -hoy derogado- con una fórmula que sólo con algunos retoques fue recogida por el artículo 1376 del Código Civil italiano vigente.

Por su parte, el Código Civil peruano de 1936, en un sistema que puede considerarse mixto, adoptó del francés el sistema espiritualista sólo para los bienes inmuebles, repudiando explícitamente el sistema del título y el modo que entre tanto había elaborado el legislador alemán incorporándolo en el BGB. El artículo 1172 del Código Civil de 1936 señalaba, como ya se ha puesto de manifiesto líneas atrás, que 'La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario'. León Barandiarán, seguramente el más

conspicuo comentarista de ese Código, después de declarar que en el Derecho Romano no bastaba el consentimiento para la adquisición de la propiedad y que el Código francés instauró el principio opuesto, concluía a propósito de este artículo que '...con respecto a la cosa inmueble el régimen del código es claro: el mero consentimiento importa el acto de disposición'.

Según se ha puesto de manifiesto antes y se corrobora en la exposición de motivos, el artículo 1172 del Código Civil de 1936 sirvió de fuente al artículo 949 del Código vigente, que ha mantenido el texto de aquél con leves variantes, de modo que '...se continúa en el Perú con el sistema consensual de transmitir la propiedad inmobiliaria'.

Obsérvese pues que luego de este rápido **excursus**, una interpretación enfocada desde el punto de vista histórico nos confirma que en el Código Civil peruano de 1984 el sistema de transferencia de propiedad de bienes inmuebles es consensual y que por lógica consecuencia, en este ámbito el contrato produce -también- efectos reales.

Esta conclusión no queda desmentida por la dicción del artículo 949 de nuestro Código si se la apoya en una interpretación lógica del precepto que aquel artículo contiene. Veamos.

Si concordamos el artículo 1529 con el artículo 949 del Código Civil de 1984, resultaría que en virtud del primero, al celebrar una compraventa -por ejemplo- el vendedor se obligaría a transferir al comprador la propiedad de un bien inmueble -imaginemos que se trata de un inmueble determinado-, y en mérito al segundo, esa sola obligación habría transformado al comprador en propietario del bien, es decir, esa obligación habría quedado cumplida -y se extinguiría por cumplimiento- por el solo hecho de existir. Pero ¿es que acaso puede afirmarse que esa 'obligación' de enajenar, como la llama el artículo 949, es una verdadera obligación? ¿Es que acaso semejante 'obligación' tiene la misma estructura, el mismo contenido y la misma función que la doctrina y nuestro ordenamiento positivo asignan a las obligaciones en sentido técnico?

No es necesario realizar un análisis profundo de la estructura de la obligación para comprobar por qué la respuesta a las preguntas anteriores no puede ser sino negativa. Tal análisis no tiene que abarcar pues, todos los elementos que componen la obligación, lo cual nos tomaría más espacio del que disponemos, pero sí el elemento denominado prestación. Es ampliamente admitido que la prestación es uno de los elementos esenciales de la obligación o, si se prefiere, en palabras de Betti, de la relación de obligación. Esta tendencia no es ajena a nuestro propio Código que, si bien no contiene una norma que defina la obligación o que enumere explícitamente sus elementos estructurales, contiene en cambio muchas disposiciones de las que resulta claramente que la prestación es elemento esencial de la obligación. Sólo a título de ejemplo puede recurrirse para estos efectos a los artículos 1148, 1149, 1150, 1151, 1154, 1155, 1156, 1165, 1166, 1168. 1169, 1170, 1206, 1219, 1220, 1278, 1316, 1403, etc.

Pues bien, la prestación consiste en la realización de una conducta o actividad -incluso negativa- por parte del deudor. En efecto, la obligación, en la estructura que de ella elaboró el pandectismo alemán y que han adoptado hasta ahora las legislaciones, consiste siempre en un comportamiento o actividad que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor. Esta es también la noción de obligación que adoptó nuestro Código Civil vigente, noción que resulta claramente de los artículos 1132 (y siguientes), 1148 (y siguientes) y 1158 (y siguientes), que regulan el tipo de prestación debida; el artículo 1220 (y siguientes) que regula el aspecto del pago; el artículo 1314 (y siguientes) que regula la responsabilidad por inejecución de obligaciones, etc.

Esta forma de observar la prestación es ampliamente admitida por la doctrina más autorizada. Es por todos conocida la secular polémica en la que se han involucrado las doctrinas personalistas y las patrimonialistas con relación a la estructura de la obligación y al contenido del deber del deudor y del derecho del acreedor. Las primeras postulan que el derecho del acreedor recae en la conducta o comportamiento que el deudor debe desplegar -es decir, en la prestación, para ser congruentes con el deber del deudor que consiste precisamente en la ejecución de la

prestación-; y las segundas, que el derecho del acreedor más bien recae en el resultado que dicho comportamiento debe reportarle. Obsérvese, sin embargo, que aun en el caso en que se ponga el énfasis en el resultado esperado, no se puede desconocer que tal resultado lo será siempre como efecto del comportamiento del deudor (salvo cuando la satisfacción del interés del acreedor se obtiene por un medio distinto al cumplimiento) y dentro de los límites de la posibilidad de dicho comportamiento."

(...)

"Pero lo importante para los efectos de nuestro análisis no es determinar si las premisas de esta corriente patrimonialista son exactas o si resulta más acertado el fundamento de la tesis personalista. Lo que en todo caso sí resulta de la mayor relevancia, es que también dentro de la teoría del bien debido se postula que la prestación consiste en una conducta o actividad del obligado.

Considérese, por lo demás, que, tal como ya se ha anticipado, éste es también el sentido por el que se ha orientado a nuestro Código. La misma noción de cumplimiento supone el desarrollo de una conducta por parte del deudor y se corrobora con la referencia que el artículo 1314 hace a la diligencia ordinaria, o la graduación de responsabilidad en términos de culpa y dolo a que se refieren los artículos 1318 y siguientes del Código.

La explicación de esta forma de concebir la prestación obedece a la función que el ordenamiento asigna a la obligación. La satisfacción de los intereses privados puede tener que pasar necesariamente por la ejecución de un acto material a cargo de otro. En este caso, el interés quedará plenamente satisfecho cuando se actúe la cooperación de la conducta ajena necesaria, por lo que la obligación tiene como función servir de instrumento jurídico para actuar la satisfacción de intereses mediante la cooperación de la conducta ajena. En otras palabras, si se trata de la pintura de un retrato, de la construcción de una casa que el interesado no puede lograr por sí mismo o de la adquisición de la propiedad de un bien mueble determinado, el interesado sólo habrá quedado

plenamente satisfecho en la medida en que aquel que mediante un contrato haya comprometido su conducta (prestación entendida como cooperación material) efectivamente realice (y entregue) la obra o haga la tradición del bien.

Pero en otros casos, el interés del sujeto activo puede no requerir de un resultado material sino meramente jurídico (un mero efecto jurídico) sin que se requiera por ello de ningún acto material ajeno sino sólo la simple aceptación del afectado de soportar en su esfera el efecto jurídico negativo en beneficio del interesado. Este efecto jurídico puede lograrse mediante la propia actuación del interesado, es decir, del sujeto activo, y en ese caso se crea un situación jurídica subjetiva de ventaja -derecho potestativo, por ejemplo- y una situación jurídica subjetiva de desventaja -sujeción-; esas dos situaciones jurídicas correlativamente estructuradas configuran una relación jurídica que no es una relación obligatoria. En otros casos, la satisfacción del interés se logra como consecuencia directa del contrato, como en la renuncia o precisamente, en la transmisión del derecho de propiedad.

Pues bien, sólo en el primer tipo de supuestos, es decir, cuando la satisfacción del interés requiere de un comportamiento ajeno, podemos hablar de la necesidad de una obligación que asegure ese comportamiento. En el segundo caso el ordenamiento reconoce la producción de una relación jurídica distinta o directamente del efecto jurídico, por el solo hecho de haber celebrado el contrato. En tal sentido, si como sostiene Giorgianni, el interés del sujeto activo no se satisface mediante la conducta del sujeto pasivo, la estructuración de una relación jurídica obligatoria resulta totalmente inadecuada.

En nuestro caso, la ley establece que la adquisición del derecho de propiedad de un inmueble determinado no requiere de la conducta del deudor -como se necesita en cambio para la transmisión del derecho de propiedad de una cosa mueble- por lo que no cabe duda que esa transmisión deriva directamente del contrato sin que sea necesario el expediente de crear una obligación.

¿De qué obligación puede hablarse en el caso del artículo

949 del Código vigente? Se trata de una obligación que consiste en transmitir el derecho de propiedad, lo que supondría una actividad material del deudor consistente en dar, hacer o no hacer (que es la prestación) a través de la cual se produzca dicha trasmisión (cumplimiento). La prestación siempre es contenido u objeto, para quienes prefieren un enfoque distinto de la obligación. Pero en este caso, el interés del sujeto activo queda satisfecho mediante la obtención del derecho de propiedad y esa obtención se logra automáticamente sin necesidad de ningún acto material del sujeto pasivo. ¿Cuál sería la estructura de semejante 'obligación'? ¿En qué consiste la prestación que el 'deudor' debe ejecutar?

Si la obligación consiste en transmitir el derecho de propiedad y ese efecto -según el artículo 949 del Código- se logra mediante la sola obligación -de enajenar-, esa obligación es absolutamente inútil pues no puede darse siquiera la secuencia de obligación-cumplimiento ya que el pago de tal obligación se produce, con independencia de toda actividad del 'deudor', por el hecho de su misma existencia; ella se paga por sí misma, es su propio cumplimiento. Como dice Bianca, es una artificiosa construcción que consiste en una obligación que se extingue al mismo tiempo en que surge; una obligación, en definitiva, desprovista de toda pretensión crediticia. Es una paradoja inexplicable: la propia obligación significa cumplimiento de sí misma. La conclusión es pues, que el contrato produce directamente la atribución del derecho de propiedad.

Esto no impide que en ciertos casos, el contrato que produce la atribución directa del derecho de propiedad no pueda crear, a la vez, verdaderas obligaciones, pero sólo en la medida en que ello sea necesario. Por ejemplo, si el vendedor tiene que entregar el inmueble al comprador, es claro que surge una obligación que consiste en que el deudor realice todo aquello que sea necesario para poner el inmueble a disposición del comprador. Ciertamente, si el comprador fuera arrendatario o comodatario o de cualquier modo estuviera en posesión del bien, tal obligación tampoco surge.

No sería admisible sostener en contra de la tesis del efecto

real del contrato que aquí se postula, que de este modo no se podría explicar los contratos relativos a la transferencia de propiedad de bienes inmuebles ajenos o futuros o en los que se ha estipulado la reserva de propiedad, etc., debido a que en ellos la transferencia de propiedad no se produce inmediatamente al celebrarse el contrato. A quienes así razonan les sería aplicable la misma objeción porque es evidente que en los casos recordados la transferencia de propiedad tampoco se produce como consecuencia inmediata de contraer la sola obligación de enajenar.

Lo que ocurre en cualquier caso en que el efecto real no se puede producir como consecuencia inmediata de la celebración del contrato, se tiene un efecto real diferido que depende, respectivamente de la adquisición del bien ajeno por parte del enajenante, o de la existencia del bien, o del pago total del precio, etc.

En estos casos, surge una obligación que si bien no tiene por finalidad producir la transferencia de la propiedad, permite garantizar al adquirente la actuación del efecto real que no operó al momento de la celebración del contrato.

Podría pretenderse que esta discusión carece de toda relevancia práctica y que, en definitiva, el efecto resulta siendo el mismo ya sea que se sostenga que la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles determinados deriva directamente del contrato, o que se sostenga que el contrato genera la obligación de enajenar y que esta obligación transmite el referido derecho. Tal afirmación no puede ser compartida por dos órdenes de razones. En primer lugar, las cosas deben llamarse por su nombre; a cada institución debe dársele su lugar porque tiene su propia función dentro del ordenamiento jurídico. Pero en segundo lugar, sí puede haber diferentes efectos prácticos de indudable relevancia según la posición que se adopte.

Como se sabe, el contrato no es más la única fuente negocial de obligaciónes, como era en cambio la tendencia en los siglos pasados. Siguiendo modernas orientaciones, nuestro Código ha admitido la declaración unilateral como fuente de obligacio-

nes. En consecuencia, la obligación puede bien ser creada mediante un negocio jurídico de estructura unilateral, esto es, mediante la declaración de una sola parte. Por lo tanto, sería hipotéticamente posible que alguien prometa públicamente transmitir la propiedad de un inmueble determinado a quien se encuentre en una determinada situación o ejecute un determinado acto. En este supuesto, por disposición del artículo 1956 concordado con el artículo 1959 del Código Civil, la obligación surge y el promitente queda obligado por su sola declaración de voluntad desde el momento en que ésta se hace pública, y aquel que se encuentre en la situación prevista o realice el acto exigido en la promesa, queda convertido en propietario del inmueble en virtud del artículo 949 del Código, aun cuando ni siquiera conozca de la existencia de la promesa y de la obligación correspondiente. Si se quiere llegar al extremo de lo absurdo, podría incluso pretenderse que a partir de ese momento el nuevo propietario es responsable de los daños que la ruina del inmueble pueda causar, tal como lo dispone el artículo 1980 del Código. Lo mismo podría ocurrir en el caso del contrato a favor de tercero, del cual -por disposición de los artículos 1457 y 1458 del Código Civil- surge el derecho para éste, directa e inmediatamente de la celebración del contrato celebrado entre estipulante y promitente, y sin necesidad que el tercero intervenga en modo alguno en la formación o para la eficacia del referido contrato.

Debe concluirse por ello, que más allá de las expresiones utilizadas por la ley, la transmisión del derecho de propiedad de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto directo del contrato.

Cabe finalmente aclarar, que no se pretende defender un sistema de transmisión de propiedad espiritualista frente a un sistema que contemple un modo que permita una publicidad más o menos adecuada del derecho. Se trata tan sólo de interpretar cuál ha sido la orientación adoptada por nuestro ordenamiento positivo."

Hasta aquí las expresiones del Doctor Forno.

– Nuestro punto de vista.

En primer lugar debemos manifestar que la explicación con respecto al problema de la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles que expone el Doctor Hugo Forno Flórez es novedosa e interesante. No obstante ello, no la compartimos, por las siguientes consideraciones.

No creemos que el legislador francés haya "olvidado" atribuir directamente al contrato el efecto traslativo, y se haya expresado en términos obligacionales. La estructura del Código Napoléon y de muchos de los que lo siguieron se basa, fundamentalmente, en la teoría clásica que se encargó de aclarar y precisar posteriormente la Escuela Exegética Francesa, en el sentido de que el contrato es fuente de obligaciones, y que éstas tienen por objeto prestaciones que consisten en un dar, un hacer o un no hacer. Para bien o para mal -a nuestro entender para bien- el Código Civil Peruano de 1984 ha recogido este esquema clásico acerca del objeto del contrato, el mismo que, por lo demás, es compartido y esgrimido por la más calificada doctrina de nuestra tradición jurídica de todos los tiempos. Entre los que comparten esta teoría está, por sólo citar al más ilustre y renombrado de ellos, G. Baudry-Lacantinerie.

No consideramos, por ello, que el hecho de que el Código Napoléon haya considerado al contrato como fuente generadora de obligaciones constituya un error, sino un acierto, más allá de lo que significaba la absurda distinción entre contrato y convención -hoy en día superada ampliamente-.

El Doctor Forno insiste en la aparente contradicción existente entre los textos del Código Francés sobre la transmisión de la propiedad inmueble y el carácter obligacional del contrato de compraventa.

Consideramos que los Mazeaud, al expresar que el contrato además de sus efectos obligacionales tiene efectos reales, se equivocan, y lo que hacen es una interpretación en todo caso literal del artículo francés relativo a la transferencia de la propiedad;

al igual que se equivoca el Doctor León Barandiarán, porque no es el consentimiento el que transfiere la propiedad del bien, sino la ejecución legal de la obligación de transferir la propiedad, emanada del contrato a que da lugar dicho consentimiento; razón por la cual -nos ratificamos en ello- el contrato no transfiere de por sí la propiedad.

El autor del artículo bajo comentario se cuestiona si por las consideraciones esbozadas, se puede afirmar que en realidad la obligación de transferir la propiedad inmueble es una obligación. Por nuestra parte, creemos que no hay nada de extraño en ello; salvo el hecho de que se trata de una obligación cuya ejecución deviene en especial, por las consideraciones históricas que le dieron origen. Así, la obligación de transferir la propiedad inmueble, no deja de tener una prestación. Concordamos con el Doctor Forno en que la prestación es concebida por la generalidad de la doctrina y la más autorizada -además- como una actividad humana. Pero lo que ocurre en el caso de la obligación de transferir la propiedad inmueble -por los antecedentes históricos expresados-, es que esta obligación es la única que la ley no permite incumplir a los particulares que contraten en tal sentido. Así, es cierto que la obligación se entiende cumplida con la ejecución de la prestación debida, pero este es un caso excepcional en el cual la prestación la ejecuta la propia ley. Es así que en este caso, para la ejecución de la prestación debida no se requiere de ninguna conducta del deudor.

Por lo demás, estas consideraciones están en absoluta concordancia con el esquema teórico adoptado por nuestro Código Civil. Ahora bien, si no se cree en el esquema teórico plasmado en el Código -lo que es absolutamente lícito y normal-, no nos cabe la menor duda de que el resultado será diverso y -por consiguiente- las respuestas al problema planteado también lo serán.

Es cierto que el pago de la obligación de transferir la propiedad inmueble se produce con independencia de toda actividad del deudor, y que, como dice Forno, "ella se paga por sí misma". Pero nosotros sostenemos que tal situación no es siempre así, ya que existen determinados casos en los cuales dicha obligación no

se ejecuta por sí misma y en el mismo acto de su generación. Es el caso de las obligaciones de transferir la propiedad de bienes inciertos, de las obligaciones alternativas con prestaciones de dar bienes ciertos o inciertos, de las obligaciones de transferir la propiedad de bienes futuros o ajenos o de aquellos contratos en los que la ejecución de la mencionada obligación está sujeta a condición suspensiva.

El caso de los bienes ajenos es -por lo demás- ilustrativo del problema. Como ya fue expresado por uno de los coautores de este Tratado en una obra anterior[114], en el caso que una persona se obligue, en virtud del artículo 1529, a transferir a otra la propiedad de un bien inmueble ajeno, debemos aplicar como regla primera, la general que establece dicho artículo, es decir que a pesar de no ser propietario del bien al momento de la celebración del contrato, se ha obligado a transferir al comprador la propiedad del mismo. Sabemos que en el ordenamiento jurídico peruano, el contrato de compraventa no es en sí mismo traslativo de propiedad. Ahora bien, podría entenderse que surgiría un problema cuando analizamos el contenido del artículo 949 del Código Civil, que establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario del mismo, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Pero en realidad no hay inconveniente alguno. El Código Civil Peruano de 1984 permite la venta de un bien inmueble ajeno, ya que se podría vender un bien de este carácter aplicando el artículo 1529, obligándose a transferir la propiedad de ese bien al comprador. Lo que no puede hacer, obviamente, mientras no sea propietario de ese bien, es transferir su propiedad, pues carece de ella y, por tanto, de la facultad de hacerlo.

Así, el artículo 1529 es aplicable al caso de la compraventa de bienes ajenos en sentido estricto y, al utilizarlo, no salimos del

(114) CASTILLO FREYRE, Mario. Los Contratos Sobre Bienes Ajenos, Páginas 185 a 187. Obra editada con el auspicio del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología del Perú (CONCYTEC) Lima, Perú 1990.

campo meramente obligacional. Pero no podemos aplicar inmediatamente después de celebrado un contrato de compraventa de bien inmueble ajeno, el artículo 949 del Código Civil, ya que esta norma, ubicada en el Libro de los Derechos Reales, sólo será de aplicación cuando el vendedor tenga el derecho de propiedad del bien materia de la compraventa. Pensar siquiera lo contrario sería un absurdo.

Es así que se hace necesario distinguir cuándo estamos en el campo del Derecho de Obligaciones y cuándo lo estamos en el de los Derechos Reales, para saber en qué momento debemos aplicar una norma o abstenernos de hacerlo.

Dada la naturaleza de la obligación de transferir la propiedad de un bien ajeno, futuro o cualquiera otro de los supuestos enunciados líneas atrás, resulta imposible la aplicación inmediata del artículo 949, apenas nacida la obligación en cuestión. Se aplicará automáticamente el artículo 949 cuando el bien pertenezca al obligado -en el caso de los bienes ajenos-, cuando tenga existencia -en el caso de los bienes futuros-, cuando se haya producido la elección del mismo -en el caso de los bienes inciertos-, etc.

Por otra parte, queremos expresar nuestra discrepancia cuando el Doctor Forno sostiene que de tratarse de un negocio jurídico unilateral, no tendría sentido la ejecución inmediata de la obligación de transferir la propiedad inmueble, citando como ejemplo el caso de la promesa unilateral. Este tema no reviste problema alguno, por la sencilla razón de que las obligaciones en general requieren del asentimiento del acreedor de las mismas para recibir el pago, aun más cuando han surgido de la voluntad unilateral del deudor.

Además, si nos atenemos a la promesa unilateral de recompensa, ésta será una obligación unilateral en la cual resultará absolutamente imposible la ejecución de la obligación del deudor (el promitente) en la medida en que todavía no se halle identificada la persona que se ha hecho acreedora a dicha recompensa. Recién en este momento podríamos hablar de la ejecución de transferir la propiedad inmueble -si es que estamos en presencia y en

el supuesto de tratar de una obligación de estas características- y si es que el acreedor lo acepta.

Y si nos atenemos a los actos de liberalidad, es regla por excelencia en nuestro Derecho y en nuestra tradición jurídica que para que un acto de estas características sea válido, será absolutamente necesario contar con el asentimiento expreso o tácito del acreedor, quien será parte en el mismo.

(7) Posición del Doctor Ernesto Clemente Wayar.

A pesar de no tratarse de un catedrático de nuestra nacionalidad, consideramos necesario recordar la posición del renombrado profesor argentino Ernesto Clemente Wayar sobre el particular[115]. En dicha ponencia, el Doctor Wayar hizo alusión al tratamiento del tema en una serie de Derechos extranjeros, al igual que en el Derecho peruano, el mismo que -como ha sido dicho por nosotros en innumerables ocasiones-, tiene su fundamento y continuidad histórica en el Derecho Civil Francés.

En adelante las expresiones del citado profesor.

"El Derecho Francés está dominado, en esta materia, por el principio según el cual la propiedad se transmite por el solo consentimiento de las partes. Los redactores de Código Napoléon aplicaron ese principio en términos que no dejan lugar a dudas, cuando regularon el contrato de compraventa; en efecto reza el artículo 1583 del Código Civil Francés: 'Es perfecta (la venta) entre las partes, y la propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador, desde el instante en que se conviene sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada todavía ni pagado el precio'. Como se advierte, la sola celebración del contrato

(115) WAYAR, Ernesto Clemente. La Teoría del Título y el Modo. Conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Lima el día martes 9 de agosto de 1994, en el Congreso de Derecho Civil Patrimonial organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

produce, automática e inmediatamente, la transmisión del dominio. Para que esta consecuencia se produzca no es necesaria la tradición; basta el simple intercambio de oferta y aceptación, es decir, basta el mero consentimiento.

Al consagrar esta solución -opinan Planiol y Ripert- los autores del Código Napoléon 'modificaron la noción histórica de la compraventa', pues se apartaron notoriamente del Derecho Romano. Tampoco aceptaron, en este punto, las enseñanzas de Pothier, para quien la transmisión de la propiedad no era un elemento del contrato, pues el vendedor no se obligaba a transferir derechos sino a entregar la cosa y a garantizar una posesión quieta y pacífica.

En suma, el Código Napoléon -resume Carbonnier- apartándose de las fuentes, refundió el mecanismo de transmisión con el contrato generador de la obligación, 'dando por resultado la directa eficacia transmisiva del acuerdo', de tal suerte que el comprador se convierte en propietario de la cosa desde el momento en que haya debido ella ser entregada (o sea, desde la concertación del contrato), aunque la tradición no haya tenido lugar."

(...) "El principio según el cual la propiedad se transmite por el solo consentimiento de las partes no funciona cuando se presentan determinados impedimentos:

(a) La transmisión **ipso facto** de la propiedad sólo puede tener lugar cuando se venden objetos existentes al tiempo de formarse el contrato y que pueden ser determinados individualmente. Por el contrario, si se venden cosas futuras (una casa por construir) o cosas genéricas (200 metros de tela metálica), parece obvio que la transferencia no se pueda operar inmediatamente; habrá que esperar que la cosa futura se haga realidad o que las cosas genéricas sean individualizadas.

(b) Las partes, en ejercicio de la libertad de contratar, pueden pactar un plazo para transferir el dominio de las cosas vendidas, postergando la transmisión para un momento posterior

a la concertación del contrato. Estos pactos pueden tener por objeto evitar que el comprador tome sobre sí, desde la fecha del contrato, los riesgos de la cosa (**res perit domino**), ya que postergan la adquisición dominial.

(c) Tratándose de ventas de inmuebles, si bien el contrato es plenamente eficaz interpartes y transmite **solo consensu** el dominio, tales transferencias son inoponibles a los terceros mientras no sean adecuadamente publicitadas por medio de inscripciones en registros especiales."

(...)

"Afirman los Mazeaud que el sistema de la transmisión de la propiedad por el solo consentimiento de las partes, implica un doble peligro:

(a) La transmisión '**solo consensu**' y la situación de los terceros. Si la propiedad de la cosa vendida se transmite del vendedor al comprador por el solo consentimiento, ¿en que situación quedan los terceros (v. gr., los acreedores de ambos contratantes)? ¿Puede el orden jurídico consentir que por esta vía se perjudique a quienes no intervengan en la celebración del contrato?.

Adviértase que los terceros, en condiciones normales, no están obligados a investigar los actos que formalicen sus deudores o acreedores, de modo que las ventas o compras que éstos realicen serán para aquéllos actos desconocidos. El problema es particularmente grave si se tiene en cuenta que la transmisión dominial queda concretada por el mero consentimiento; al ser innecesaria la tradición, bien puede el vendedor permanecer en posesión de la cosa -creando una apariencia que induzca a engaño a sus acreedores- y desligarse de la titularidad del derecho real de propiedad. Pero no sólo los acreedores pueden convertirse en víctimas. También puede ocurrir que una misma cosa sea vendida a distintas personas; una sola de ellas terminará siendo propietaria, las demás habrán formalizado una adquisición a **non domino** con todas las dificultades que esta situación implica.

Este peligro -admiten los Mazeaud- se atenúa en materia de inmuebles, pues la venta de tales bienes es inoponible a los terceros si no ha sido inscrita en el registro respectivo."

(...)

"En definitiva, el sistema de transmisión sólo consensu encierra peligros ciertos para los terceros de buena fe.

(b) La transmisión '**solo consensu**' y el principio '**res perit domino**'. El sistema que estudiamos puede resultar perjudicial para el propio comprador. En efecto, si el derecho de propiedad ingresa al patrimonio del que adquiere en el mismo instante de perfeccionarse el contrato, también desde ese momento los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa por caso fortuito quedaran a su exclusivo cargo, aunque no hubiera mediado tradición o entrega de los efectos vendidos. Es esta solución una consecuencia natural del principio **res perit domino** (las cosas se pierden para su dueño) vigente en el Derecho Francés.

El comprador sólo puede pretender un resarcimiento por la pérdida o deterioro de la cosa, si logra probar que el vendedor incurrió en culpa o mora al acaecer el caso fortuito. Es también posible pactar un plazo o término para transferir el dominio, de este modo, si bien el vendedor permanece en posesión de la cosa, conserva la titularidad del derecho de propiedad, cargando, por consiguiente, con los riesgos del caso. Esta posibilidad de postergar la transmisión dominial sirve de fundamento a Aubry y Rau para afirmar que el traspaso de la propiedad por el solo consentimiento no es de la esencia del contrato de compraventa.

Sin desconocer las dificultades que ofrece el sistema francés, es posible destacar algunas ventajas: simplicidad, comodidad y rapidez en las transacciones."

Hasta aquí las expresiones del Doctor Wayar.

– Nuestro punto de vista.

Ernesto Clemente Wayar establece las excepciones al principio de que la propiedad se transfiere con la sola obligación de enajenar. Estamos de acuerdo con él.

Sólo queremos reiterar -una vez más- que esta regla se aplica en el plano obligacional y no en el contractual -propiamente dicho-.

Por otra parte, es verdad, como dice Wayar, que el Sistema Francés de transferencia de la propiedad inmueble crea una situación de inseguridad jurídica respecto del bien sobre el cual se ha celebrado un contrato de compraventa, pero también es cierto que esta situación no es privativa de dicho contrato, sino que se extiende a todo el ámbito de la contratación privada, la misma que es "**res inter alios acta**", y las situaciones jurídicas que genere no tienen por qué ser conocidas por terceros.

Y, por último, en lo referente a los probables peligros que genera el Sistema Francés -que es también el Peruano- en relación al principio "**res perit domino**", esta situación no es realmente novedosa, puesto que el bien siempre se pierde para su dueño, se adopte el sistema que se adopte en relación a la transferencia de propiedad. En el caso del Derecho nacional, lo único que debe hacerse es concordar dentro del régimen del Código Civil de 1984, los principios del artículo 1138 con aquellos relativos a la transferencia del riesgo en el contrato de compraventa y las normas referentes a la transmisión de la propiedad, no precisamente para ver las consecuencias del principio "**res perit domino**", pues estas son obvias, sino para analizar cuál de las partes de la relación obligacional debería sufrir la pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

Creemos que este análisis efectuado sobre los diversos pareceres que se han esgrimido en el Derecho Civil Peruano en relación al Sistema adoptado sobre la transferencia de la propiedad inmueble en el Código Civil de 1984, ha intentado interpretarlos de acuerdo a nuestra posición al respecto, resaltando los puntos

que a nuestro entender revisten mayor interés académico y práctico. Por lo demás, reiteramos lo expresado en un inicio, en el sentido de que todas las opiniones anotadas y comentadas nos merecen -al igual que sus autores- la más alta consideración.

– LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD DE LOS BIENES MUEBLES.

En materia de bienes muebles, el Código Civil de 1984 establece el principio de que la propiedad de aquéllos se transmite con la tradición de los mismos. Este principio recoge la tradición peruana, mas no siempre estuvo claro -sobre todo en el Código Civil de 1936-, razón por la cual habían dos preguntas que era necesario responder: ¿Desde cuándo se produce la transferencia de la propiedad de los bienes muebles?, ¿desde el momento en que el contrato de compraventa ha quedado celebrado o desde que el vendedor entrega al comprador la cosa vendida?

Recuerda Raymundo M. Salvat[116] que en el Derecho Romano se exigía, para la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, no sólo el consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades, sino la tradición o entrega real de la cosa. Consideraban los romanos que la voluntad de las partes, por sí sola, no debía ser suficiente para crear el derecho de propiedad, y que la tradición o entrega de la cosa, que exteriorizaba la transferencia del dominio, prevenía a los terceros.

Agrega Salvat que en el antiguo Derecho Francés prevaleció el sistema romano, pero que la tradición llegó, posteriormente, a considerarse una mera ficción, estimándose cumplida por medio de cláusulas en virtud de las cuales el vendedor se daba por desposeído y el comprador por puesto en posesión de la cosa. Ante este precedente, el Código Napoléon estableció el principio de

(116) SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, Tomo I, Páginas 309 y 310.Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952.

que la propiedad de los bienes muebles se transmitía por el solo efecto de las convenciones (artículos 711 y 1138).

Expresa Salvat, por último, que el Código Civil Alemán exige, para la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, el consentimiento y la tradición, volviendo al sistema romano.

¿Cuál era el sistema en el Código Civil Peruano de 1936?

Era evidente que el Código Civil Peruano de 1936 había seguido, en esta materia, al Código Civil Alemán. Dicho Código exige, para que opere la transferencia de propiedad de los bienes muebles, además de la conclusión del contrato, o sea del consentimiento, la tradición.

Las razones que sustentan esta tesis son las siguientes:

(1) El artículo 890 del Código Civil de 1936. Este precepto disponía que aquél que de buena fe y como propietario recibía de otro la posesión de un mueble, adquiría el dominio, aun cuando el enajenante de la posesión careciera de facultad para hacerlo. La norma exigía, además de la buena fe, que se efectuara la entrega del bien y que quien lo recibiera lo hiciera a título de propietario. El texto era de claridad meridiana.

El artículo 890 aludía, como se ha expresado, a que se reciba "la posesión de un mueble". El artículo 843 del mismo Código prescribía, por su parte, que la posesión se adquiere por la tradición. Y el artículo 844 establecía, finalmente, que la tradición quedaba verificada entregando el bien a quien debía recibirlo o a la persona designada por él o por la ley. Cuando el artículo 890, en consecuencia, se refería al desplazamiento de la posesión, aludía, sin duda, a la entrega del bien a quien debía recibirlo o a la persona designada por él o por la ley.

Desde luego que la tradición y, por consiguiente, la entrega o transferencia de la posesión del bien mueble, también ope-

raba en las hipótesis previstas por los artículos 845 y 847 del Código Civil, relativas al poseedor del bien por título distinto; a la transferencia del bien que está en poder de un tercero; y a los artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales. En estos casos no se requería, para el traslado de la posesión, el traslado físico del bien mueble objeto de la transferencia. Se trataba de casos excepcionales en que el legislador, por la naturaleza de las cosas, había previsto la tradición sin necesidad del desplazamiento.

(2) El artículo 1172 del Código Civil de 1936. Esta regla establecía que la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hacía al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario:

Si el legislador de 1936 hubiera querido incorporar este mismo precepto a los bienes muebles, habría agregado, indudablemente, la expresión "o mueble" después de la palabra "inmueble". No lo hizo porque el artículo 890 ya se refería a los bienes muebles, estableciendo un precepto distinto, o sea que la transferencia del dominio requería la tradición.

El caso de los bienes muebles estaba pues previsto por el artículo 890 del Código Civil y el caso de los bienes inmuebles por el artículo 1172 del mismo Código. Esto explica por qué se suprimió en el Proyecto de Código Civil y, posteriormente, en el Código Civil de 1936, la norma consignada en el Anteproyecto que exigía en forma expresa la tradición para la transferencia del dominio de los bienes muebles. La regla se suprimió por la simple y llana razón de que ya se encontraba consignada en el dispositivo que correspondía en el Código Civil de 1936 al artículo 890. Mantener aquel precepto hubiera significado consignar la misma regla en dos normas distintas. La duplicidad, además de ociosa, hubiera sido antitécnica.

(3) El artículo 1173 del Código Civil de 1936. Esta norma se refería a las prelaciones cuando el deudor se había obligado a entregar un mismo bien a diversos acreedores. En el caso

de los bienes muebles, previsto por la regla citada, se prefería al acreedor de buena fe a quien el deudor hubiera efectuado la tradición de la cosa, aunque su título fuera posterior. O sea que el artículo 1173 confirmaba la regla consignada en el artículo 890 del Código Civil que exigía, para la transferencia del dominio de los bienes muebles, la buena fe de quien los recibía y la tradición. Y esto aunque existieran otros adquirentes con títulos de fecha anterior.

En caso que el solo acuerdo de voluntades transfiriera el dominio de los bienes muebles, ¿no se habría preferido acaso al acreedor de título más antiguo -aunque no hubiera operado la tradición a su favor- porque habría sido su legítimo dueño?

(4) El artículo 1175 del Código Civil de 1936. Esta norma disponía que si una cosa mueble determinada se perdiese sin culpa del deudor, antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, quedaba disuelta la obligación. Es regla universal en el Derecho moderno la de "**Periculum est debitoris**": el riesgo lo sufre el deudor. El artículo 1175 del Código Civil, en aplicación de este principio, estatuía que la pérdida de la cosa mueble sin culpa del deudor, antes de que se efectuara su tradición, disolvía la obligación. La cosa se perdía pues para el deudor quien, en el caso de los bienes muebles, continuaba siendo el dueño hasta que operara la tradición.

La regla era tan clara que en el caso de los bienes inmuebles no existía disposición legal alguna, porque el comprador o acreedor adquiría el dominio por el simple acuerdo de voluntades, sin necesidad de que se efectuara la tradición a su favor, según se ha visto al analizar el artículo 1172 del Código Civil derogado. Y si en esta hipótesis la cosa se perdía sin culpa del vendedor o deudor, antes de efectuarse la tradición, la pérdida la asumía el comprador o acreedor, en su calidad de propietario.

(5) El artículo 1412 del Código Civil de 1936. Esta regla dispo-

nía que en la venta de cosas muebles que no se habían entregado al comprador, si éste no pagaba ni otorgaba la garantía cuando a ello se hubiese obligado, podía el vendedor disponer de la cosa sin pedir la rescisión. ¿Si el vendedor ya no era el dueño -porque habría transferido la propiedad del bien mueble por el simple acuerdo de voluntades- cómo podría disponer de él? Parecería incongruente que el vendedor pudiera disponer del bien ajeno, sin solicitar, previamente, la resolución del contrato.

(6) La Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora -a la que hicimos referencia anteriormente-.

Dice el Doctor Manuel Augusto Olaechea en la Exposición de Motivos que "El Título Primero de esta Sección se refiere a las obligaciones de dar y su exposición requiere un breve desarrollo. Para definir el régimen de estas obligaciones, precisa resolver si conviene adoptar respecto de los inmuebles el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediante la inscripción; y si tratándose de las cosas muebles, debe mantenerse el principio de que la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio". Y agrega "La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro."

(7) La opinión de los comentaristas más distinguidos del Código Civil Peruano de 1936.

Expresa el Doctor José León Barandiarán[117]: "Pero es evidente que tratándose de cosas muebles, la regla de nuestra ley civil es que **solus consensus non perfeciumtur**. Así resulta del sentido del artículo 1175, de indicaciones pertinentes formuladas por el autor del Código, y también de la disposición a que se contrae el número 890, que reza: "Aquel que de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de un mueble, adquiere el dominio, aun cuando el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo." Agrega el Maestro[118] que "Si sólo con la tradición se adquiere la propiedad de la cosa mueble, es evidente que quien ha recibido la cosa es el único que puede invocar tal derecho; otro acreedor sólo tiene a su favor un simple derecho de crédito, pero que ya no puede concretarse en la cosa, de la que se ha desposeído el trasmitente, por lo mismo que aquélla ha salido del patrimonio de este último y ha ido a residir en el del adquirente a quien se hizo la tradición. No importa que se invoque un título de fecha anterior, pues éste no es constitutivo de dominio, ya que en este caso **solo consensus non perfeciumtur**."

El Doctor Eleodoro Romero Romaña[119], afirma, por su parte, que "Al estudiar la posesión hemos visto en el número 79 que ésta se adquiere por la tradición o entrega de la cosa. Pues bien, tratándose de los bienes muebles, esta tradición es de tal naturaleza e importancia que no solamente se adquiere en esa forma la posesión, sino también, en muchos casos, la propiedad. Esto es lo que establece el artículo 890; naturalmente, con ciertos requisitos tales como el que la persona tenga buena fe al recibir como propietario el bien mueble. Debe estar convencido de que la persona con quien está tratando es el verdadero propietario". Y agrega que "El fundamento de la disposición obedece a que la adquisición de los bienes muebles es completamente diferente de la de los inmuebles, por ser distinta la situación de unos y otros. Los inmuebles tienen títulos de propiedad y pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble. En cambio, en los muebles no existe, por lo general, ningún título, reputándose propietario de ellos a quien los tiene en su poder. El

(117) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 21.

(118) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 25 y 26.

(119) ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. Derecho Civil, Los Derechos Reales, Páginas 211 y 212. Editorial P.T.C.M., Lima, 1947.

que contrate sobre bienes muebles no tiene, en realidad, cómo asegurarse sobre quién es su verdadero propietario."

El Doctor Jorge Eugenio Castañeda[120] manifiesta que "El acreedor del inmueble no es un mero acreedor; es un propietario. Por ejemplo, el comprador, el donatario, no son sólo acreedores que pueden exigir la entrega; son dueños y pueden, por tanto, reivindicar, no obstante no haber tenido nunca la posesión. Por el contrario, tratándose de cosas muebles, el comprador o el donatario a los que no se les hubieran entregado, no son dueños."

Dice el Doctor Angel Gustavo Cornejo[121] que "Tratándose de cosas muebles su dominio se adquiere por la tradición."

Expresa el Doctor Rosendo Badani, finalmente, que "en cuanto a los muebles, la tradición es necesaria para la transmisión del dominio, conservándose así respecto a ellos la doctrina del Derecho Romano."

Para finalizar estos breves comentarios, debemos señalar que toda esta problemática ha quedado zanjada con la redacción del artículo 947 del Código Civil de 1984, el mismo que establece que "La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente."

(120) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo I, Teoría General de las Obligaciones, Página 91.
(121) CORNEJO, Angel Gustavo. Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Página 88. Lima, Perú, 1938.

– ANALISIS DE LOS DIVERSOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE ACREEDORES DE ACUERDO CON LAS DIVERSAS CLASES DE BIENES QUE SON SUSCEPTIBLES DE FORMAR PARTE DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA.

Debemos precisar que vamos a enfocar el tema desde la perspectiva del contrato de compraventa, por ser el más usual de los contratos a través de los cuales un deudor se obliga a tranferir la propiedad, y a raíz de cuya celebración se producen los más frecuentes conflictos acerca de la concurrencia de acreedores y la transferencia de la propiedad.

(a) *Compraventa de bienes que ya han dejado de existir.*

(a.1) Bienes que han dejado de existir totalmente.

Este supuesto no será analizado por nosotros, dado que al no existir el bien, tampoco habrá propiedad a cuya transmisión pudiéramos referirnos.

(a.2) Bienes que han dejado de existir parcialmente.

En este supuesto, si es que el comprador optase por no "retractarse" del contrato (argumento del artículo 1533 del Código Civil), serán de plena aplicación los supuestos de los artículos 1135 y 1136.

(b) *Compraventa de bienes futuros.*

En este supuesto se nos plantea el problema de que un bien futuro pueda o no ser susceptible de inscripción en los Registros Públicos. Si se tratase de un bien futuro **in rerum natura** (vale decir, de aquellos bienes que ya tienen existencia material), este bien podría inscribirse, mas no así aquellos bienes **non in rerum natura**, ya que éstos no tienen existencia material alguna.

(b.1) **Bienes in rerum natura.** (Es decir, bienes futuros pero que ya cuentan con una extensión material).

(b.1.1) *Bienes inmuebles.*

En este caso, en lo referente a la transferencia de propiedad, ésta operaría al momento en que llegue a existir dicho bien, momento a partir del cual surtirá efectos el contrato; y el bien se considerará transferido al primer acreedor a quien se le vendió.

Sin embargo, en lo que se refiere a la concurrencia de acreedores, no se preferirá necesariamente al primero en comprar, sino al que inscribió primero su derecho. Coinciden en este último sentido las normas de Registros Públicos.

(b.1.2) *Bienes muebles.*

Para el presente caso, de acuerdo con la norma contenida en el artículo 947 del Código Civil, la propiedad del bien se transferirá a aquel a quien se hizo la entrega, lo que coincide con lo establecido por el artículo 1136 de concurrencia de acreedores; pero si el bien mueble fuese inscribible (supuesto no contemplado dentro del artículo 1136 antes citado) se tendrá que respetar el derecho del acreedor que fue inscrito en los Registros Públicos. Mas si el bien mueble no fuese inscribible, simplemente será propietario aquel a quien se le entregó.

(b.2) **Bienes non in rerum natura**. (Es decir, bienes futuros que no cuentan aún con existencia material).

(b.2.1) *Bienes inmuebles.*

En este caso -que como hemos dicho al no tener existencia no serían susceptibles de inscripción- podríamos formular las siguientes reflexiones:

Si hubiese varios acreedores, todos ellos compradores del bien, es evidente que ninguno, por más diligente que fuere, podría inscribir su título en el Registro de la Propiedad Inmueble, que no aceptaría dicha inscripción -en el caso que se tratase de edificios-, pues ellos no contarían previamente con la inscripción de la respectiva declaratoria de fábrica.

Si antes de que el bien llegue a tener existencia concurrieran los diversos acreedores, deberá ser preferido aquel que tenga título de fecha anterior, y habiendo varios con títulos de la misma fecha, se preferirá a aquel que conste de documento de fecha cierta más antiguo.

Una vez que el bien llegue a tener existencia, evidentemente cualquiera de los acreedores podrá gestionar la inscripción de su título en el Registro respectivo, rigiendo a partir de ese momento -con plenitud- los supuestos del artículo 1135 del Código Civil.

(b.2.2) *Bienes muebles.*

En el caso de un bien mueble, antes de que lleguen a tener existencia, y de concurrir diversos acreedores sobre el mismo para su futura entrega, deberá ser preferido aquel cuyo título sea de fecha anterior, prevaleciendo el que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Una vez que el bien mueble llegue a tener existencia, serán de aplicación, respecto de la concurrencia de acreedores, los preceptos del artículo 1136; y en lo referente a la transferencia de propiedad, ésta operará con la entrega del mismo, salvo para el caso de los bienes muebles registrables, supuestos en los que -entendemos lógico- debería preferirse al acreedor que inscribió primero su derecho.

(c) ***Compraventa de bienes existentes pero en peligro de dejar de existir.***

Para este supuesto nos remitiemos a lo señalado más adelante para el caso de los bienes presentes.

(d) ***Compraventa de bienes presentes.***

En este caso se producen los supuestos de mayor interés, ya que en él se plantearán, a la vez, las hipótesis de venta de bien propio y de bien ajeno.

(d.1) **Bienes inmuebles.**

Como hemos dicho en reiteradas oportunidades, la transferencia de propiedad, en el caso de los bienes inmuebles, opera con la sola obligación de las partes, lo que equivale a decir que, de acuerdo con las normas de transferencia de propiedad, bastaría con el simple contrato y la obligacón de enajenar que este genere para que el primer comprador se haga -de inmediato- propietario del bien.

De lo antes expuesto puede deducirse fácilmente que, cuando una persona vende a varias un mismo bien inmueble, que en un primer momento le pertenecía, sólo a la primera le habrá vendido un bien propio, pues a las restantes les habría vendido un bien ajeno.

De acuerdo con el principio de que nadie puede transferir más derechos de los que tiene, dicho vendedor habrá hecho propietario al primer comprador del bien y no podría hacer propietario a nadie más que a él.

Pero para el presente caso, este principio se rompe por dos motivos fundamentales: el primero, la preferencia que la ley peruana otorga al principio de que debe protegerse la diligencia de las partes; y el segundo, consistente básicamente en que para

nuestro Derecho el contrato de venta de bien ajeno es, en principio, válido, y, por lo tanto, susceptible de generar las obligaciones propias de todo contrato de compraventa, cuyas prestaciones evidentemente serán susceptibles de ejecución.

De allí que el primer adquirente no tendrá seguro su derecho si es que concurren otros acreedores con diversos títulos sobre el mismo bien, ya que a pesar de que en virtud del artículo 949, el primero de los compradores habría adquirido la propiedad del bien, por las normas de concurrencia de acreedores, se preferirá a aquel que inscribió primero su derecho, principio concordante con las normas de Registros Públicos, en especial el artículo 2014, por el cual dicho adquirente mantendrá firme su adquisición a pesar de la existencia de otras personas con igual título, pero que no hayan llegado a inscribir su derecho.

(d.2) **Bienes muebles.**

(d.2.1) *Bienes muebles no registrables.*

En el caso de esta clase de bienes la transferencia de propiedad operará con su entrega, norma coincidente con la establecida por el artículo 1136, referente a la concurrencia de acreedores. Por lo demás, es de plena aplicación la última de las normas mencionadas.

(d.2.2) *Bienes muebles registrables.*

Antes de tratar este punto debemos precisar que, a pesar de prescribir los artículos 2043, 2044 y 2045 del Código Civil normas sobre los Registros de bienes muebles, éstos todavía no se han creado, no habiéndose, por tanto, dado cumplimiento a la norma del último de los artículos mencionados, que establece que "Son inscribibles en estos registros, todos los actos y contratos establecidos en el artículo 2019, en cuanto sean aplicables."

El artículo 2019, mencionado por el artículo 2045, establece lo siguiente:

Artículo 2019.- "Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

1. Los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.

2. Los contratos de opción.

3. Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.

4. El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.

5. Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.

6. Los contratos de arrendamiento.

7. Los embargos y demandas verosímilmente acreditados.

8. Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.

9. Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles."

Para el supuesto de los bienes muebles registrables podemos advertir que existe una contradicción en el Código Civil.

Como hemos señalado, en virtud del artículo 947 la propiedad se transfiere con la entrega del bien, principio concordante con el artículo 912, por el cual se señala que el poseedor es reputado propietario mientras no se pruebe lo contrario.

El propio artículo 912 agrega, entre otras disposiciones, que esta presunción no puede oponerse al propietario con derecho inscrito.

De otro lado, el artículo 1136 establece que se preferirá al acreedor a quien se hizo entrega del bien, pero ¿qué ocurrirá si a dicha entrega le precede o sigue la inscripción del bien en el Registro de la Propiedad Mueble?.

Concretamente, el lector se preguntará si quien inscribió con anterioridad o posterioridad a la entrega podría oponer dicha inscripción al ex-acreedor que posea el bien.

La respuesta no nos la da el Código Civil, ya que este cuerpo normativo no se plantea el problema mencionado. No obstante, nos inclinamos a pensar que deberían seguirse, para el caso de los bienes muebles registrables, los mismos principios de protección al acreedor diligente. En este caso, sin embargo, podría decirse que nos encontraríamos ante un nuevo problema, ya que ambos acreedores podrían ser considerados como diligentes: el primero, por haber tenido la precaución de exigir que se le haga entrega del bien, y el segundo, por haber tenido la diligencia de inscribir primero su derecho en los Registros Públicos.

Dar una respuesta acerca de cuál de ambos acreedores debería ser preferido, no es nada fácil, ya que, por una parte podría argumentarse que debiera ser preferido aquel que inscribió primero su derecho, porque, al inscribirlo y constar éste en los Registros Públicos, aquél resulta oponible **erga omnes**; pero, por otra parte, podrá arguirse la diligencia en la tradición.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre los artículos 1135 y 1136, debemos precisar que entendemos a la buena fe de la que se trata en ambos supuestos, como sinónimo de desconocimiento o ignorancia, pero siempre y cuando en ellos no haya mediado un actuar negligente por parte del acreedor. De lo contrario, dicho acreedor no podría entrar dentro de la concurrencia.

Consideramos necesario dejar establecido que el Código Ci-

vil Peruano de 1984, en lo relativo al orden de prelación en la concurrencia de acreedores de bienes inmuebles, ha dado preferencia al acreedor de buena fe que inscribió su título en el Registro de la Propiedad Inmueble; prevaleciendo dicho título por sobre aquellos de los demás acreedores. Pero debe tenerse siempre presente que, para la configuración de la concurrencia de acreedores, vale decir, para que un acreedor sea considerado en dicha concurrencia, resulta imprescindible que haya actuado de buena fe. En tal orden de ideas, si un acreedor fuese de mala fe, aunque hubiese inscrito su derecho en el Registro, no será preferido frente a cualquier acreedor de buena fe, por más débil -aunque veraz- sea su título.

Por otra parte, del análisis efectuado en páginas anteriores, relativo a la concurrencia de acreedores, la transferencia de propiedad y los Registros Públicos, se desprende que siempre habrá, como consecuencia de la aplicación de los artículos 1135 y 1136 del Código Civil, un solo acreedor que será preferido para la entrega del bien. Sin embargo, consideramos necesario distinguir según el título o causa eficiente del acreedor preferido.

Si el acreedor preferido recibe el bien a título de propietario, dicho acreedor no tendrá problema alguno en el futuro; pero los demás acreedores verán frustradas sus espectativas referentes a la adquisición de sus respectivos derechos respecto del bien objeto de la prestación de dar. Consideramos lógico que el deudor de dicho bien deberá responder, al haber inejecutado, culposa o dolosamente, las obligaciones que contrajo respecto de dichos acreedores, por una indemnización de daños y perjuicios.

Si el acreedor preferido en la concurrencia tuviese un título que implicase únicamente el derecho de posesión, uso o disfrute temporal del bien, y otro de los acreedores (de los no preferidos) tuviese un título que le diese derecho a la propiedad del bien, tal como fue dicho en su oportunidad, ocurrirá que al finalizar el plazo de posesión, uso o disfrute del bien -tal como fue establecido en la obligación- por parte del acreedor preferido, este último deberá entregar el bien al acreedor no preferido, quien desde este

momento lo poseerá como le corresponde, es decir, en calidad de propietario.

Resulta necesario, en este punto, efectuar una precisión. Es evidente que el propietario-acreedor tuvo que soportar la preferencia de otro acreedor para la entrega inmediata del bien; y por ello tendrá derecho, al igual que cualquier otro acreedor de los no preferidos en los órdenes prelatorios del Código Civil (artículos 1135 y 1136), a demandar del deudor incumpliente el pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por culpa o dolo de tal deudor. Sin embargo, podría presentarse el caso en que el acreedor-propietario postergado, se vea beneficiado con el pago de una renta por parte del acreedor preferido para la entrega inmediata, caso en el cual, resulta obvio, dicho acreedor-propietario deberá descontar los montos recibidos por concepto de renta, del monto total de la indemnización que pudiese demandar al deudor por concepto de los daños y perjuicios sufridos. Situación diversa es la que afrontará el acreedor-propietario postergado, en caso de que el acreedor preferido para la entrega inmediata fuese solamente comodatario del bien, ya que, en tal calidad, no deberá pagar suma alguna por la posesión del bien. Es evidente que en este último caso, el lucro cesante del propietario y por consiguiente, la indemnización que podrá demandar al deudor común, será de un monto ostensiblemente mayor.

– *Propuesta de eventual modificacón legislativa.*

Sobre la base de lo antes expuesto, en las siguientes páginas planteamos nuestro parecer sobre una eventual futura reforma del Código Civil respecto de ciertas normas, para adecuarlas a nuestros planteamientos y así lograr un tratamiento armónico en el Código acerca de los temas antes estudiados.

Sin embargo, debemos advertir al lector que los planteamientos expuestos a continuación, si bien constituyen una aspiración de reforma legislativa al Código Civil, no implican que propongamos que dicha reforma se adopte en el corto plazo, ya que la realidad de nuestro país, sobre todo en materia de infraestructura registral, no permitiría hacerla viable de inmediato.

- **LIBRO V, DERECHOS REALES, SECCION SEGUNDA, TITULO I, CLASES DE BIENES.**

Proponemos efectuar ligeras modificaciones en los artículos 885 y 886, relativos a la clasificación de los bienes en inmuebles y muebles. Pero a la vez planteamos crear dos nuevas normas en las que incorporamos un nuevo criterio clasificatorio de los bienes: los registrables y los no registrables. De esta forma, este Título quedaría compuesto por los siguientes preceptos:

Artículo 1.- "Son inmuebles:

1. El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.
2. El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales.
3. Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.
4. Los diques y muelles.
5. Los pontones, plataformas y edificios flotantes.
6. Las concesiones para explotar servicios públicos.
7. Las concesiones mineras obtenidas por particulares.
8. Las estaciones y vías de ferrocarriles y el material rodante afectado al servicio.
9. Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.
10. Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad." (Basado en el actual artículo 885)

Artículo 2.- "Son muebles:

1. Los vehículos terrestres de cualquier clase.
2. Las naves y aeronaves.
3. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
4. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.
5. Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.
6. Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o derechos personales.
7. Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares.
8. Las rentas o pensiones de cualquier clase.

9. Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.
10. Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885." (Basado en el actual artículo 886).

Proponemos mantener casi tal como está la clasificación existente en nuestro Código Civil, respecto de los bienes en inmuebles y muebles, consignada en los actuales artículos 885 y 886, respectivamente, por considerarla adecuada; con la salvedad de variar a las naves y aeronaves, de considerarlas inmuebles, a muebles, dada la naturaleza de dichos bienes y del hecho de haber creado paralelamente la clasificación de bienes registrables y no registrables.

Artículo 3.- "Son bienes registrables aquellos susceptibles de identificación.

Son registrables los bienes inmuebles sin excepción y todos aquellos bienes muebles que por razones especiales deban ser considerados como tales, pudiendo ser estos últimos de inscripción obligatoria o voluntaria, según lo establezca la ley de la materia."

Artículo 4.- "Son bienes no registrables aquellos bienes muebles no susceptibles de identificación."

Si bien hemos señalado que consideramos adecuada la clasificación de los bienes que contempla el Código Civil, de acuerdo a su movilidad, en muebles e inmuebles, no creemos que dichos criterios clasificatorios sean suficientes.

Pensamos que sería conveniente para el Perú que en un futuro de mediano plazo, se implantase un segundo criterio de clasificación de los bienes, según su inscripción en el Registro. No está demás subrayar que este criterio no lo consideramos excluyente sino más bien complementario del anterior, por las razones que vamos a señalar en adelante.

Como recordará el lector, cuando efectuamos nuestro análisis acerca de la relación existente entre las normas de la transferencia de propiedad, la concurrencia de acreedores y los Registros Públicos, advertimos ciertas incoherencias en las mismas, que hemos querido subsanar en nuestra propuesta de modificación legislativa.

Como se sabe, la clasificación que sobre los bienes ha adoptado nuestro Código Civil (la de muebles e inmuebles) es la misma que acogieron todos los Códigos Civiles que antecedieron al actual y los Proyectos destinados a sustituirlos. Sin embargo, frente a la existencia de los Registros Públicos, se crea una cierta distorsión entre este tema y la mencionada clasificación, la que deviene, para ciertos efectos, en incompleta, y para otros, en incoherente.

Por ello es que planteamos que en un futuro mediato, además, se modifiquen las normas referentes a la transferencia de propiedad y a la concurrencia de acreedores. Sin embargo, advertimos que dichas modificaciones estarían incompletas si no subsanásemos los criterios de clasificación de los bienes.

Así las cosas, nosotros consideramos conveniente la existencia de una doble clasificación. En primer lugar, dividimos a los bienes con el criterio tradicional, vale decir, por su movilidad, en muebles e inmuebles, manteniendo, con una leve modificación, casi intactas las normas que el Código otorga al respecto. En segundo lugar, introducimos un criterio de clasificación adicional, según la posibilidad o no de ser inscritos en los Registros Públicos: en registrables y no registrables.

Luego, definimos a los bienes registrables como aquellos susceptibles de identificación. Con esto, queremos establecer que aquellos bienes no susceptibles de ser individualizados de otros no son susceptibles de inscripción en los Registros Públicos. Es evidente que los bienes no susceptibles de inscripción están constituidos por los bienes fungibles, aquéllos intercambiables los unos por los otros, ya que cada uno de ellos equivale exactamente al otro. Por ejemplo, no sería susceptible de inscripción una bo-

tella cualquiera de Coca Cola, ya que nada la distingue de otra similar.

Es obvio que el criterio de fungibilidad y de imposibilidad de identificación lo hallamos únicamente en los bienes muebles. Por ello establecemos en el segundo párrafo de nuestro artículo 3 que son registrables los bienes inmuebles sin excepción.

Respecto de los bienes muebles, consideramos que una ley debería definir cuáles serían susceptibles de inscripción (argumento del artículo 2043 del Código Civil). Pero creemos que en ella debería seguirse como criterio el de hacer inscribibles de manera obligatoria a aquellos que por razones especiales interesa al Estado controlar. Por ejemplo, los vehículos motorizados, los objetos pertenecientes al Patrimonio Cultural de la Nación, etc.

Pero, además, dejamos abierta la posibilidad de que, a iniciativa de los particulares -es decir de manera voluntaria-, éstos puedan solicitar la inscripción de algún bien mueble de su propiedad, que no esté comprendido dentro del rubro de aquellos sobre los cuales el Estado tiene interés en que se inscriban obligatoriamente para llevar un control de los mismos. Podría ocurrir, por ejemplo, que a un particular le interese inscribir alguna joya de su propiedad, o alguna antigüedad de inscripción no obligatoria, a fin de resguardar su patrimonio frente a terceros, y la ley debería permitírselo. Por eso establecemos en nuestro artículo 3 que serán susceptibles de inscripción los bienes muebles que por razones especiales se puedan inscribir, ya que dentro de este rubro comprendemos también a los de inscripción voluntaria.

Se podría alegar contra nuestra propuesta, en este último apartado, que ella resultaría peligrosa para el titular de la propiedad o posesión de dichos bienes, por cuanto, al ser pública la información respectiva, podría darse el caso de que personas de mal vivir o delincuentes sepan quién tiene el bien y dónde se encuentra éste, y tal situación facilite la comisión de actos delictivos. Pero justamente -lo reiteramos- el carácter de la inscripción de los bienes cuyo registro no sea considerado de interés público, será meramente facultativo, y no obligatorio, razón por la cual, quien

desee inscribir un bien en estas condiciones lo hará consciente de las ventajas y peligros que conlleva dicho registro.

No está demás decir que un enorme porcentaje de los bienes muebles no se inscribirían. Los restantes, por ser susceptibles de inscripción, deberían estar claramente establecidos por ley. En tal sentido, se tendría que restringir en gran medida los bienes susceptibles de ser registrados, ya que también esto podría constituirse en una verdadera traba para el tráfico jurídico y mercantil de los bienes. Para tal efecto resultaría necesaria la elaboración de una ley que regule el particular.

Por último, debemos señalar que en nuestro artículo 4 establecemos con precisión que son bienes no registrables aquellos muebles no susceptibles de identificación. El contenido de esta norma, además, se deduce del texto del propio artículo 3 antes comentado.

– LIBRO V, DERECHOS REALES, TITULO II, PROPIEDAD, SUB CAPITULO IV, TRANSMISION DE LA PROPIEDAD.

Pensamos que en un futuro mediato se podrían derogar los artículos 947, 948 y 949 de este Sub Capítulo, y sustituirlos por tres normas que tengan el texto siguiente:

Artículo 1.- "La transferencia de propiedad de un bien mueble determinado se efectúa de la siguiente manera:

1. Si se trata de un bien registrable y éste no se encuentra registrado, con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

   Si el bien registrable se encontrara registrado, la propiedad se transferirá con la inscripción en los Registros Públicos.

2. Si se trata de un bien mueble no registrable, con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario." (Basado en el actual artículo 947)

En nuestra propuesta de eventual modificación legislativa al Código Civil, consideramos conveniente variar el sistema de la transferencia de la propiedad mueble e inmueble, pero hacerlo de tal manera que la modificación vaya de acuerdo con la precaria realidad económica de nuestro país y las carencias que en materia de infraestructura registral son manifiestas. En tal sentido, concordamos y recogemos el razonamiento expuesto por el Doctor Alfredo Solf y Muro, en la sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, celebrada el día miércoles 14 de agosto de 1925 y a la cual nos referimos en páginas anteriores de este Tratado, planteamiento que recibió la adherencia del Doctor Pedro M. Oliveira.

En lo que respecta a los bienes muebles, consideramos conveniente efectuar un detalle pormenorizado de los mismos, según se trate de bienes susceptibles de registro o de bienes no registrables.

En cuanto a los bienes registrables, además, creemos necesario hacer algunas precisiones. En primer lugar, debemos ver si se trata de un bien registrable que no se encuentra registrado, vale decir, que nunca haya sido registrado. En este supuesto, la propiedad se transferirá con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Distinto sería el caso de un bien registrable que sí se encuentre registrado. Para que opere la transferencia de propiedad en este supuesto, proponemos se establezca el requisito de la inscripción del título en los Registros Públicos.

En segundo término, tenemos el caso de los bienes muebles no susceptibles de inscripción o registro. Para estos supuestos, mantenemos el sistema de transferencia de propiedad que para la generalidad de bienes establece en la actualidad nuestro Código Civil, en su artículo 947, siempre salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Debemos hacer mención que nos referimos a esta última frase incluyendo los dos elementos en ella anotados y no sólo uno de ellos, ya que consideramos que, de un lado, la ley podría establecer excepciones sobre el particular, dada la na-

turaleza de la operación contractual a realizar; y, por otro, creemos que en los casos mencionados, cabría perfectamente que las partes derogaran la disposición de la ley estableciendo, para su mayor comodidad, disposiciones en contrario. Ejemplos de estas excepciones hay varios. Mencionaremos dos de ellos: las compraventas sobre bienes ajenos y sobre bienes futuros.

Artículo 2.- "Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de un bien mueble no registrable o registrable pero no registrado, adquiere la propiedad, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal." (Basado en el actual artículo 948)

Creemos conveniente, asimismo, variar en un futuro el contenido de la norma relativa al depositario infiel (artículo 948 del Código Civil). Nosotros estamos de acuerdo con el actual artículo 948; sin embargo, debido a la propuesta de modificación legislativa que estamos efectuando en lo que respecta a la clasificación de los bienes, y la transferencia de la propiedad mueble e inmueble, resultará imprescindible precisar los alcances del artículo 948.

En tal sentido, señalamos que quien de buena fe y como propietario reciba de otro la posesión de un bien mueble no registrable o registrable pero no registrado, adquiere la propiedad, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Obsérvese que en nuestra propuesta circunscribimos el ámbito de esta norma a los bienes muebles no registrables y a los registrables pero que no se encuentren registrados. Evidentemente no regirá para aquellos bienes muebles que se encuentren registrados, ya que en tales casos, será de aplicación la regla establecida por el artículo 2012 del Código Civil, en el sentido de que se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones registrales. Al igual que el actual artículo 948, exceptuamos del ámbito de aplicación de nuestro artículo 2, a los bienes perdidos y a los adquiridos con infracción de la ley penal.

Artículo 3.- "La transferencia de propiedad de un bien inmueble determinado se efectúa de la siguiente manera:

1. Si se trata de un inmueble no registrado, operará con la sola obligación de enajenar, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

2. Si se trata de un inmueble registrado operará mediante la inscripción del título en los Registros Públicos." (Basado en el actual artículo 949).

Este artículo está referido a la transferencia de la propiedad inmueble. Como se deduce de nuestra propuesta de modificación legislativa, si bien nos inclinamos por introducir en ella el tema de la transferencia de propiedad en virtud de la inscripción registral, no eliminamos tampoco aquél de la transferencia de propiedad en virtud de la sola obligación de enajenar de las partes contratantes.

Lo que buscamos es hacer que ambos sistemas de transferencia de propiedad convivan, sin ser uno excluyente del otro.

Nos explicamos:

Creemos -con los Doctores Solf y Muro y Oliveira- que, para el caso de los bienes inmuebles, llevar un control o registro de los mismos resulta más fácil que para el caso de los bienes muebles. El número total de kilómetros cuadrados que existen en el territorio de la República (por hablar sólo de la propiedad territorial -sin duda la más difundida propiedad inmueble-) es limitado, no es infinito, y el número de bienes que sin ser propiedad predial, también son inmuebles, tampoco es muy numeroso.

La realidad actual peruana nos plantea una situación deficitaria en cuanto al número de inmuebles inscritos respecto del total de los mismos. Desde el ya clásico Memorándum del Doctor Manuel Augusto Olaechea en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 (en 1925), en el cual, si bien se manifestaba partidario de las bondades del registro obligatorio, tenía que ceder ante la realidad de un país carente de

Oficinas Registrales, han pasado muchos años, pero también muchos de esos problemas subsisten y otros se han acentuado. Sin embargo, no por ello deberíamos sustraernos permanentemente a la implantación del registro obligatorio para que opere la transferencia de propiedad en nuestro país.

Lo que nosotros proponemos es establecer en un mediano plazo -como planteaban los Doctores Solf y Muro y Oliveira- un sistema paralelo, distinguiendo a los bienes inmuebles (de los cuales el 100% son registrables o susceptibles de ser registrados) en registrados y no registrados. Para el caso de los bienes inmuebles que nunca hayan sido registrados, vale decir, para aquellos bienes inmuebles que no figuren por ninguna razón o circunstancia en los Registros Públicos, y mientras perdure en ellos esa indeseable situación de encontrarse al margen de la inscripción y del conocimiento público de su situación jurídica, consideramos que debería regir, en lo que a transferencia de propiedad se refiere, el actual sistema, vale decir, el de que ésta se transfiere con la sola obligación de enajenar derivada del consentimiento de las partes.

Sin embargo, para aquellos bienes que ya hubiesen sido incorporados al Registro, planteamos la sustitución del Sistema Consensualista, por el Registral, otorgando a la inscripción carácter obligatorio y no facultativo como hoy en día; lo que equivale a decir, en otros términos, que la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble tendría carácter constitutivo de derechos y no meramente declarativo, como en la actualidad.

Nosotros advertimos serias ventajas en el sistema propuesto, ya que, siendo conscientes de las serísimas limitaciones que en materia registral presenta el Perú, no implantamos el registro obligatorio para todos los inmuebles, sino simplemente para aquellos inmuebles que ya han accedido a la legalidad en cuanto a inscripciones se refiere, vale decir, a aquellos que ya se encuentran inscritos.

Lo que se lograría con este sistema es que cada vez más bienes sean los que se encuentren registrados, y que una vez registrado un bien, todas las transferencias o constituciones de derechos que sobre él se establezcan, tendrán, necesariamente, que ser inscritas, ya que de lo contrario carecerán de validez. Cada vez que un bien se registre, será un bien que dejará de regirse por el sistema consensualista de transferencia de la propiedad, razón por la cual, con un adecuado programa de incentivos para el registro, lograríamos, en algunos años, que la mayoría de inmuebles se encontrasen regidos bajo el sistema registral.

De otro lado, debemos señalar que con esta medida no estaríamos forzando la actividad de los Registros Públicos, ya que será evidente que solamente se regirán por el Sistema Registral aquellos bienes que ya se encuentren inscritos y los que paulatinamente se inscriban en el futuro. En otras palabras, el sistema de la transferencia de propiedad y constitución de derechos en virtud del registro, solamente regirá en la medida de las capacidades de los Registros Públicos. Y mientras tanto, convivirá a la par con el Sistema Consensualista, el cual, evidentemente, estaría destinado a desaparecer.

Con estas medidas estaríamos logrando, a largo plazo, hacer que la propiedad en el Perú sea una propiedad absoluta y no relativa.

Para finalizar, debemos señalar que resulta obvio que dicho sistema requeriría de una reglamentación especial para la Oficina Nacional de los Registros Públicos, a fin de que brinde todas las seguridades del caso a los usuarios de este servicio, además de contar con un personal honesto, eficiente y capaz.

Este pasa, naturalmente, por una decisión política.

– Jurisprudencia peruana del artículo 1135.

En relación al tema de la concurrencia de acreedores de bien inmueble, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al

comprador, aun antes de su entrega y pago del precio. No estando inscrito el dominio de la finca vendida, la preferencia se juzga conforme al derecho común." Ejecutoria del 18 de mayo de 1934. Revista de los Tribunales, Página 97. (Artículos 1172 y 1174 del Código Civil de 1936).

II.- "El contrato de compraventa celebrado de buena fe por el comprador, acreditado con instrumento público, no puede ser enervado por venta anterior de la misma cosa hecha en documento privado." Anales Judiciales de 1939, Página 279. Revista de los Tribunales, 1939, Página 433. (Artículo 1174 del Código Civil de 1936).

III.- "No estando inscritas las escrituras públicas de adquisición de dominio de un inmueble, corresponde la propiedad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1174 del Código Civil, a aquel cuyo título tiene fecha anterior.

En aplicación de los artículos 1123, inciso 2, y 1124 del Código Civil es nula la adjudicación al teniente alcalde de un bien que remata el Concejo al que pertenece." Ejecutoria del 19 de abril de 1950. Revista de Jurisprudencia Peruana Número 77, 1950, Página 744. (Artículo 1174 del Código Civil de 1936).

IV.- "Se declaró la anulabilidad de un contrato de compraventa por acreditarse que la cosa vendida había sido anteriormente enajenada a persona distinta.

Si el mismo inmueble se vendiera a dos personas distintas, la propiedad corresponderá a quien hubiere inscrito su transferencia, o al que tuviere documento más antiguo, salvo que el de alguno conste en instrumento público (Artículo 1174 del Código Civil)." Ejecutoria del 18 de mayo de 1951. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 88, 1951, Página 512. (Artículo 1174 del Código Civil de 1936).

V.- "Si una persona vende la misma cosa a dos personas, el derecho de propiedad sobre dicha cosa corresponde a quien inscribió su adquisición en el Registro, aun cuando el inscribiente

fuera el que compró con posterioridad." Ejecutoria del 25 de mayo de 1953. Revista de Jurisprudencia Peruana Número 121, 1954, Página 218. (Artículo 1174 del Código Civil de 1936).

VI.- "Si un mismo inmueble fue vendido a dos personas distintas, tiene preferencia la venta que consta de escritura pública, aunque sea de fecha posterior. Ella fue puesta oportunamente en conocimiento del primer comprador para que ejercitase la acción de retracto." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1956, Página 676. (Artículo 1174 del Código Civil de 1936).

VII.- "Desprendiéndose del tenor de un documento privado acuerdo entre las partes acerca de la cosa y precio, no se trata de una promesa de vender sino de un contrato de compra-venta, máxime si el predio ha sido entregado a los compradores y se pagó parte del precio convenido. Tal título resulta ineficaz al efecto de amparar el otorgamiento de escritura pública demandado, en atención a que sus primitivos propietarios vendieron posteriormente el inmueble.

Siendo esta la situación legal, es procedente amparar la reconvención interpuesta, para reivindicar el predio, toda vez que el título en que se ampara es mejor que el de su oponente." Ejecutoria del 5 de julio de 1983. "El Peruano", Número 13224, 19 de septiembre de 1983. (Artículo 1174 del Código Civil de 1936).

VIII.- "Cuando en el proceso judicial ambas partes aducen ser propietarios del inmueble sub-materia y han ofrecido prueba instrumental al respecto, lo que se discute es el mejor derecho de propiedad, que no puede resolverse en un juicio de desahucio." Ejecutoria del 3 de febrero de 1988. "El Peruano", Número 14997, 4 de julio de 1988. (Artículo 1174 del Código Civil de 1936).

– Concordancias nacionales del artículo 1135.

Concurrencia de acreedores de bien mueble, artículo 1136 del Código Civil / Cesión de derecho a varias personas, artículo

1217 del Código Civil / Arrendamiento de un mismo bien a dos o más personas, artículo 1670 del Código Civil / Protección al tercero de buena fe, artículo 2014 del Código Civil.

- **Concordancias nacionales del artículo 1136.**

Concurrencia de acreedores de bien inmueble, artículo 1135 del Código Civil / Cesión de derecho a varias personas, artículo 1217 del Código Civil / Arrendamiento de un mismo bien a dos o más personas, artículo 1670 del Código Civil / Protección al tercero de buena fe, artículo 2014 del Código Civil.

La primera edición de *Para leer el Código Civil, Vol. XVI, Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo I*, se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 1994, en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A., (Reg. Ind. 16521) General Varela 1577, Lima 5, Perú.
La edición fue de 3,000 ejemplares.

PUBLICACIONES RECIENTES

ANITA G. COOK
Wari y Tiwanaku: entre el estilo y la imagen. 1994. 346 p.

OSWALDO HOLGUIN C.
Tiempos de Infancia y Bohemia. Ricardo Palma (1833-1860). 1994. 736 p.

HEYSUN KO Y FRANCISCO CARRANZA (Selección y traducción).
La Cárcel del Corazón y otros relatos (Narrativa Coreana). 1994. 272 p.

RAUL LEON CAPARO
Racionalidad Andina en el uso del espacio. 1994. 378 p.

OLGA LOCK DE UGAZ
Investigación Fitoquímica. Método en el estudio de productos naturales. 2a. ed. (corregida y aumentada). 1994. XX 300 p.

MERCEDES LOPEZ - BARALT
Guamán Poma: autor y artista. 1994. 214 p.

MANUEL MARZAL FUENTES
La Utopía Posible. Tomo II. 1994. 828 p.

AURELIO MIRO QUESADA
El Inca Garcilaso. 1994. 408 p.

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE
El Contrato en General. Segunda parte. 3 Tomos. (Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol. XV). 1994. 1,648 p.

ROGER RODRIGUEZ ITURRI
Código Didáctico de los Niños y Adolescentes. 1994. 510 p.

ENRIQUE ROJAS ZOLEZZI
Los Asháninkas. Un pueblo tras el bosque. 1994. 362 p.

IZUMI SHIMADA (Editor)
Tecnología y Organización de la producción de cerámica prehispánica en los Andes. 1994. 518 p.

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
En el País de las Colinas de Arena. Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del siglo XIX desde la perspectiva del Derecho. 1994. 2 Tomo. 662 + 618 p.

DE PROXIMA APARICION

CARMEN JULIA CABELLO
Cincuenta años de divorcio en el Perú 2da. Ed.

ROSENDO F. CHAVEZ DIAZ
Hidrología para Ingenieros.

GUILLERMO LOHMANN L.
Derecho de Sucesiones (Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVII).

JOSE LUIS MARTINEZ CERECEDA
Autoridades en los Andes. Los atributos del Señor.

JUAN OSSIO A.
Las Paradojas del Perú Oficial. Indigenismo, democracia y crisis estructural.

ROGER RODRIGUEZ ITURRI
Adolescencia, matrimonio y familia.

ANGEL SAN BARTOLOME
Construcciones de albañilería

FONDO EDITORIAL
Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel.
Apartado 1761. Lima, Perú
Tlfs. 622540 (anexo 220) y 626390